LIBERDADE E DIREITO À TERRA

RICARDO PEREIRA LIRA*

1. *Controle do uso do solo urbano.* 2. *Solo criado.* 3. *Direito de superfície.*

I

O uso do solo como expressão de liberdade

1. O conceito de liberdade se redefine ao longo do tempo.

Tem seus contornos alterados em função das circunstâncias históricas, em função do desenvolvimento, contenção e liberação das forças econômicas.

Daí a variabilidade do seu conteúdo, que não se conserva o mesmo.

André Lalande, no *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, registra que a expressão liberdade pode ser tomada em três sentidos. No sentido geral, liberdade é o “estado do ser que não sofre constrangimento, agindo conforme a sua vontade, a sua natureza”. No sentido político e social a liberdade marca simplesmente a ausência de uma constrição social que se imponha ao indivíduo: ser livre é fazer tudo o que não é proibido pela lei ou recusar fazer tudo o que a lei não ordena. No sentido psicológico e moral a liberdade é o “estado do ser que, para o bem ou para o mal, se decide depois de refletir em conhecimento de causa”, é o estado do ser humano que realiza em seus atos sua verdadeira natureza, considerada como essencialmente caracterizada pela razão e moralidade.

Postas essas premissas, não se pode negar que a liberdade, em qualquer de seus sentidos, e direito à terra se ligam como noções indissociáveis, seja o direito à terra no meio rural, seja o direito à terra no meio urbano.

* Professor titular na Faculdade de Direito da UERJ.

A preocupação basilar do presente trabalho é o problema da utilização da terra urbana, a questão do controle do uso do solo urbano analisado através do prisma jurídico.

O solo é incomensurável em seu valor, tanto para os particulares como para o povo em seu conjunto. Nele se radicam a fonte de alimentação das gentes, as riquezas criadoras dos instrumentos elementares para a satisfação das incontáveis necessidades vitais, e todo o sistema habitacional dos seres humanos. Dele se extraem as substâncias curativas e de fortalecimento, as possibilidades inesgotáveis de recreio e lazer, e, sobretudo, nele se exerce basicamente a liberdade essencial do homem de ir e vir. O solo é toda hipótese e possibilidade de vida.¹

Por força dessa razão, a Declaração de Vancouver, enunciada pela Conferência das Nações Unidas sobre os Assentamentos Humanos, em junho de 1976, alinhou entre os seus postulados o Princípio Geral n.º 10, nos seguintes termos:

“Primeiro Geral n.º 10 — A terra é um dos elementos fundamentais dos assentamentos humanos. Todo Estado tem direito a tomar as medidas necessárias para manter sob fiscalização pública o uso, a propriedade, a disposição e a reserva de terras. Todo Estado tem direito a planejar e administrar a utilização do solo, que é um de seus recursos mais importantes, de maneira que o crescimento dos centros populacionais tanto urbanos como rurais se baseiem num plano amplo de utilização do solo. Essas medidas devem assegurar a realização dos objetivos básicos da reforma social e econômica para cada nação, de conformidade com o seu sistema e suas leis de propriedade da terra.”

1.1 O assentamento humano no solo das cidades é, por conseguinte, tópico relevante no tema mais vasto que é o da liberdade e direito à terra.

À análise desse tópico é que nos propomos, com as limitações dos nossos recursos, mas com os olhos postos no futuro.

1.2 As megalópoles, com os seus problemas sociais, políticos e econômicos, já começam a preocupar o planejador urbano, o arquiteto, o economista.

O jurista tem que assumir igualmente essa preocupação. Trazer a parcela da sua contribuição.

Se a megalópole é inexorável, é preciso que, em tempo, tentemos o controle do seu aparecimento e desenvolvimento.

A Cidade do México, com quase 14 milhões de habitantes e alto índice de poluição, é vista como a megalópole do ano 2000. Afligida pelo maior de seus problemas — a superpopulação — ela busca remodelar-se e ampliar-se. Em 1960 tinha 1,5 milhão de habitantes; em 1970, 8,6 milhões, prevendo-se para o ano 2000 a assustadora cifra de 30 milhões de moradores.

¹ Hedemann, Justus Wilhelm. *Tratado de derecho civil*. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955. v. 2, *Derechos reales*, p. 283, § 32.

1.3 Explicável por uma série de causas, como as migrações internas e a forma pela qual o modelo econômico vem impondo o desenvolvimento industrial, o fenômeno da concentração populacional urbana também se verifica, entre nós, de maneira preocupante.

Informações oficiais revelam que, em 1940, a população urbana do país, da ordem de 13 milhões de habitantes, correspondia a apenas 31% da população total. Em 1970, atingia 52 milhões, equivalentes a 56% do global. Para o ano de 1980, a população urbana foi estimada em 78 milhões, significando 63% do todo. O aumento é atualmente à razão de 3 milhões de habitantes novos nas cidades por ano.²

Observa-se que o incremento populacional se vem fazendo de forma concentrada. As cidades com mais de 250 mil habitantes, e, especialmente, as duas metrópoles nacionais — Rio de Janeiro e São Paulo — apresentaram, nos últimos anos, maior expansão relativa da população e das atividades produtivas. Por outro lado, os principais aglomerados metropolitanos, concentrando quase metade da população das cidades e a maior parte das atividades industriais, estão localizados sobretudo no litoral ou a distâncias relativamente pequenas da orla marítima (*idem*).

Antecipam os técnicos estarmos criando uma megalópole linear Rio—São Paulo, em condições absolutamente imprevisíveis, com problemas de demanda de infra-estrutura, de comportamento individual e coletivo, talvez inteiramente desconhecidos, gerando uma aglomeração concentrada de não se sabe quantos milhões de habitantes.³

Projeções da Fundação IBGE divulgadas pela imprensa em meados de 1979 indicam que, no ano 2000, 70,5% dos brasileiros estarão residindo nas cidades. Isso corresponde a cerca de 142 milhões de habitantes nas zonas urbanas, contra 60 milhões de habitantes no campo.

Segundo essas mesmas projeções, São Paulo será um imenso aglomerado, no ano 2000, com 23,5 milhões de habitantes, disputando com Nova Iorque, Cidade do México e Tóquio o privilégio, ou a infelicidade, de estar entre as quatro maiores cidades do mundo. As regiões metropolitanas de Belém, Fortaleza, Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo, Curitiba e Porto Alegre terão dado um salto inimaginável nos anos 50, em termos de população e concentração de recursos, reunindo 63 milhões de pessoas — mais de 30% da população total do Brasil no ano 2000.

Não é preciso mais para evidenciar que a marcha do Brasil para os centros urbanos é inexorável.

² Pronunciamento do Ministro do Interior, na instalação do Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano — CNDU, em maio de 1979.

³ Seminário de Desenvolvimento Urbano — Aspectos econômicos. Intervenção do economista Hamilton Tolosa. Núcleo de Estudos e Pesquisas Sociais (Nepes), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1979. v. 1, p. 44.

Impõe-se, portanto, onde ainda seja possível ou onde o processo de concentração ainda seja controlável, ou esteja por instalar-se, pensar a forma mais adequada e racional de assentamento humano, para evitar que se repitam os erros já cometidos nos aglomerados urbanos consumados, de maneira talvez irreparavelmente danosa e defeituosa.

O assentamento humano realizado desordenadamente gera a deficiência do equipamento urbano, a sub-habitação, a poluição, a criminalidade, o vício, enfim a instabilidade social com todo o seu séquito de problemas, que encontrariam sua parcela de solução em uma política de controle do uso do solo urbano.

1.4 O controle do uso do solo urbano tem sido objeto da preocupação constante de outros países, sendo suficiente mencionar como exemplos a França e Itália.

1.4.1 O *Code de l'Urbanisme*, no livro I, título I, capítulo II, procura limitar a utilização do solo com um “plafond legal de densité”:

“L. 112-1. (L. n.º 75-1 328 du 31 déc. 1975) Le droit de construire est attaché à la propriété du sol. Il s'exerce dans le respect des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'utilisation du sol.

Le rapport entre la surface de plancher d'une construction et la surface de terrain sur laquelle cette construction est ou doit être implantée définit la densité de construction.

Une densité égale à 1 constitue la limite légale de densité. Pour la ville de Paris, ce chiffre est fixé à 1,5.

Au-delà de cette limite, appelée ‘plafond legal de densité’, l'exercice du droit de construire relève de la collectivité dans les conditions fixées par les dispositions du présent chapitre.

L. 112-2. (L. n.º 75-1 328 du 31 déc. 1975) L'édification d'une construction d'une densité excédant le plafond legal est subordonnée au versement par le bénéficiaire de l'autorisation de construire d'une somme égale à la valeur du terrain dont l'acquisition serait nécessaire pour que la densité de la construction n'excède pas ce plafond.

L'attribution, expresse ou tacite, du permis de construire entraîne pour le bénéficiaire de l'autorisation de construire l'obligation d'effectuer ce versement.”

1.4.2 Na Itália, a Lei n.º 10, de 28 de janeiro de 1977, estabelece no seu art. 1.º, *in fine*, que a execução das obras resultantes de atividade que envolva transformação edilícia e urbanística do solo da comuna está subordinado à concessão do prefeito.

O direito de construir não mais se insere como uma manifestação natural no âmbito do direito de propriedade, mas dele é destacado para constituir concessão do Estado.

Anota Achille Cutrera:⁴

‘Il regime di concessione è profondamente diverso dal regime di licenza edilizia che era stato regolato dalla legge urbanistica n. 1 150 del 1942. La differenza risulta non soltanto dalla diversità letterale delle parole, ma specificamente dalla diversa portata che le due formule ‘concessione’ e ‘licenza edilizia’ hanno nel diritto amministrativo, secondo la rispettiva nozione istituzionale” (p. 71).

Prosegue pouco adiante:

“Il nuovo regime dei suoli è appunto difinito dal passaggio del regime di licenza edilizia a quello di concessione edilizia. Le conseguenze sono rilevanti anzitutto sotto il profilo costituzionale. Infatti, se le varie attività di trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio comunale sono, dalla entrata in vigore della nuova legge in poi, soggette a concessione, significa che il proprietario del suolo, prima della emanazione dell’atto del sindaco, non há il diritto di edificare. In altri termini, l’ordinamento riconosce una posizione iniziale della proprietà dei suoli corrispondente a quella dei terreni privi di capacità edificatoria. Quando la legge parla di ‘valore agricolo’ dei terreni intende appunto fare riferimento al valore dei terreni privi delle loro capacità edificatorie. Questa è la situazione generale di tutti i terreni per effetto del disposto dell’art. 1 della nuova legge. E invero, anche se la nuova norma non dichiara espressamente che il potere di edificazione è separato dal diritto di proprietà del suolo, ed è avvocato al comune, tuttavia ci si trova di fronte ad una dichiarazione di separazione dei due diritti resa in forma ‘implicita’” (p. 73).

Ainda do mesmo autor:

“La edificabilità dei suoli è negata in partenza. Essa non é compresa ‘ab origine’ nel diritto di proprietà. Per ottenere una possibilità di edificazione occorre che la pubblica amministrazione esprima una determinazione di volontà nelle forme del piano regolatore generale, del programma di fabbricazione, del programma pluriennale di attuazione e, infine, della concessione ad edificare. In mancanza di uno dei detti atti, cumulativamente o alternativamente considerati a seconda delle specifiche situazione comunali, non si realizza alcuna modificazione alla condizione iniziale di inedificabilità sopra descritta: la possibilità di sfruttare i terreni a fini edilizi è attribuita al proprietario delle aree per mezzo dell’atto amministrativo. Per questo si può dire che i vari atti emanati dal comune nell’esercizio del potere di pianificazione territoriale hanno effetto ‘costitutivo’ del diritto di edificazione” (p. 74-75).

Na tramitação do projeto que resultou esta lei italiana, surgiu a preocupação da constitucionalidade dessa extirpação do direito de construir eliminado do âmbito do direito de propriedade, tendo-se chegado à resposta afirmativa.⁵

⁴ Cutrera, Achille. Concessione, edilizia popolare ed edilizia convenzionata nella legge sui suoli. *La nuova legge sui suoli — agromenti e problemi*. Milano, Giufrè, 1977.

⁵ Barucchi, Alfredo. *Jus aedificandi e proprietà dei suoli*. Torino, Giapichelli, 1976.

1.5 Entre nós, em face da nossa sistemática constitucional, afigura-se irrefutável o opinamento de M. Seabra Fagundes,⁶ fazendo ver que, sobretudo em imóveis localizados em área urbana — onde a possibilidade de construir constitui a essência econômica da propriedade — a autonomia do direito de construir, distinto do domínio e entregue ao Estado, conflita com a garantia constitucional da propriedade.

1.6 Poder-se-á, todavia, sem chegar ao nível das preocupações de inconstitucionalidade, alcançar resultado idêntico, na medida em que se efetive a adoção de duas medidas: a instituição do solo criado e a reentronização do direito de superfície no direito positivo brasileiro.

1.7 Em princípio, *solo criado* é o resultado da criação de áreas adicionais de piso utilizável não apoiadas diretamente sobre o solo.

Mais precisamente, a idéia do solo criado está ligada à adoção de um coeficiente único de aproveitamento do solo. Partindo-se dessa premissa, será solo criado o excesso de construção praticada em volume superior ao limite estabelecido em função do coeficiente único de aproveitamento.

A noção é relevante, sobretudo porque todo aproveitamento de terreno, no subsolo ou no espaço aéreo, envolvendo criação de solo, desde que consentido, implicará por parte do beneficiário na obrigação de dar à comunidade uma contraprestação por esse excesso de utilização, geralmente acompanhado de sobrecargas incidentes sobre o equipamento urbano.

A questão do solo criado foi debatida em três seminários realizados em São Sebastião, São Paulo e Embu, respectivamente em 25/26 de junho de 1976, 28/29 de junho de 1976 e em 11/12 de dezembro de 1976, sob o patrocínio do Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal, da Fundação Prefeito Faria Lima, entidade vinculada à Secretaria de Estado dos Negócios do Interior do Estado de São Paulo.

Desses seminários resultou a chamada Carta do Embu, de 11 de dezembro de 1976, marco relevante na história dos estudos do desenvolvimento urbano no Brasil, consubstanciando as seguintes conclusões:

“1. É constitucional a fixação, pelo município, de um coeficiente único de edificação para todos os terrenos urbanos.

1.1 A fixação desse coeficiente não interfere com a competência municipal para estabelecer índices diversos de utilização dos terrenos, tal como já se faz, mediante legislação de zoneamento.

⁶ Seabra Fagundes, M. Aspectos jurídicos do solo criado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, FGV, 129:5, item 8, jul./set. 1977.

1.2 Toda edificação acima do coeficiente único é considerada solo criado, quer envolva ocupação do espaço aéreo, quer a de subsolo.

2. É constitucional exigir, na forma da lei municipal, como condição de criação de solo, que o interessado entregue ao poder público áreas proporcionais ao solo criado; quando impossível a oferta destas áreas, por inexistentes ou por não atenderem às condições legais para tanto requeridas, é admissível sua substituição pelo equivalente econômico.

2.1 O proprietário de imóvel sujeito a limitações administrativas, que impeçam a plena utilização do coeficiente único de edificação, poderá alienar a parcela não utilizável do direito de construir.

2.2 No caso de imóvel tombado, o proprietário poderá alienar o direito de construir correspondente à área edificada ou ao coeficiente único de edificação.”

Importa no presente trabalho dar relevo às conclusões da Carta do Embu contidas nos itens 1, 1.2 e àquela explicitada na parte inicial do item 2.

Isso porque aí se consagra a possibilidade de exigir-se do proprietário do terreno, que, consentidamente, vá construir acima do coeficiente único, gerando dessa forma solo criado, a entrega ao poder público de áreas proporcionais ao solo criado.

É evidente que nessas terras passadas à titularidade do poder público poderá esse poder implantar áreas de lazer, áreas verdes, campos de esporte, escolas públicas etc.

E poderá também, *através do direito de superfície, desde que restabelecido no direito positivo brasileiro*:

a) autonomizar o direito de construir, distinto do domínio, o que de outra forma não se poderia fazer senão por meio de problemática e difícil reforma constitucional redefinidora do direito de propriedade; ou, ainda,

b) realizar planos de habitação de interesse social, sem doações paternalistas, mas a custo razoável, pois não haveria necessidade da venda do domínio das parcelas do terreno, sendo suficientes concessões de direito de construir, a título de direito real, providência que se poderia complementar com a construção das moradias sob o regime de mutirão.

Nessa oportunidade já se torna explícita a proposição central do presente trabalho: demonstração da conveniência de replantação do direito de superfície no ordenamento brasileiro, como alternativa válida a ser testada na execução da política de controle do uso do solo urbano e na execução de planos de habitação de interesse social.

O direito de superfície

2. O direito de superfície existia entre nós até o advento da Lei n.º 1 237, de 24 de setembro de 1864, que deixou de enumerá-lo entre os direitos reais, sendo certo que o direito de superfície, sem a natureza de direito real, é incompreensível e se confundiria plenamente com o arrendamento.⁷

Tirando-se-lhe a feição de direito real, o direito de superfície deixa de existir.

2.1 O direito de superfície é o direito real autônomo, temporário ou perpétuo, de fazer e manter construção ou plantação sobre ou sob solo alheio; é a propriedade — separada do solo — dessa construção ou plantação, bem como é a propriedade decorrente da aquisição feita ao dono do solo de construção ou plantação nele já existente.

Fixemo-nos, no presente trabalho, no direito de superfície ligado ao direito de construir e às construções realizadas, embora as conclusões, por consubstanciarem também sugestões ao texto da projetada reforma do Código Civil, abranjam igualmente a superfície vegetal.

O direito de superfície é um direito real, autônomo, por isso que se distingue dos demais direitos reais limitantes.

É por outro lado um direito dinâmico, plástico, no sentido de que pode desdobrar-se em momentos vários, sendo certo que esses momentos podem existir isolada ou sucessivamente.

Em dado momento, é simples *direito de construir*, simples *concessão de construção*, embora já limitando o domínio do *dominus soli*, a título de direito real.

Exercido o direito de construir, consumada a construção, nasce a *propriedade separada superficiária*, distinta da propriedade do solo, aquela pertencente ao concessionário, esta em mãos do concedente.

A propriedade separada superficiária pode ser também gerada por *cisão*. Nesse caso, se pressupõem já existentes o solo com a construção a ele acedida, nascendo o direito de superfície no instante em que a titularidade do domínio do solo e a titularidade do domínio de construção passam a pessoas diversas.

2.2 Os romanos sempre atribuíam ao solo importância qualificada, prevalecendo em todo o seu rigor, pelo menos até a fase justinianéia, o princípio *superficies solo cedit*.

Tal princípio foi explicado por Arangio-Ruiz como exasperação do critério da absoluta senhoria sobre a coisa, projetando-se o poder do *dominus soli* ao ponto máximo de desfrute: *usque ad sidera et usque ad inferos*.⁸

⁷ Pereira, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro, 1977. v. 2, p. 75, nota 115, *in fine*.

⁸ Arangio-Ruiz. *Instituzione di diritto romano*. Casa Editrice Dott. Eugenio Govenone, 1977. p. 258.

A consulta aos romanistas admite aceitar-se como verdadeiras as seguintes afirmações:

a) o direito de superfície, tal como a enfiteuse (embora dela se distinga, mesmo no direito romano), teve sua origem nas concessões de terrenos públicos;

b) em época que se não pode definir com precisão, a concessão para construir se deu também entre particulares, tendo-se assim que o instituto migrou do direito público para o direito privado;

c) a relação superficiária surgia habitualmente do contrato de arrendamento (*locatio conductio*), sendo suscetível de controvérsia a opinião de que podia também decorrer de uma compra e venda (*emptio venditio*);

d) a concessão superficiária podia ser onerosa, mediante o pagamento de uma prestação anual (*solarium*) ou de uma só quantia, bem como podia ser gratuita, *donatious causa*;

e) a relação superficiária era de início estritamente obrigacional, protegidos os direitos do superficiário por uma *actio in personam* (*ex conducto*, ou talvez, *interdictum superficiebus*), de natureza proibitória, tal como o seu modelo, o *interdictum uti possidetis*;

f) o pretor romano, na sua obra genial e criativa de secundar, completar e corrigir o direito civil, conferiu ao superficiário *causa cognitiva* (consideradas as circunstâncias do caso) *ação real* transmudando-se assim o direito de superfície, de direito pessoal que era, em direito real;

g) por mais amplo que pudesse ser o direito do superficiário, *seja analisada a relação com a construção*, seja analisada a relação com o solo, asseveram os romanistas que o direito justinianeu não permite seja o direito de superfície qualificado senão como um direito real sobre a coisa de outrem, significando-se com isso que os romanos não chegaram à concepção da *propriedade separada da superficiária*, à concepção do domínio do superficiário sobre a construção;

h) o princípio romano da acessão, segundo o qual o que se constrói sobre o solo é da propriedade do dono deste, ficou preservado, pelo menos formalmente, até a época justinianéia.

A deterioração das condições sociais do Império Romano viria a ter decisiva influência na atenuação do rigor dos princípios reguladores do direito de propriedade.

O abandono das terras e a necessidade da produção tornando indeclinável o seu aproveitamento determinaram uma mudança de rumo, fazendo com que o direito procurasse tutelar de maneira mais eficaz o resultado do trabalho.

O poder do dono do solo, acastelado no vigor do princípio *superficies solo cedit*, perdia substância. Abria espaço aos direitos de que, com seu esforço e trabalho, produzira sobre o terreno de outrem.

Na Codificação Justinianéia já se encontram passagens em que aparece protegida a posição de quem trabalhava terras não cultivadas, garantindo-lhe o gozo do

resultado de sua atividade, fazendo do trabalho causa de aquisição de terras incultas, públicas ou privadas.⁹

2.2.1 No direito bizantino se pode identificar uma inversão do princípio romano *quod solo inaedificatur solo cedit*. Nas *Leges rusticae* se estabelecia que, no caso de construção ou plantação de vinha em solo de outrem, consentindo o proprietário da terra, não era lícito a este pretender fosse a edificação demolida ou a vinha extirpada, restando-lhe apenas o direito de ver-lhe adjudicada em contra partida parte do terreno igual àquela ocupada pela construção ou pela vinha.

2.2.2 Em direito bárbaro se desconhecia o princípio da acessão, e por influência desse direito começa a admitir-se uma propriedade separada entre solo e plantação, entre solo e construção.

Os germanos qualificavam como *bem móvel* tudo o que pudesse ser destruído pelo fogo. A maioria das casas eram construídas unicamente de madeira, consideradas assim até o século XVI integrantes do patrimônio móvel e não partes essenciais do solo. Conseqüentemente, podiam as construções ser vendidas, permutadas ou doadas, independentemente do solo. As habitações, transportáveis e feitas de lenha, favoreciam a concepção de uma propriedade da construção separada da propriedade do solo.

Não se faz presente no direito germânico a regra *superficies solo cedit*: o que constrói ou planta em solo alheio, ressalvada a hipótese de má-fé, é proprietário da construção ou plantação, podendo livremente demolir e extirpar, carregando consigo o material remanescente.

2.2.3 Na Idade Média, por influência do direito germânico, o direito do superficial sobrepuja o fenômeno da acessão ao solo e vários estatutos das cidades italianas isolam a propriedade do que está sobre o solo de outrem, concebida como propriedade separada do solo.

Dáí ter afirmado Hedemann que o direito de superfície na Idade Média deu base, juntamente com a enfiteuse, à doutrina da propriedade dividida.¹⁰

2.2.4 O princípio romano da acessão, como se verifica, deixou de ser aplicado durante considerável trato de tempo.

As primeiras grandes codificações da era moderna não consagram expressamente o direito de superfície, como por exemplo o Código Napoleônico, o Código Civil italiano de 1865.

⁹ Apud Rossi, Lanciotto. *Il digesto italiano*. v. Diritto di superficie, p. 44; L. 7 pr., Cod. XI, 59; L. 2, Cod. XI, 71; L. 17, Cod. XI, 59.

¹⁰ Hedemann, Justus Wilhelm. op. cit. p. 310.

2.3 Desdobre-se, para que se avalie a relevância do direito de superfície, uma visão panorâmica do instituto no direito comparado.

2.3.1 No direito francês não se tem uma regulamentação específica do direito de superfície. Os juristas o inferem do art. 553 do Código Civil francês, a teor do qual as construções, plantações e obras pertencem *presumivelmente* ao proprietário do solo. “... *se le contraire n'est prouvé...*”.

2.3.2 O BGB, promulgado em 18 de agosto de 1896, em vigor a 1.º de janeiro de 1900, foi uma das primeiras codificações a disciplinar expressamente o direito de superfície, nos seus §§ 1 012 e 1 017.

Referem Arminjon-Nolde-Wolff que o direito de superfície veio a ser um dos instrumentos utilizados pelo movimento de reforma imobiliária, a fim de acabar com os inconvenientes resultantes da circunstância de a propriedade se encontrar, em regra, em mãos de particulares.

Foi a cidade de Frankfurt — cujo exemplo foi seguido por outras cidades e estados alemães — que, a partir do início do século, abandonou a prática funesta da venda de extensas glebas às empresas de construção e outros especuladores, prática ensejadora de um nefasto tráfico de imóveis, que recebiam o condenável tratamento de simples mercadorias. Seguiu-se a política de não mais vender terrenos destinados à construção de moradias. As comunas e os estados se reservavam a propriedade deles, concedendo o direito de superfície a associações e utilidade pública por um número limitado de anos (50, 80, 100). Essas associações de utilidade pública ficavam obrigadas a pagar uma renda anual, bem como a construir casas de determinado tipo, entregando-as a terceiros mediante locação a preços estabelecidos, obedecidas certas regras. Ao término da concessão o direito revertia ao proprietário do terreno. Dessa maneira, a mais-valia não aproveitava a particulares, mas à comunidade.¹¹

As normas do BGB relativas ao direito de superfície não satisfaziam às exigências do momento.

Wolff chamava a atenção para o fato, registrando que “a importância prática da superfície é maior do que se imaginou quando da redação do Código Civil e, particularmente, maior que a apresentada pelo direito comum”.¹²

Durante a I Guerra Mundial, com a finalidade de fornecer aos ex-combatentes meios para a aquisição de casa própria, o governo alemão fez seu o programa dos reformadores, preparando a primeira grande reforma da codificação civil alemã, tendo por objeto exatamente o direito de superfície.

¹¹ Apud Arminjon, Nolde & Wolff. *Traité de droit comparé*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950. t. 2, p. 338-9, § 542.

¹² Wolff. *Tratado de derecho civil*. Barcelona, Bosch, 1944. v. 2, *Derecho de cosas*, p. 2.

Foi editada, assim, a Regulamentação sobre Direito de Superfície, de 15 de janeiro de 1919, confirmada pela Lei de 4 de março de 1919, alterando as disposições do BGB sobre a matéria.

2.3.3 O Código Civil italiano de 1865 não contemplou o direito de superfície. Sua existência foi declarada, e sua estrutura moldada, por laboriosa faina doutrinária dos juristas tal como sucedera em França.

A presença do direito de superfície se extraiu por presunção dos termos do art. 448 do Código Civil de 1865, da mesma forma que o fizeram os franceses com o art. 553 do Código Civil de 1804.

O Código Civil italiano de 1942 regulou expressamente a matéria nos artigos 952-956, sob a rubrica “Della Superficie”, nos seguintes termos:

“952. *Constituzione del diritto di superficie*. Il proprietario può costituire il diritto di fare e mantenera al disopra del suolo una costruzione a favore di altri, che ne acquisita la proprietà.

Del pari può alienare la proprietà della costruzione già esistente, separatamente dalla proprietà del suolo.

953. *Constituzione a tempo determinato*. Se la costituzione del diritto è stata fatta per uno tempo determinato, allo scadere del termine il diritto di superficie si estingue e il proprietario del suolo diventa proprietario della costruzione.

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. Il diritti gravanti sul suolo si estendono alla costruzione, salvo, per le ipoteche, il disposto del primo comma dell'art. 2816.

Il contratti di locazione, che hanno per oggetto la construção, non durano se non per l'anno in corso alla scadenza del termine.

Il perimento della construção non importa, salvo patto contrario, l'esintione del diritto di superficie.

Il diritto di fare la construção sui solo altrui si estingue per prescrizione per effetto del non uso protrato per venti anni.

955. *Construzione al disotto suolo*. Le disposizioni precedenti si applicano anche nel caso in cui è concesso il diritto di fare e mantenere construção al disotto del suolo altrui.

956. *Divieto di proprietà separata delle piantagione*. Non può essere constiuita o transferita la proprietà delle piantagione separatamente dalla propriedade del suolo”.

2.3.4 No direito inglês há um conjunto de contratos superficiários, reunidos sob a denominação comum de *building-lease*, criados pela prática, existentes até a época de hoje.

2.3.5 O Código Civil austríaco de 1811, nos arts. 1125, 1147 e 1150, reconheceu a existência de propriedades divididas: a do solo e a da superfície.

O instituto caiu em desuso, vindo supervenientemente, pela Lei de 26 de abril de 1912, a oferecer-se modalidade de direito de superfície de interesse maior.

Essa lei reflete o progresso doutrinário que sucedeu às publicações dos códigos civis alemão e suíço, bem como acusa a repercussão do intenso debate travado na primeira década do século relativamente ao direito de superfície.

2.3.6 O Código Civil suíço, de 10 de dezembro de 1907, em vigor desde 1 de janeiro de 1912, disciplinou a matéria nos arts. 675 e 779.

A Lei Federal de 19 de março de 1965 reviu as disposições de Código Civil pertinentes ao assunto, acrescentando ao art. 779 nada menos que 11 alíneas.

Com a alteração mencionada, os textos do Código suíço ficaram assim enunciados:

“Art. 675. Les constructions et autres ouvrages établis au-dessus ou d’un fonds, ou unis avec lui de quelque autre manière durable, peuvent avoir un propriétaire distinct, à la condition d’être inscrits comme servitudes au registre foncier.

Les divers étages d’une maison ne peuvent être l’objet d’un droit de superficie.

.....
Art. 779. Le propriétaire peut établir en faveur d’un tiers une servitude lui conférant le droit d’avoir ou de faire des constructions soit sur le fonds gravé, soit au-dessus.

Sauf convention contraire, ce droit est cessible et passe aux héritiers.

Si cette servitude a le caractère d’un droit distinct et permanent, elle peut être immatriculée comme immeuble au registre foncier.

Art. 779a. Le contract constitutif d’un droit de superficie distinct et permanent n’est valable que s’il a été par acte authentique.

Art. 779b. Les dispositions contractuelles sur les effets du droit de superficie, notamment sur la situation, la structure, le volume et la destination des constructions, ainsi que sur l’utilisation des surfaces non bâties mises a contribution par l’exercice du droit, sont obligatoires pour tout acquéreur du droit de superficie et de l’immeuble grevé.

Art. 779c. A l’expiration de droit de superficie, les constructions font retour au propriétaire du fonds et deviennent partie intégrante de ce fonds.

Art. 779d. Pour les constructions lui faisant retour, le propriétaire du fonds verse au superficiiaire une indemnité équitable que constitue cependant, pour les créanciers en faveur desquels le droit de superficie était grevé de gage, une garantie pour le solde de leurs créance et qui ne peut pas être versée au superficiiaire sans leur consentement.

Si l'indemnité n'est ni versée ni garantie, le superficiaire ou un créancier en faveur duquel le droit de superficie était grevé de gage peut exiger qu'au lieu du droit de superficie radié un hypothèque de même rang soit inscrite en garantie de l'indemnité due.

L'inscription doit se faire au plus tard trois mois après l'expiration du droit de superficie.

Art. 779e. Le montant de l'indemnité, la procédure à suivre pour le fixer, la suppression de l'indemnité et le rétablissement de l'état primitif du bien-fonds peuvent être l'objet d'autres dispositions passées en la forme prescrite pour la constitution du droit de superficie et pouvant être annotées au registre foncier.

Art. 779f. Si le superficiaire excède gravement son droit réel ou viole gravement des obligations contractuelles, le propriétaire peut provoquer le retour anticipé en demandant le transfert à son nom du droit de superficie avec tous les droits et charges qui y sont attachés.

Art. 779g. Le droit de retour ne peut être exercé que moyennant une indemnité équitable pour les constructions que font retour au propriétaire, la dette du superficiaire pouvant justifier la réduction de l'indemnité.

Le droit de superficie n'est transféré propriétaire que si l'indemnité a été versée ou garantie.

Art. 779h. Les dispositions concernant l'exercice du droit de retour s'appliquent à tout moyen que le propriétaire s'est réservé de mettre fin prématurément au droit de superficie ou d'en demander la rétrocession en cas de violation de ses obligations par le superficiaire.

Art. 779i. Le propriétaire peut demander à tout superficiaire actuel de garantir la rente du droit de superficie au moyen d'une hypothèque grevant pour trois annuités au maximum le droit de superficie immatriculé au registre foncier.

Si la rente ne consiste pas en annuités égales, l'inscription de l'hypothèque légale peut être requise pour le montant qui, la rente étant uniformément répartie représente trois annuités.

Art. 779j. L'hypothèque peut être inscrite en tout temps pendant la durée du droit de superficie et, en cas de réalisation forcée, elle n'est pas radiée.

Les dispositions relatives à la constitution de l'hypothèque des artisans et entrepreneurs s'appliquent par analogie.

Art. 779l. Le droit de superficie ne peut pas être constitué pour plus de cent ans comme droit distinct.

Il peut en tout temps être prolongé, en la forme prescrite pour sa constitution, pour une nouvelle durée maximum de cent ans, mais tout engagement pris d'avance à ce sujet est nul."

2.3.7 O Código Civil holandês, no título VI, livro II, arts. 758 e 766, cuida do direito de superfície.

A Lei belga de 10 de janeiro de 1824, regulando a matéria, o faz acompanhando de perto o Código holandês.

2.3.8 O direito de superfície, no Código Civil espanhol, não tem substancialidade normativa. A tendência da doutrina é a do reconhecimento da existência do instituto, apesar da deficiência do sistema, da falta de normatividade.¹³

A chamada Lei do Solo de 1956, complementada pelo Decreto de 17 de março de 1959, modificativa do Regulamento Hipotecário Espanhol, criou modalidade urbanística de direito de superfície, segundo o modelo moderno para o instituto.

2.3.9 O Código Civil português de 1867 estipulava, no art. 2 308, que o dono do prédio onde estivessem plantadas árvores alheias se pudesse obrigar a conservá-las no domínio alheio, por prazo não excedente de 30 anos. Assim, ainda que a título excepcional, se contemplava um direito temporário à manutenção de árvores próprias em terreno alheio.

Posteriormente, veio a ser editada a Lei n.º 2 030, de 22 de junho de 1948, consubstanciando tipo de superfície só passível de constituição pelo Estado, autarquias locais e pessoas coletivas de utilidade pública administrativa em terrenos de seu domínio privado.

Entende-se que a Lei 2 030, de 22 de junho de 1948, sobreviveu à promulgação do Código Civil de 1967, que, no art. 1 527, dispõe que o direito de superfície constituído pelo Estado ou por pessoas coletivas públicas em terrenos de seu domínio privado fica sujeito à legislação especial, aplicadas subsidiariamente as disposições do Código.

No direito português, o direito da superfície em sua modalidade pública está regulado pela *lex specialis* de 1948, e em sua modalidade comum pelos arts. 1 524 e 1 542, do Código Civil de 1967.

As disposições codificadas são do teor seguinte:

“DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

CAPÍTULO I

Disposições gerais

Art. 1 524 (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.

¹³ Arditi, Alejandro Borzutski. *El derecho de superficie*. Santiago de Chile, Ed. Andres Bello, 1972. p. 96-7.

Art. 1 525 (Objeto).1. Tendo por objeto 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 objeto a construção de obra no subsolo, a menos que ela seja inerente à obra superficiária.

Art. 1 526 (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 condômino das partes referidas no art. 1 421.

Art. 1 527 (Direito de superfície constituído pelo Estado ou por pessoas coletivas públicas). O direito de superfície constituído pelo Estado ou por pessoas coletivas públicas em terrenos do seu domínio privado fica sujeito à legislação especial e, subsidiariamente, às disposições deste código.

CAPÍTULO II

Constituição do direito de superfície

Art. 1 528 (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.

Art. 1 529 (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 o 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

Art. 1 530 (Preço). 1. No ato 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.

Art. 1 531 (Pagamento das prestações anuais). 1. Ao pagamento das prestações anuais é aplicável o disposto nos arts. 1 505 e 1 506, com as necessárias adaptações. 2. Havendo mora no cumprimento, o proprietário do solo tem o direito de exigir o triplo das prestações em dívida.

Art. 1 532 (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.

Art. 1 533 (Fruição do subsolo). O solo e a fruição do subsolo pertencem ao proprietário; este é, porém, responsável pelo prejuízo causado ao superficiário em consequência da exploração que dele fizer.

Art. 1 534 (Transmissibilidade dos direitos). O direito de superfície e o direito de propriedade do solo são transmissíveis por ato entre vivos ou por morte.

Art. 1 535 (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, enfiteutico o prédio incorporado no solo, prevalece o direito de preferência do proprietário. 2. É aplicável ao direito de preferência o disposto nos arts. 416 a 418 e 1 410.

CAPÍTULO IV

Extinção do direito de superfície

Art. 1 536(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 de 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), são aplicáveis as regras de prescrição.

Art. 1 537 (Falta de pagamento das prestações anuais). 1. 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 do pagamento das prestações são aplicáveis as regras de prescrição.

Art. 1 538 (Extinção pelo decurso do prazo). 1. Segundo 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 indenização calculada segundo as regras do enriquecimento sem causa. 3. Não havendo lugar à indenização, o superficiário responde pelas deteriorações da obra ou das plantações, quando haja culpa de sua parte.

Art. 1 539 (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 indenização nos termos do artigo anterior, aqueles direitos transferem-se para a indenização, conforme o disposto nos lugares respectivos.

Art. 1 540 (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 art. 1 538.

Art. 1 541 (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.

Art. 1 542 (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 indenização que corresponder ao valor do respectivo direito.” 3. Veja-se, agora, a teoria geral do direito de superfície que se pode construir, inclusive com o auxílio do fundo geral de conceitos oferecidos pelo direito comparado (para uma análise mais pormenorizada do tema, ver nossa tese.¹⁴

3.1 Prevalecem modernamente as teorias que concebem binariamente a relação superficiária, nela distinguindo duas ordens de relacionamento: *concessionário-bem superficiário* e *concessionário-dono do solo*.

Inexistem dúvidas maiores quanto à natureza do primeiro: *consubstancia direito de propriedade*.

O debate se feriu no tocante à natureza do vínculo *concessionário-dono do solo*. Alguns qualificaram-no como servidão *oneris ferendi* ou *inominada*; outros

¹⁴ Lira, Ricardo Pereira. *O moderno direito de superfície — ensaio de uma teoria geral — conveniência da sua recepção no direito positivo brasileiro*. Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em julho de 1979. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*.

sustentam adquirir o superficiário a propriedade do solo, verificando-se um fenômeno de acessão em sentido inverso ao habitual. Cogitou-se ainda de explicar a relação entre solo e propriedade superficiária como uma *limitação legal*, partindo-se da premissa de que o titular da superfície é proprietário do espaço existente sobre o solo, criando situação análoga à das relações de vizinhança. Haveria limitações legais recíprocas, qualificadas de naturais, já que é natural a conexão entre o solo e o edifício.

Modernamente, a relação concessionária-dono do solo é uma *relação autônoma*, diversa dos demais direitos reais, consubstanciando um direito real de construir acima ou abaixo do solo de outrem, ou de nele plantar.

3.2 A estrutura da relação superficiária é plástica.

Tem a propriedade de partir de uma relação simples, evoluindo para uma relação complexa. Poderá, também, nascer complexa.

Procuremos tornar mais claras essas afirmações.

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 da construção ou vegetação já existentes; efeito da alienação que o *dominus soli* separadamente faz a outrem do solo, reservando-se a construção ou a plantação; ou ainda efeito da alienação separada que o *dominus soli* faz a duas pessoas, transferindo a uma o solo, a outra a construção ou vegetação já existente.

Neste último tipo se tem a propriedade separada superficiária por cisão.

Afirmamos que a relação é plástica porque ela pode sofrer mutações, alterando-se o conteúdo estrutural, registrando-se evolução do *simples* para o *composto*. Pode nascer composta, assim ficando até perecer. Pode nascer simples, ficando simples até extinguir-se.

Veja-se a evolução do simples para o composto.

Ter-se-ia o direito de superfície criado como concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum*. Exercido o direito, surge a propriedade separada superficiária, sem que se extinga o direito de construir ou plantar, conduzindo a um período de quiescência ou adormecimento, enquanto existente a propriedade separada superficiária. Se a concessão é *ad tempus* e há o perecimento da coisa superficiária, o concessionário pode reconstruir ou replantar, se ainda lhe resta prazo de concessão. Só não terá direito de reconstruir ou replantar se o negócio jurídico superficiário dispuser em contrário. Acontece, na hipótese considerada, que o momento da concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum* é sucedido no tempo pelo momento da propriedade separada superficiária, sem que, contudo, desa-

pareça: fica quiescente. Fica impedindo a incidência do princípio da acessão. Fica evitando a expansão da propriedade do solo. Fica evitando que a titularidade do *dominus soli* se estenda à coisa superficiária. Normalmente o proprietário do solo adquiriria a “acessão”, se não existisse, no caso determinado, o direito de superfície impedindo essa aquisição. Vale salientar que uma expansão da propriedade do *dominus soli* acontecerá, abrangendo a coisa superficiária, no momento da extinção do direito de superfície. Como decorrência do atributo da elasticidade do direito de propriedade — desapreciada a causa da limitação produzida ao direito do proprietário do solo pela interposição e um direito real de construir ou plantar em favor de outrem — o domínio do *dominus soli* adquire plenitude, com desaparecimento do direito real de superfície. Incide normalmente o princípio *superficies solo cedit*, passando conseqüentemente ao proprietário do solo, *de pleno direito*, a propriedade da coisa superficiária. O domínio do titular do direito de superfície sobre a coisa superficiária existe enquanto exista o direito de superfície. Expirada a concessão, se desvanecem a propriedade superficiária e o direito de construir ou plantar. Pela operação normal do princípio de *superficies solo cedit* a titularidade do *dominus soli* projeta sua força absorvente sobre a coisa superficiária, que da titularidade do superficiário passa à titularidade do proprietário do solo. Acabamos de focalizar a situação em que o direito de superfície nasce simples e, pela realização da edificação ou plantação, se torna complexo.

Ponha-se em tela agora a situação em que o direito de superfície já nasce complexo: é o caso da propriedade separada superficiária gerada pela cisão, mencionado na alínea *c* deste subitem.

3.3 A concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum* é um direito real autônomo, temporário ou perpétuo, transmissível *inter vivos* ou *causa mortis*, hipotecável, suscetível de decadência pelo não exercício do direito de construir ou plantar no prazo da concessão.

Observa Messineo que é um poder autônomo (direito real sobre o solo alheio), em que está uma propriedade superficiária potencial ou *in fieri*; germe de uma futura propriedade superficiária que pode não chegar a acontecer se o concessionário jamais executar a edificação.¹⁵

A propriedade separada superficiária, gerada pela realização da construção ou plantação, bem como a decorrente de cisão, é propriedade imobiliária, sujeita aos princípios reguladores desta, atendidas as decorrências do negócio superficiário, como, por exemplo, se houver a obrigação de pagamento de um cânon (*solarium*) ou de uma certa importância paga de uma só vez. A propriedade separada superficiária é transferível *inter vivos* e *causa mortis*, hipotecável, não se extingue pelo

¹⁵ Messineo. *Manuale di diritto civile e commerciale*. Milano, Giuffrè, 1965. v. 2, p. 535.

não-uso, já que, de acordo com o sistema dominante, o não exercício é manifestação do poder dominical; é tutelada pelas ações possessórias e peititórias.

3.4 Evidencia-se do que vem de ser deduzido que o direito de superfície é um direito real autônomo, não podendo ser reduzido à categoria os demais direitos reais limitados.

Dilucida Barassi que o direito de superfície “é, assim, um direito real limitado sobre imóvel alheio, com individualidade própria, e deve, portanto, distinguir-se dos demais...”.¹⁶

Distingua-se da enfiteuse no próprio direito romano, ressalvada a base territorial idêntica, nos primórdios da superfície, em que se tinha a concessão de solo público. As diferenças são sensíveis pela própria natureza, bastando considerar que, na enfiteuse, o foro é da essência, e, na superfície o *solarium* ou a renda superficiária não o é. O superficiário pode alienar, em princípio, seu direito independentemente de consulta ao concedente, o que não acontece na enfiteuse. No tocante aos modos de extinção o comisso extingue a enfiteuse, e a extinção do direito de superfície pelo não pagamento do *solarium* nem sempre é consagrada.

No tocante ao usufruto, basta ter presente que o gozo da coisa alheia é mais extensivo, o direito não pode ser transferido — somente o seu exercício — e o usufruto é, no máximo, vitalício, não se transferindo, como o direito de superfície, hereditariamente.

Referentemente às servidões, atente-se para o fato de que, no direito de superfície, não se pode identificar dois imóveis que possam ter, um, a qualidade de dominante, e outro, a qualidade de serviente.

A autonomia e substantividade são virtudes do moderno direito de superfície, que não tem como ser descaracterizado, confundindo-se com categorias outras de direitos reais limitados.

Vale referir que a *concessão de uso* de terrenos públicos ou particulares, hoje, aliás, expressamente prevista no nosso ordenamento através do Decreto-lei n.º 271, de 28 de fevereiro de 1967 (arts. 7.º e 8.º), não se confunde a rigor com o direito de superfície.

Os princípios gerais conduzem necessariamente a essa conclusão. Basta considerar que não ocorre na espécie *concessão de uso*, a suspensão do princípio *superficies solo cedit*, não se verifica a suspensão do princípio da acessão. Ainda que se pudesse admitir que, no caso, se criaria uma *propriedade separada* do concessionário relativamente ao *quid novum* incorporado ao solo, não se teria uma *propriedade separada superficiária*. Direito real de uso e direito real de superfície são categorias de direitos reais limitados, cada uma com suas cargas conceituais específicas.

¹⁶ Barassi. *Instituciones de derecho civil*. Barcelona, Bosch, 1955. t. 2, p. 69.

3.5 O direito de superfície se constitui mediante contrato, devidamente registrado no registro de imóveis, e por disposição de última vontade.

Quanto à aquisição por usucapião, decorrente de expropriação, e da lei, dir-se-á em seguida.

3.5.1 O contrato superficiário é negócio jurídico solene, devendo ser obedecida a forma para constituição de direitos reais sobre imóveis.

O conteúdo do contrato é relevante, por isso que o instrumento deverá conter a explicitação da extensão e dos efeitos do direito de superfície, inclusive normas relativas à situação, estrutura, volume e destino do bem superficiário, disciplina das partes do solo adjacente à construção ou plantação com a definição do modo de utilização dessa área.

O negócio jurídico superficiário pode ser puro, condicional, a termo ou modal.

Pode ser oneroso ou gratuito, já que o *solarium* ou a pensão superficiária não é da essência do direito de superfície, e modernamente também não deve ser considerado de sua natureza. Conseqüentemente, para que haja a obrigação de pagamento deve haver precisão expressa.

O direito de superfície pode ser temporário ou perpétuo. Na primeira hipótese ter-se-á a propriedade separada superficiária temporânea.

3.5.2 A doutrina dá notícia da possibilidade da constituição do direito de superfície por usucapião.¹⁷

Não vemos, contudo, como possa o direito de superfície constituir-se pela via do usucapião.

No tocante à propriedade separada superficiária, no plano dogmático, não haveria dificuldade alguma. Dificuldades surgem quando se desce do abstrato para o concreto. Quando se chega à realidade da vida.

Como imaginar, por exemplo, uma posse circunscrita à construção, sem necessariamente considerá-la abrangente do solo sobre o qual está edificada? Messineo, que admite o usucapião nesse caso, ressalva agudamente: “Tuttavia, è possibile che il possesso occorrente presenti il carattere dell’equivocità, potendo non apparir e certo, se il possesso investa la costruzione, come separata dal suolo, secondo è necessario”.¹⁸ A situação equívoca a que alude o autor será a nosso ver o que geralmente acontece, de forma que, como regra, se terá a consumação do usucapião envolvendo a coisa superficiária e o solo, e isso evidentemente não substancia aquisição de direito de superfície.

No que concerne já agora ao direito de superfície enquanto concessão para construir ou plantar, não vemos igualmente, pelo menos em face do nosso ordena-

¹⁷ Messineo. op. cit. p. 542; Trabucchi. *Instituições*. v. 2, p. 493; Salis, *La superficie*. Turim, UTET, 1958, p. 81.

¹⁸ Messineo. op. cit. p. 542.

mento, como aceitar o usucapião ordinário, fundado em um título *a non domino*. Como esclarece Orlando Gomes, que concebe o usucapião da coisa superficiária e rejeita a possibilidade do usucapião relativo ao direito de edificar ou plantar em solo alheio, sempre faltará a posse da coisa e não se poderá conceber a posse do direito, porque o seu exercício se cumpre mediante a construção.

A única hipótese ocorriável seria a do usucapião de coisa superficiária sobre solo público, já que a impossibilidade jurídica da aquisição do solo tornaria inócua a projeção da posse sobre esse solo, desfazendo por força desse dado jurídico a situação equívoca mencionada por Messineo.

3.5.3 Em outros sistemas há previsão expressa da possibilidade da constituição de direito de superfície pela via da expropriação: lei bávara de maio de 1928. Entre nós, ainda que lei ordinária houvesse nesse sentido, a desapropriação teria inarredavelmente de abranger o solo em que assentasse a coisa superficiária, o que evidentemente não geraria o *ius superficiei*.

3.5.4 Não reputamos possível um direito de superfície diretamente criado pela lei, ressalvada a hipótese de lei formal outorgando concretamente a um concessionário o direito de construir e plantar em solo público, e ainda ressalvada a análise de tal disposição em fase da insonomia constitucional.

3.5.5 Resta observar quanto à constituição do direito de superfície que os princípios impõem a publicidade registrária como requisito inafastável.

3.6 Quanto às espécies, o direito de superfície pode referir-se a construções ou a plantações.

A coisa superficiária pode implantar-se sobre o solo, como no subsolo.

O direito de superfície pode ser total ou parcial, no sentido de que pode estender-se a todas as coisas que se encontrem na *superficie* ou a apenas algumas delas.

3.7 No tocante ao elemento subjetivo da relação superficiária, identificam-se: a) o *concedente* (proprietário do solo, *dominus soli*) que outorga o direito de construir ou plantar, ou aliena a construção ou o solo reservando-se o remanescente; b) o concessionário (superficiário, proprietário da construção ou da plantação) a quem é conferido o direito de construir e plantar, ou a quem é transferida a propriedade do solo, da construção ou plantação nas situações referidas.

3.8 No concernente ao elemento objetivo, já se faz alusão ao fato de que o direito de superfície pode ser relativo à construção ou referente à plantação. No primeiro caso a doutrina o denomina edilícia; no segundo, vegetal, rústica ou agrícola.

Por construção se entende toda obra consubstanciando um todo independente: edifício, ponte, dique, muro, monumento, fonte etc... Nada impede seja o direito de superfície relativo a uma pluralidade de construções.

Plantação é toda formação vegetal existente em um terreno, não impedindo os princípios tenha o direito de superfície por objeto uma floresta ou uma árvore isolada.

Dogmaticamente, pode ser objeto do direito de superfície tudo o que seja suscetível de acessão, pois a propriedade superficiária pressupõe a suspensão (propriedade superficiária temporânea) ou interrupção (propriedade superficiária perpétua) da eficácia do princípio do concedente.

3.9 Ponham-se em tela os direitos do concedente.

Conserva o direito de utilizar o imóvel de forma compatível com a limitação que lhe produz a existência do direito real de superfície em favor de outrem. Pode, observada a extensão dessa limitação, exercer os seus direitos de proprietário no subsolo, no espaço aéreo e na parte remanescente do solo de sua propriedade não afetado pela concessão conferida.

Tem o concedente os direitos e obrigações que defluam do negócio superficiário, inclusive o de receber o solarium ou a renda superficiária na forma ajustada.

Entendemos que o solarium e a renda superficiária não devam ser considerados quer da essência, quer da natureza do negócio fiduciário. Para que possam ser cobrados hão de estar expressamente previstos.

Extinto o direito de superfície temporário o concedente tem o direito de ver a coisa superficiária ingressar em seu patrimônio, com ou sem indenização, conforme a disposição do título. Essa aquisição do bem superficiário, expirada a duração da superfície, dá-se de pleno direito, inexistindo necessidade de qualquer *quid* negocial.

Há um direito de preferência do *dominus soli* no caso de venda ou dação em pagamento do direito de superfície, seja como direito de construir ou plantar, seja como propriedade separada superficiária. A esse propósito o Código Civil português contém regra esclarecedora. Estabelece que, sendo enfitêutico o bem superficiário, prevalece a preferência do proprietário do solo sobre a do enfiteuticador (art. 1 535). O Projeto de Reforma do Código Civil institui o direito de preferência tanto para o concedente, como em favor do concessionário para a aquisição da propriedade do solo, no caso de sua alienação (art. 1 405). De acordo com os princípios, inexistente qualquer compensação ao titular da preferência pelo não exercício do seu direito.

O *dominus soli* tem o direito de promover a resolução do direito de superfície antes de advento do termo, se o superficiário der ao solo destinação diversa da prevista no título, que igualmente pode prever casos outros de resolução.

Extinto o direito de superfície pelo advento do termo final, o *dominus soli* recebe a coisa superficiária não onerada (art. 1 539 do Código Civil português, art. 2816 do Código Civil italiano, ambos determinando a extinção da hipoteca do bem superficiário no termo final do direito de superfície).

3.10 Enfoquem-se agora os direitos e obrigações do concessionário.

Tem ele o direito de gozo do solo alheio para os fins indicados no título superficiário e tem a propriedade da coisa superficiária.

O gozo do solo alheio, enquanto o direito de superfície é direito de construir e plantar, se endereça à realização da construção ou plantação. O gozo e de fazer-se na conformidade do título. Em princípio, quando o direito de superfície se concretiza em propriedade separada superficiária, esse direito de gozo é o direito de manter a coisa superficiária acima ou abaixo do solo alheio, direito de manter que é expressão mesma da propriedade superficiária. Dir-se-á do gozo de solo adjacente sob a rubrica do exercício da superfície.

O concessionário tem a faculdade de transferir *inter vivos* ou *causa mortis* o seu direito de superfície seja a concessão para construir e plantar, seja a propriedade sobre a coisa superficiária. A transferência se produz com respeito às estipulações que formam o conteúdo do direito de superfície, inclusive em matéria de prelação.

Tem o superficiário a faculdade de hipotecar de maneira ampla o seu direito, no sentido de que pode hipotecar o direito de superfície, enquanto direito de construir ou plantar, ou a propriedade separada superficiária.

O superficiário está obrigado a exercer o seu direito de construir e plantar e o seu direito sobre a propriedade separada superficiária de acordo com as estipulações do título.

Em caso de superfície onerosa está o concessionário obrigado a pagar o *solarium* — renda anual acordada — ou a pensão superficiária na forma ajustada.

O superficiário, quando a passagem gratuita do bem superficiário ao patrimônio do concedente constituir a sua contraprestação, terá ele a obrigação de conservá-lo, devendo considerar-se, nesse caso, salvo pactuação contrária, afastado o direito do concessionário de demolir a coisa superficiária.

Pode ele reconstruir a coisa superficiária, no caso de seu perecimento, enquanto durar o direito de superfície.

Responde pelos encargos e tributos que incidirem sobre o solo enquanto durar o direito de superfície, bem como evidentemente responde pelos encargos e tributos impostos à coisa superficiária.

3.11 Respinguem-se alguns aspectos ligados ao exercício do direito de superfície.

3.11.1 O primeiro diz com os limites espaciais do poder de gozo do titular do direito de superfície. Versa a questão da possibilidade de o superficiário estender o seu direito à área adjacente ao solo em que está a coisa superficiária.

Se a letra do título é expressa não pode haver dúvidas: o superficiário poderá ampliar o gozo do solo alheio aos pátios e jardins circunstantes da construção, às porções de terreno livre necessárias a dar a construção melhor aeração, luz etc. . . Nesse sentido dispunha o § 1 013 do Código Civil alemão: “O direito de superfície pode estender-se a uma parte do imóvel que não seja necessária à construção, mas ofereça utilidade ao uso dela.” O § 1.º, 2.º período, da Regulamentação alemã de 1919, em colocação que nos parece excessiva, estabeleceu que o concessionário poderá estender o seu direito ao terreno próximo ainda quando não produza vantagem alguma para o gozo da edificação, permanecendo esta, contudo, como a coisa principal do ponto de vista econômico, sempre a evitar que a pretexto de uma concessão de superfície se oculte um arrendamento de prédio rústico. Será prudente permitir ao superficiário o uso da porção adjacente estritamente necessária ao exercício normal do direito de construir ou plantar e ao exercício normal do direito de propriedade sobre a coisa superficiária.

3.11.2 Indaga-se na doutrina estrangeira se é possível constituir um direito de superfície sobre a propriedade separada superficiária. Direito de superfície sobre outro direito de superfície. Construção sobre edificação alheia. Direito de superfície em segundo grau, como refere o direito suíço, que o admite. Em outras palavras, trata-se do que os autores italianos denominam direito de sobrelevação.

Em nosso estágio de doutrina relativa à propriedade horizontal não se pode admitir propriedades distintas superpostas sem a propriedade indivisa do solo por parte de todos os proprietários distintos.

3.12 O direito de superfície pode ser temporário ou perpétuo. O Código Civil português prevê o direito de superfície constituído perpetuamente.

Se o direito de superfície for temporário, com o advento do termo final, dá-se o que a doutrina denomina reversão, com o ingresso do bem superficiário no patrimônio do concedente, *dominus soli*.

3.13 Extingue-se o direito de superfície:

- a) pelo advento termo;
- b) pelo descumprimento das obrigações assumidas pelo superficiário, quando a resolução do direito seja a consequência prevista;
- c) pelo não exercício do direito de construir ou plantar dentro de prazo assinado pelas partes ou pela lei (não-uso);
- d) pelo abandono.

3.14 Esses em linhas gerais os contornos dogmáticos do direito de superfície, na sua estrutura, constituição, espécies, elementos subjetivos e objetivos da relação superficiária, direitos e obrigações de concedente e do concessionário, exercício, duração e extinção do direito de superfície.

III

O direito de superfície e o direito positivo brasileiro

4. Analise-se agora a posição do direito de superfície em face do ordenamento pátrio.

Já se disse, neste trabalho, que o direito de superfície foi admitido em nosso sistema é o advento da Lei n.º 1 237, de 24 de setembro de 1864.

O projeto Clóvis revisto acrescentava ao elenco dos direitos reais a superfície.

O Código Civil brasileiro não incluiu a categoria na lista dos direitos reais enumerados no art. 674.

Em face da omissão do ordenamento e da doutrina vitoriosa consagradora da teoria do *numerus clausus*, a conclusão não pode ser outra senão a de que inexistente em nosso ordenamento o direito de superfície.

IV

O direito de superfície e o movimento de reforma do Código Civil brasileiro

5. O Anteprojeto de Código Civil, elaborado por Orlando Gomes, apresentado ao então Ministro da Justiça em 31 de março de 1963, contemplava o direito de superfície:

“Art. 513. *Enumeração dos direitos reais limitados* — São direitos reais limitados:

I —

II — a 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 transferi-lo por negócio entre vivos, a título oneroso ou gratuito, bem como por disposição de última vontade.

Art. 526. *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.º A remuneração do concedente pode ser estipulada para ser paga de uma só vez, ou em prestações periódicas.

§ 2.º Na falta de pagamento, o concedente não tem outro direito, ainda que o estipule, senão o de haver as prestações devidas e juros de mora.

Art. 528. *Reversão ao concedente* — Se for estipulado que a construção passará ao 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, ou 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 título, o pagamento de qualquer quantia pela transferência da acessão.

.....
Art. 689. *Hipoteca do direito de superfície* — Se a hipoteca tiver por objetivo o direito de superfície, não sobreviverá à sua extinção, a menos que o superficiário tenha adquirido a propriedade do solo, hipótese em que a este se estenderá.”

Na memória justificativa do anteprojeto, Orlando Gomes justificava a reimplantação do direito de superfície e a sua inclusão em anteprojeto que simultaneamente propunha a extinção da enfiteuse:

“... Códigos recentes retomaram-na (referência à superfície), 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 que fora condenado e caíra em desuso.”

Na comissão revisora, o anteprojeto ficou vencido pelos opinantes de Orozimbo Nonato e Caio Mário da Silva Pereira, que se pronunciaram pela não

inclusão do direito de superfície no projeto, bastando para tanto verificar o texto do art. 499 desse projeto.

Como se sabe, remetido ao Poder Legislativo pela Mensagem n.º 804, de 12.10.65, o projeto de Código Civil, juntamente com o Projeto de Código de Obrigações, a matéria terminou por não receber andamento.

6. No que toca à fase superveniente do movimento de reforma do Código Civil, iniciado com a constituição de uma comissão elaboradora e revisora do Código Civil por ato ministerial de 23 de maio de 1969, o anteprojeto inicial relativo à parte do Direito das Coisas, elaborado por Ebert Chamoun, não consagrava o direito de superfície.

A versão da comissão desse anteprojeto inicial já o previa (art. 1 418, II, e 1 556/1 563).

O supervisor Miguel Reale, em exposição datada de 23 de maio de 1972 — depois de mencionar o Decreto-lei n.º 271, de 28 de fevereiro de 1967, relativo à concessão de uso de terrenos, inclusive entre particulares —, observava que, “consoante justa ponderação de José Carlos Moreira Alves, a ‘migração’ desse modelo jurídico, que passou da esfera do direito administrativo para o do direito privado, veio estabelecer, sob novo enfoque, o antigo instituto da superfície. . . A necessidade de restabelecer o direito de superfície já fora, aliás sustentada, sob ângulos diversos, por outros juristas, como fez o Prof. Sylvio Meira em carta que me dirigiu”.

A versão 1973 do anteprojeto arrolou o direito de superfície entre os direitos reais (art. 1 405, II), propondo a sua disciplina nos arts. 1 543 a 1 550.

O texto remetido ao Poder Legislativo e que passou a constituir o Projeto de lei n.º 634, de 1975, incluiu o direito de superfície no elenco dos direitos reais (art. 1 263, II), e regula o instituto nos arts. 1 401 a 1 408.

É a seguinte a formulação do projeto n.º 634, de 1975, que se encontra na câmara dos deputados, na parte relativa ao direito de superfície:

“Art. 1 263. São direitos reais:

I — A propriedade.

II — A superfície.

III —

.....

.....

Da superfície

Art. 1 401. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente inscrita no registro de imóveis.

Art. 1 402. A concessão da superfície será gratuita ou onerosa; se onerosa, estipularão as partes se o pagamento será feito de uma só vez, ou parceladamente.

Art. 1 403. O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel.

Art. 1 404. A superfície pode transferir-se a terceiros, e, por morte do superficiário, se transmite a seus herdeiros.

Parágrafo único. Não poderá ser estipulado, a nenhum título, o pagamento de qualquer quantia pela transferência da superfície.

Art. 1 405. Em caso de alienação do imóvel ou da superfície, o superficiário ou o proprietário tem direito de preferência, em igualdade de condições.

Art. 1 406. Antes do advento do termo, resolver-se-á a superfície se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para a qual lhe foi concedida.

Art. 1 407. Extinta a superfície, o proprietário passará a ter o domínio pleno sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário.

Art. 1 408. 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.”

O texto supra do Projeto n.º 634, de 1975, corresponde literalmente ao anteprojeto-versão 1973.

7. A preconizada reinclusão do direito de superfície no direito positivo pátrio não se faz livre de críticas. (Exemplos dessa posição adversa se encontram nos autorizados pronunciamentos de Caio Mário da Silva Pereira,¹⁹ e de Afrânio de Carvalho.²⁰)

Houve também quem louvasse de maneira igualmente autorizada a reentronização do direito de superfície. Por exemplo, Milton Fernandes²¹ e Álvaro Villaça Azevedo.²² Outros simplesmente acusaram a existência da proposta de restabelecimento.²³

7.1 As críticas mencionadas foram basicamente de que se estaria tentando renascer um direito real já caduco, com o pecado de fazê-lo em termos geradores por ato entrevivos e ao outorgar preferência ao superficiário para a aquisição

¹⁹ Pereira, Caio Mário da Silva. Crítica do anteprojeto de código civil brasileiro. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, 2(20); Estudos de direito civil, *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, 7(38):7-28; Tendências atuais do direito civil. *Revista Forense*, 247:60.

²⁰ Carvalho, Afrânio de. O código civil e o anteprojeto. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, 7(25):76-7.

²¹ Fernandes, Milton. Erros e defeitos do anteprojeto do novo Código Civil. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, 7(25):65-72.

²² Azevedo, Álvaro Villaça. Verbete Enfitêuse-3. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 32, p. 182.

²³ Cavalcanti, José Paulo. *Observações sobre o projeto de Código Civil*. Trabalho apresentado à III Conferência Nacional da Ordem dos Advogados. OAB, Seção Recife, 1968. p. 50.

de conflitos, ao permitir-se ao superficiário o poder de transferência do direito do bem gravado. Aduzem ainda que a criação do direito de superfície constitui uma superfluidade, pois, se o que se deseja é criar condições para a realização de construção ou plantação em terreno alheio, a esse resultado se poderia chegar com locações adequadamente clausuladas.

7.2 Não parece, com a vênia dos que entendam diversamente, devam tais críticas levar a palma da vitória.

Não vemos por que motivo o direito de superfície possa ser temido como sementeira de litígios. Condições mais ou menos complexas em que opere um instituto não devem concorrer para o seu banimento.

Por outro lado, não se cuida de uma velharia, sendo certo que categorias abandonadas ou esquecidas podem válida e utilmente ser revitalizadas, recondicionadas para atender às circunstâncias reinantes.

A doutrina estrangeira se pronuncia pela utilidade do direito de superfície.²⁴

Vistas através de outro prisma que não é o especificamente deduzido na parte inicial deste trabalho, se enfatiza igualmente a relevância da superfície como instrumento da reforma agrária, dando-se relevo à empresa agrária, com assistência técnica, creditícia e infra-estrutura eficiente, organizada pelo Estado, que outorgaria aos sindicatos rurais a concessão de terras, sob o regime de superfície, convertendo-se o campesinato em empresário, sócio da terra, na industrialização e venda dos frutos obtidos.²⁵

Importa notar, como dado de inegável significação, a presença constante do direito de superfície no direito comparado, demonstrada circunstancialmente neste trabalho.

A primeira grande reforma produzida no monumento legislativo que é o BGB foi exatamente para aperfeiçoar as normas relativas ao direito de superfície, tornando-as adequadas aos reclamos sociais.

Outra importante codificação contemporânea, o Código Civil italiano de 1942, regula detidamente o direito de superfície.

A Lei portuguesa de 1948, a Lei do Solo espanhola de 1956, a Lei federal suíça de 1965 modernizando o instituto, o Código Civil português de 1967 minudentemente disciplinando o direito de superfície, todas essas são expressões suficientemente marcantes do interesse do mundo moderno e contemporâneo pelo direito de superfície.

Não há diante disso por que afirmar se estaria exumando uma velharia, pelo simples prazer da novidade.

²⁴ Ruggiero. *Instituições de direito civil*. São Paulo, Saraiva, 1972. p. 457; Salis. op. cit. p. 11, *in fine*; Hedemann, Justus Wilhelm. op. cit. p. 309; Messineo. op. cit. v. 1, p. 541.

²⁵ Carrera, Rodolfo (Presidente da Associação Latino-Americana de Direito Agrário — Alada). *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, 6(27).

Não se diga que as condições mesológicas do mundo europeu são diversas das nossas, inexistindo aqui as mesmas razões que lá impuseram a adoção reiterada e cuidada do instituto.

Ficou visto ao longo destas linhas que a concentração populacional urbana é problema que nos aflige e ameaça, ressaltando, como caso evidente de aplicação prática do direito de superfície, a sua utilização como meio juridicamente viável de autonomizar o direito de construir e o seu emprego útil como uma das formas alternativas de desenvolvimento de planos habitacionais de interesse social.

Dúvida não há, por conseguinte, que o direito de superfície consubstancia meio válido para a solução de relevantes problemas, devendo o nosso ordenamento voltar a discipliná-lo entre os direitos reais.

8. Estabelecida a premissa supra, faça-se a análise do texto do projeto de lei n.º 634, de 1965, transcrito no item 6 *supra*:

a) art. 1 401 — contempla o direito de superfície como concessão *ad aedificandum* e concessão *ad plantandum*, admitindo, portanto, a superfície vegetal; não cogita do direito de superfície gerado por cisão;

b) o projeto não prevê a concessão para construção no subsolo, a exemplo do que faz o art. 955 do Código Civil italiano;

c) art. 1 401 — só prevê a concessão por tempo determinado, não tratando de concessão perpétua como o faz o art. 1 524 do Código Civil português;

d) art. 1 402 — cuida da concessão como gratuita ou onerosa; no silêncio por conseguinte a concessão deverá ser entendida como gratuita, não sendo o *solarium* ou a renda superficiária seja da essência, seja da natureza do direito de superfície;

e) art. 1 404, parágrafo único — proíbe, em disposições de ordem pública, o pagamento de qualquer quantia ao concedente pela transferência da superfície; o que se veda é algo semelhante ao *laudêmio*, na enfiteuse;

f) art. 1 405 — em dispositivo louvado pelo estudioso português José de Oliveira Ascensão, o dispositivo institui o direito de preferência nas duas hipóteses: alienação do terreno e alienação da superfície; há que regular o aspecto procedimental para o exercício da preferência;

g) art. 1 407 — na chamada reversão, se estabelece como regra a não indenização;

h) art. 1 408 — prevê o direito de superfície constituído por pessoa jurídica de direito público, mandando aplicar as regras do Código, ressalvada a incidência de lei especial;

i) o projeto não veda o comisso (resolução do direito de superfície pelo não pagamento do *solarium* ou renda superficiária), como o fazia o art. 527, § 2.º do anteprojeto Orlando Gomes;

j) o projeto não contém texto referente ao conteúdo do contrato superficiário, dando-lhe feição de obrigação *propter rem*, como acontece com o art. 779b do Código Civil suíço;

l) o projeto não disciplina o destino dos direitos reais que estejam gravando o solo ou o bem superficiário, quando da extinção do direito de superfície;

m) o projeto não contém regra regulando a extinção do direito de superfície pelo não-uso;

9. Incorporadas ao texto do Projeto de Lei n.º 634, de 1975, algumas sugestões decorrentes da análise feita no item precedente, a formulação do texto passaria a ser a seguinte:

“Da superfície

Art. 1 401. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, temporária ou perpetuamente, mediante escritura pública devidamente inscrita no registro de imóveis.

Pode ainda alienar a propriedade de construção ou plantação já existentes no terreno, separadamente da propriedade do solo.

Art. 1 402. A concessão da superfície será gratuita ou onerosa; se onerosa, estipularão as partes se o pagamento será feito de uma só vez, ou parceladamente.

Art. 1 403. O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel.

Art. 1 404. A superfície pode transferir-se a terceiro, e, por morte do superficiário, se transmite a seus herdeiros.

§ 1.º Salvo disposição em contrário, as obrigações previstas no título superficiário são exigíveis de qualquer adquirente do direito de superfície ou do solo.

§ 2.º Não poderá ser estipulado, a nenhum título, o pagamento de qualquer quantia pela transferência da superfície.

Art. 1 405. Em caso de alienação do solo ou do direito de superfície, o superficiário ou o proprietário tem direito de preferência em igualdade de condições.

§ 1.º O direito de preferência caducará não se exercendo nos dois meses subseqüentes à data em que o superficiário ou o proprietário do solo tenha afrontado a outra parte com as condições de alienação.

§ 2.º Responderá por perdas e danos aquele que alienar o seu direito sem observância do disposto no parágrafo precedente. Responderá solidariamente o adquirente se tiver procedido de má-fé.

Art. 1 406. Antes do advento do termo, resolver-se-á a superfície se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para a qual lhe foi concedido ou incorrer em infração grave de obrigação prevista no título superficiário, observado o disposto no artigo seguinte.

Art. 1 407. Na falta de pagamento, o concedente não tem outro direito, ainda que o estipule, se não o de haver as prestações devidas e juros da mora.

Art. 1 408. Extinta a superfície, o proprietário passará a ter o domínio pleno sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário.

Art. 1 409. A extinção do direito de superfície pelo advento do termo implica na extinção dos direitos reais incidentes sobre a coisa superficiária, a menos que o superficiário tenha adquirido a propriedade do solo, hipótese em que a este se estenderão ditos direitos reais, observado o adiante disposto quanto à hipoteca.

A extinção do direito de superfície pelo advento do termo implica na extensão à coisa superficiária dos direitos reais que gravem o solo, observado o adiante disposto quanto à hipoteca.

Art. 1.410. O direito de superfície se extingue 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 5 (cinco) anos, e se destruída a obra ou plantação, não reconstruir a obra ou renovar a plantação, nos mesmos prazos a contar da destruição.

Art. 1 411. As disposições precedentes se aplicam igualmente à concessão para construir no subsolo alheio.

Art. 1 412. 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.”

Acrescentar às disposições gerais relativas à hipoteca:

“Art... Na hipótese de extinção do direito de superfície pelo advento do terreno, a hipoteca tendo por objeto a coisa superficiária igualmente se extingue, subrogando-se a garantia na indenização de que trata o art. 1 408, se houver; a hipoteca tendo por objeto o solo não se estende à coisa superficiária. (Obs.: o art. 1 408 referido é o do texto sugerido no presente trabalho.)

Art... Se por outra causa se extingue o direito de superfície, as hipotecas tendo por objeto a coisa superficiária ou o solo continuam a gravar separadamente cada um desses bens.”

9.1 Basicamente o texto oferecido no presente trabalho apresenta os seguintes dados novos quando cotejado com a versão do Projeto de Lei n.º 634, de 1965:

a) contempla alternativamente a possibilidade da superfície perpétua (art. 1 401).

b) prevê a superfície gerada por cisão (art. 1 401, segunda parte);

c) cria a possibilidade de tornar as obrigações previstas no título superficiário obrigações *propter rem*;

d) usando do mesmo critério previsto no Projeto de Lei n.º 634, de 1975, para a preleção na compra e venda, o texto acrescenta o procedimento a ser observado no exercício da preferência (art. 1 405, § 1.º), regulando também a consequência de o alienante não afrontar a outra parte com as condições de venda (art. 1 405,

§ 2.º): pagamento de perdas e danos, com eventual responsabilidade solidária do adquirente, a exemplo do que o Projeto de Lei 634, de 1975, estabelece relativamente à cláusula da preferência no contrato de compra e venda;

e) disciplina de maneira mais ampla as hipóteses de resolução da superfície antes do advento do termo (art. 1 406), vedando a resolução por falta de pagamento (art. 1 407);

f) estabelece o destino dos direitos reais incidentes sobre a coisa superficiária ou sobre o solo, em face da extinção do direito de superfície (arts. 1 409 e 1 410);

g) contempla a extinção pelo não-uso e pela não-reconstrução e não-plantação nos prazos assinados;

h) prevê a possibilidade de construir em subsolo alheio (art. 1 411).

V

Conclusões

10. Em face do deduzido, pretende o autor deste trabalho haver demonstrado que:

a) o direito de superfície é uma categoria relevante do ponto de vista jurídico e social, que deve ser restabelecida, em nosso direito positivo, entre os direitos reais, apresentando-se inclusive como alternativa válida na implantação de uma política racional de controle do uso do solo urbano — matéria essencialmente ligada às condições elementares de liberdade do homem nos centros urbanos —, sem prejuízo de outras aplicações práticas que o direito de superfície pode receber;

b) o texto do Projeto de Lei n.º 634, de 1975, relativo à reforma do Código Civil, que nos arts. 1 263, II, e 1 401, 1 408 contempla a disciplina o direito de superfície, pode ser aperfeiçoado, apresentando-se como simples contribuição, pelo que possa valer, a formulação constante dos itens 9 e 9.1 deste trabalho.

É o que nos ocorre oferecer modestamente como proposição a esta egrégia VIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, em resposta ao amável e honroso convite que nos foi feito.

Conclusões aprovadas na sessão plenária

1. O direito de superfície é uma categoria relevante do ponto de vista jurídico e social, que deve ser restabelecida, em nosso direito positivo, entre os direitos reais, apresentando-se, inclusive, como alternativa válida na implantação de uma

política racional de controle do uso do solo urbano e na solução do problema da reforma agrária e proteção do homem do campo que constrói e planta, matérias essencialmente ligadas às condições elementares da liberdade do homem.

2. O texto do Projeto de Lei n.º 634, de 1975, relativo à reforma do Código Civil, que, nos arts. 1 263, II, e 1 401-1 408, contempla e disciplina o direito de superfície, pode ser aperfeiçoado, devendo a matéria ser editada sob a forma de lei extravagante, nos termos do anteprojeto elaborado pelo tesista e que se encontra inserida no corpo do seu trabalho.