

O Novo Código Civil, Estatuto da Cidade, Direito de Superfície

RICARDO CÉSAR PEREIRA LIRA

Professor da UERJ. Procurador do Estado/RJ

Farei uma reflexão conjuntamente com os eminentes componentes dessa seleta Assembléia sobre o tema que me é proposto, relativo ao Código Civil e ao Estatuto da Cidade, com uma preocupação direta de endereçar-se à questão do Direito de Superfície.

Antes de propriamente entrar na análise de cada qual desses dois diplomas legais, realmente importantes pela sua própria substância - o nosso Código Civil a entrar em vigor no próximo dia 11 de janeiro de 2003 e o Estatuto da Cidade, a Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001 e efetivamente já em vigor - eu me permitiria fazer um panorama geral do que é o instituto do Direito de Superfície, abordar a Teoria Geral do Direito de Superfície, que é deveras interessante à luz do direito alienígena. Não tratarei de direito comparado, pois minha proposta não é um trabalho de “comparatista”, mas simplesmente respigando, aqui e acolá, algumas disposições interessantes nos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Para chegarmos com precisão dogmática à definição, ao delineamento dos contornos fundamentais do Direito de Superfície, devemos partir do trabalho de conceituar o que seria a acessão. Como nós sabemos, a acessão 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 e seguindo-lhe o destino jurídico. Todos nós sabemos que a acessão pode ser discreta ou contínua. A discreta é aquela que resulta endogenamente de um desenvolvimen-

to natural da própria coisa, como acontece com a cria dos animais, como acontece com os frutos das árvores.

De outra parte, a acessão contínua é a caracterizada por uma união exógena das coisas, fim de um processo de fora para dentro, como ocorre na construção, na plantação, sendo que, a rigor, a plantação pode talvez constituir um caso de acessão mista em que há uma fusão orgânica resultante de uma ação mecânica, que é a *seminatio*. O fenômeno da edificação ou da plantação, da *inedificatio* ou da *plantatio*, entre nós é dominado por um princípio que todos nós conhecemos que é *superficies solo cedit*, no sentido de que pertence ao dono do solo tudo aquilo que adere permanentemente ao solo, por maior valor que tenha esse incremento, que permanentemente adere ao solo; a propriedade desse incremento será sempre a da titularidade do dono do solo, em princípio. Hoje, já temos, *de lege lata*, no Estatuto da Cidade, o direito de superfície com os limites e as características que veremos.

Então, prevalece ainda em nosso Direito o princípio *superficies solo cedit*, em princípio, salvo se houver exatamente uma pactuação, que é a do direito de superfície, que vai interromper os efeitos da acessão, utilizo a expressão no sentido científico ou jurídico da palavra, no sentido de que há realmente o não desdobramento, daí por diante, dos efeitos da acessão, então teremos uma superfície perpétua, que não é uma superfície constante nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, salvo no Código Civil Português de 1966 - ou, então, teremos por essa pactuação uma suspensão, a dos efeitos da acessão, quando teremos,

Palestra proferida no Seminário realizado em 11/10/2002. Texto não revisto pelo autor.

não uma interrupção, mas uma suspensão e estaremos diante, portanto, de uma superfície temporânea ou temporária.

Temos que, em face dessas noções preambulares, em que partimos da noção de acessão, para exatamente chegar à noção da superfície ou do direito de superfície, conceituar o direito de superfície como o direito real sobre a coisa alheia, autônomo, temporário ou perpétuo, de fazer uma construção ou plantação sobre ou sob o solo alheio, ficando a construção ou plantação da propriedade de quem constrói ou planta, bem como é o direito de manter essa propriedade sobre o solo alheio.

Sendo assim, vou me permitir dissecar, em algumas palavras, essa conceituação de direito de superfície. É um direito real autônomo, porque é um direito que, digamos, na linha dos ordenamentos jurídicos estrangeiros, se diferencia, se distingue, dos demais direitos reais sobre a coisa alheia. Ele, evidentemente, é adverso da enfiteuse. Embora na velha Roma tivéssemos simultaneamente o instituto da superfície e o instituto da enfiteuse (quer dizer o instituto da superfície não exclui o instituto da enfiteuse e vice-versa), este último, abstraída aquela noção que evidentemente traz os seus pecados dogmáticos, em que se teria a enfiteuse como considerando dois domínios divididos - um domínio direto e um domínio útil - o que é evidentemente uma imprecisão, pois nesse domínio útil não há domínio algum. O que acontece na enfiteuse é aquela forma mais intensa da penetração no conteúdo econômico da propriedade em que esse enfiteuta tem o direito de usar, gozar e até mesmo de dispor, através do pagamento de um *canon* enfiteutico e através de um pagamento de um *laudêmio* no caso de transferência desse domínio útil. Então não encontramos nada disso na enfiteuse. A enfiteuse é um instituto bem mais simples.

Embora digam alguns adversários do direito de superfície que este direito seria nada mais nada a menos do que

uma intenção daqueles que querem destruir a propriedade nos seus contornos clássicos, pois criar uma propriedade dentro de outra é nada mais do que incentivar e incrementar uma sementeira de litígios. Há aqueles que não compreendem realmente que o direito de superfície é até mesmo um instrumento capitalista, pois ele abre um leque de alternativas para novas possibilidades de uso do direito de propriedade. Quer dizer, não há nenhuma intenção de destruir-se o instituto clássico do direito de propriedade, mas, ao contrário, de aumentar-se o leque de possibilidades da utilização da propriedade capitalista.

É evidente também que, por ser ele um direito real autônomo, também se distancia, na sua dogmática, do usufruto, em que temos um nu-proprietário, que defere ao usufrutuário o uso e gozo da coisa, havendo, então, aquele desdobramento da senhoria, do aspecto interno da propriedade, que também não ocorre no direito de superfície. Não há também como aproximarmos o direito de superfície da servidão, porque nós não conseguimos identificar, no direito de superfície, um imóvel dominante e um imóvel serviente, embora o Código Civil Suíço parta da noção de servidão para definir o que seja o direito de superfície.

Existe um instituto que foi criado entre nós pelo Decreto-lei 271 de 28 de fevereiro de 1967 - instituto muito importante, para nós que ficamos preocupados com o problema da legitimação dos assentamentos fundiários, pois temos que resolver esses problemas desses assentamentos iníquos irregulares em grandes centros urbanos brasileiros, com todos esses problemas sociais imensos que temos visto e até com o desfalecimento da autoridade pública, o que é nosso cotidiano.

O Decreto-lei 271 de 28 de fevereiro de 1967 instituiu a concessão de um direito real de uso. Ele tinha, originariamente, a intenção do governo de que se fizesse um código no direito urbanístico, mas essa intenção não foi levada a diante. Essa tarefa havia sido entregue

ao saudoso Prof. Hely Lopes Meirelles, contudo terminou não vingando. Ali encontramos algumas disposições hoje superadas, evidentemente, pela lei de parcelamento, mais algumas definições sobre parcelamento, desdobramento, loteamento. E lá no artigo 7º encontramos exatamente a concessão do direito real de uso, de terrenos públicos, em que temos a entrega dos titulares de terrenos particulares ou públicos para a utilização desse terreno em determinadas atividades que o Mestre Caio Tácito, o nosso eminente administrativista, meu mestre de sempre, meu professor na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, onde há aquelas utilizações qualificadas daquele determinado terreno como matéria de edificação e matérias que podem ser utilizadas no Direito Urbanístico com grande utilidade.

Mas se olharmos bem o parágrafo 4º, desse artigo 7º, veremos que o concessionário tem o direito de usar e gozar aquele bem, que é objeto da concessão. Mas não há nesse parágrafo 4º do artigo 7º nem uma palavra de onde posamos com tranqüilidade inferir que ocorra o princípio da suspensão ou da interrupção dos efeitos da acessão. De modo que tudo aquilo que se construa ou venha a plantar-se, no terreno que é objeto da concessão do direito real de uso, sofre os efeitos da acessão. Sendo assim, não se cria aquela suspensão ou interrupção dos efeitos da acessão, gerando-se aquilo que exatamente é, digamos, a nota contemporânea do Direito de Superfície.

A grande concepção moderna e contemporânea do Direito de Superfície, que entende que quando plantamos ou construímos sob o terreno alheio, através de uma concessão *ad plantandum* ou *ad edificandum*, não incidem os efeitos da acessão e esse incremento, essa construção ou plantação constitui uma propriedade separada superficiária distinta da propriedade do dono do solo. Então podemos distinguir a propriedade do dono do solo e a propriedade, o incremento, que é o bem superficiário.

Como cheguei a dizer aos senhores, o Direito de Superfície havia na velha Roma. Tem um grande momento em que descreve-se essa evolução do Direito de Superfície na velha Roma, quando se diz que os romanos, apesar de sua imensa criatividade, pois todos sabemos que os romanos eram absolutamente criativos e se interessavam mais pelos resultados pragmáticos da incidência do Direito no corpo social, eles jamais chegaram (segundo a maioria dos romanistas) a essa concepção de uma propriedade separada superficiária. Para eles, o direito de superfície sempre foi um direito real sobre a coisa alheia, em que o titular da propriedade superficiária estendia os seus direitos sobre o solo no qual a sua propriedade se assentava, mas jamais se chegava a essa noção de uma propriedade do bem superficiário separada da propriedade do dono do solo, o que é fundamental do ponto de vista da concepção moderna e contemporânea do direito de superfície, porque é partindo dela que vamos poder chegar à hipotecabilidade do direito de superfície.

O Código Alemão, que, ao meu ver, está ao lado do Código Civil Italiano, de 1942, é um dos monumentos científicos que ornaram o pensamento jurídico universal. Com o primeiro conflito mundial, houve a necessidade de se alterar o Direito de Superfície, que aparecia como deficiente para o atendimento das necessidades que resultaram daquela guerra mundial, houve uma crise habitacional na Alemanha. Em 1919, modificaram-se exatamente as regras do BGB sobre o direito de superfície exatamente para tornar expressa essa concepção da propriedade separada sob o bem superficiário e, sobretudo, para estabelecer a hipotecabilidade sobre o bem superficiário, através da qual o titular deste bem poderia hipotecá-lo para aumentar, estender, por exemplo, os cômodos da sua habitação da qual ele era hipotecário, em nome de um direito de superfície.

Ainda dentro dessa concepção geral e nesse panorama que estou me per-

mitindo e tendo a ousadia de traçar para os senhores, digo que a estrutura do direito de superfície era compósita. Vamos imaginar a primeira modalidade de constituição do direito de superfície, que é a concessão *ad plantandum* ou *ad edificandum*. Vamos ficar na *ad edificandum* apenas para facilitar o raciocínio da exposição. Se temos um determinado trato de terra, uma determinada gleba, sobre a qual foi constituído um direito de superfície, e portanto, eu, como titular daquele determinado lote, fiz uma concessão e o outro me outorgou o direito de construir sobre a terra que é de sua propriedade, de tal maneira que eu construindo sobre aquela propriedade alheia, vou ser o proprietário do resultado dessa minha atividade construtiva. Mas enquanto não existe essa construção, enquanto essa concessão não se convolou em termos de realidade em um incremento, em um determinado bem superficial, temos um bem incorpóreo - concessão *ad edificandum*.

Esse bem incorpóreo, evidentemente, se considerarmos a relação entre o concedente e o concessionário, é pura e simplesmente um direito real sobre a coisa alheia, consubstanciado na prerrogativa de construir sobre o solo de outrem, tornando-se proprietário dessa construção. Nesse primeiro momento é um direito real incorpóreo sobre a coisa alheia. Quando essa concessão se convola em algo concreto e completo, corporificando o bem superficial, temos que aí ainda existe um direito real sobre a coisa alheia que estava lá inserido no conceito que tive a ousadia de transmitir, que é o direito real de manter aquele bem superficial sobre a coisa alheia. Portanto, temos ainda um segundo momento, o direito de superfície considerado um direito real sobre a coisa alheia. Mas já se considerarmos (não diria a relação, pois modernamente não podemos hoje admitir a relação evidentemente entre uma pessoa e um bem) esse vínculo que liga o concedente ao bem superficial um direito de propriedade em todos os seus aspectos e em tudo

aquilo que seja compatível com a sua existência sobre uma propriedade alheia. É evidente que esse fato, que de *per se*, gera essa circunstância complexa de um bem superficial estar assentado, e é preciso que ele esteja assentado permanentemente, pois se assentarmos um circo sobre a propriedade alheia, a inserção dessa lona de circo não é definitiva. Não estamos, evidentemente, diante do direito de superfície, pois é preciso que essa integração seja total, ou seja, haja penetração desse bem superficial no uso do solo. Então, teremos, ao lado dessas duas modalidades de direito real sobre a coisa alheia, um direito real de propriedade do concedente sobre o bem superficial, que é um direito real como qualquer outro. Creio que podemos admitir, embora eu pessoalmente entenda que os dois conjuntos de dispositivos existentes sobre o direito de superfície (tanto no Estatuto da Cidade como no Direito Civil, que entrará em vigor em janeiro de 2003) são pobres e um tanto deficientes, como veremos, porque faltaram algumas disposições que seriam fundamentais, como, por exemplo, tornar expressa a existência do bem superficial e tornar expressa a hipotecabilidade e outros aspectos desse bem que veremos.

É evidente que temos aí aspectos subjetivos, objetivos a considerar, a relação superficial, a figura do concedente, a figura do concessionário, que é o superficial, o *solarium* ou *canum superficialium*, que a rigor, de acordo com a solução que prevalece no direito alienígena, no direito estrangeiro, temos que, para que esse *solarium* exista é preciso que ele seja expresso, da mesma maneira que é preciso que ele expresse, em princípio, salvo alguns dispositivos, como, por exemplo, na Lei Civil Espanhola de 1956 é preciso esteja previsto expressamente o direito de indenização que na chamada reversão quando na superfície temporária, que é aquela mais adotada e mais presente no direito alienígena. Caso contrário, a impropriamente dita reversão, pois a rigor ela jamais

esteve em princípio no patrimônio do concedente, foi construída pelo concessionário e com a extinção da superfície temporária, ela vai ingressar no patrimônio do concedente. Mas em todos os textos do direito e da doutrina estrangeiros vocês encontram a expressão reversão, a qual, normalmente, se dá graciosamente, a não ser que exista uma disposição expressa prevendo uma indenização, salvo em ordenamentos que estabeleçam expressamente o contrário, como, por exemplo, na Lei do solo espanhol de 1956, onde se diz que, na reversão, o superficiário receberá uma importância cônica que reflita algo que evite um enriquecimento indevido pela entrada daquele bem no patrimônio do concedente.

Ao lado dessa constituição da superfície pela concessão, *ad edificandum* ou *ad plantandum*, temos a chamada superfície por cisão - ponto que falta aos nossos dois diplomas. Quando o relator do Código Civil era o nosso eminente mestre, uma figura de jurista e de parlamentar excepcional, o eminente Josafá Marinho, estive em Brasília, onde fizemos uma conferência e depois conversamos muito e até cheguei a sugerir alguns pontos que ele poderia introduzir aperfeiçoando a fórmula do direito de superfície, mas ele disse: “é melhor deixarmos a coisa mais simples”, porque ele teve raciocínio político. O Prof. Josafá Marinho, eminente Senador recentemente falecido, era um homem de um espírito público extraordinário, contudo era mais publicista.

Outro dia em programa de televisão, promovido pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, disse algo que não deveria ter dito naquele momento, no Parlamento, se vocês pensarem bem, antes, tanto na primeira comissão de reforma do Código Civil, quando basicamente a reforma esteve entregue ao meu mestre, cujo nome pronunciei com muito respeito mas que era um grande adversário. Ele me examinou na titularidade do Direito Civil na UERJ e tivemos um debate imenso sobre Direito de Su-

perficie. Ele entendia que o Direito de Superfície era uma sementeira de litígios, que ele não via nenhuma utilidade do Direito de Superfície. Então, tivemos sobre esse problema uma discussão enorme, que foi muito útil e proveitosa. Em um primeiro momento de reforma, foi o professor Caio Mário, que, aliás, se sentiu muito constrangido e muito triste quando o governo retirando aquele primeiro movimento, aquela primeira fórmula, onde nós de alguma maneira nos aproximávamos da solução suíça, porque o Prof. Caio Mário ficou incumbido de redigir, e assim o fez, o anteprojeto do Código de Obrigações. O falecido e eminente jurista Prof. Orlando Gomes redigiu a parte do anteprojeto de Direito das Obrigações.

No segundo momento de reforma do Código Civil, já agora entregue a quem, a meu ver, é um dos maiores juristas brasileiros, o Prof. Miguel Reale, a solução que se adotou foi diversa, incorporou o Direito de Obrigações, já sobre o color de um Direito Empresarial se incorporando ao Código Civil em uma solução semelhante, não tão extensa como aquela que acontece no Código Italiano de 1942, em que até a relação de direito entre o capital e o trabalho está dentro do Código Civil de 1942.

Hoje se adotou de alguma forma, sob o color do Direito Empresarial, a unificação naquilo em que seja possível a redução das obrigações a uma codificação única, mas temos lá, a nossa espera, para uma reflexão mais madura o Direito Empresarial. Ao lado dessa primeira forma de constituição, que é a única que está prevista tanto no Estatuto da Cidade como no Código Civil expressamente, temos a possibilidade da constituição da superfície por cisão. Na superfície por cisão, como é que ela ocorre? Ela não está prevista no ordenamento jurídico brasileiro tal como ficou *de lege lata*, no Estatuto da Cidade e *de lege ferenda*, no futuro Código Civil. Temos, vamos admitir, um imóvel, uma *surface* sobre a qual se tem realizado um incremento de uma construção em que se ope-

raram pesadamente todos os efeitos da acessão, mas pretendo constituir, juntamente com, por exemplo, uma superfície por cisão. Sendo assim, faço um contrato em que alieno a construção e retenho o trato de terra, retenho o lote sobre o qual eu fiz aquela construção. Mas cedo, transfiro a outra pessoa essa construção, então temos o direito daquela pessoa em manter aquela construção que adquiriu sobre a minha coisa. Admito, embora isso não seja muito presente no direito estrangeiro, a possibilidade contrária de haver a alienação do solo e eu retenho a construção. É outra forma também de constituição de superfície sob a via da cisão, que volto a repetir, não está prevista expressamente no Código Civil.

A terceira forma de constituição do direito de superfície, que aliás está expressamente prevista no Código Português de 1966 que disciplina longa e exaustivamente o Direito de Superfície, foi outro ponto que discuti imensamente naquele tempo com o Prof. Caio Mário, pois eu tinha sobre essa matéria um determinado ponto de vista a propósito do qual continuo raciocinando e pensando, que é a questão da possibilidade da constituição de um direito de superfície por usucapião. Na tese que desenvolvi, quando fiz a titularidade na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, o princípio que dominou o meu raciocínio naquele momento era o de que se eu tivesse a posse de uma determinada construção sobre o solo de outrem e que essa posse fosse uma posse com *animus domini*, com ânimo de tornar-me dono daquela propriedade, construção, edificação, é evidente que como efeitos da posse *ad usucapionem* sobre aquela coisa construída, esses efeitos necessariamente haveriam de se desdobrar também sobre o trato de terra no qual estava assentada aquela construção.

Então, quando houvesse o usucapião, este seria global, abrangendo o dito bem superficiário e também o trato de terra sobre o qual esse bem assenta ou assentaria. Sendo assim, não haveria

direito de superfície, pois eu teria uma edificação, que adquiri como efeito do usucapião, mas também adquiri o trato de terra sobre o qual assenta esse usucapião. Então não haveria uma distinção entre a propriedade e um bem superficiário e a propriedade do trato de terra sobre o qual esse bem estaria assentado. O Prof. Caio Mário entendeu que há a possibilidade de um determinado indivíduo imaginar que na realidade exista um direito de superfície e o titular da propriedade dessa construção fique pagando o cânon superficiário e de alguma forma reconheça o domínio do titular daquele trato de terra sobre o qual assenta aquela construção.

Entendo que isso talvez seja possível, mas de acordo com aquilo que normalmente acontece no comércio jurídico, na mercancia jurídica, no sentido das relações jurídicas que se processam entre as pessoas e os entes que podem ser equiparados às pessoas, essa hipótese é muito rara, mas, de toda forma, talvez se possa admitir a possibilidade, que não será muito freqüente, da aquisição da superfície por usucapião, que está prevista expressamente no Código Português. Então teríamos três formas de possibilidade de constituição da superfície: pela concessão *ad plantandum* ou *ad edificandum*, pela cisão e pelo usucapião por aqueles que possam entender que isso possa acontecer.

Apenas para que essa matéria não fique de fora, vamos focar alguns aspectos relativos ao exercício do direito de superfície. O primeiro deles, muito importante a meu ver urbanisticamente, está expressamente previsto no conjunto de disposições que estão no Código Italiano de 1942. Há, aparentemente, uma *contraditio interminis* nessa possibilidade, mas é a questão da constituição do direito de superfície do subsolo. O que, a meu ver, do ponto de vista da superfície urbanística é fundamental, porque uma municipalidade, por exemplo, pode tomar um bem e não sei se será preciso que ela desafete esse determinado bem a uma praça pública,

por exemplo. Vamos admitir que haja a necessidade da desafetação administrativa desse bem, mas com relação ele, a municipalidade, por exemplo, concede a **A** a possibilidade da utilização desse subsolo como um estacionamento e concede a **B** a possibilidade da construção de um asilo, de uma creche, de um hospital nesse espaço aéreo assentado sobre o solo, havendo, portanto, na realidade, três proprietários: 1) O proprietário a quem é concedida a matéria que está alcançando o espaço aéreo; 2) O proprietário da superfície, que seria a municipalidade; 3) O proprietário da superfície do subsolo, que seriam todos aqueles equipamentos necessários a um estabelecimento desse determinado parqueamento ou estacionamento.

Acho que a situação ficou um pouco ambígua, não no Estatuto da Cidade, mas no Código Civil. Então será preciso que o Poder Judiciário traga a sua palavra no sentido de definir essa possibilidade da constituição da superfície no subsolo. É, ao meu ver, uma modalidade muito importante com que a superfície pode apresentar-se, nesse concerto de instrumentos jurídicos podem ser utilizados.

A segunda forma interessante de exercício do Direito de Superfície é a chamada sobrelevação, que está expressamente prevista no Código Civil Suíço, que é a possibilidade de o titular da propriedade superficiária construir ou conceder a um terceiro que construa sobre a sua propriedade superficiária. Sendo assim, teríamos o solo, um bem superficiário e um segundo bem superficiário resultado dessa segunda concessão. É evidente que eu estaria aqui dizendo o óbvio se dissesse que isso nada tem a ver com o problema do condomínio em um edifício de apartamentos. No condomínio tem, dentro da nossa concepção, necessariamente, a divisão do solo em frações ideais correspondente a cada qual das propriedades exclusivas. O que não acontece no direito de superfície em que o solo é de um, o bem superficiário é de outro e a segunda superfície é de um segundo concessionário.

O interessante quanto à sobrelevação, é que em certas formações favelares no Brasil, sobretudo na Rocinha, encontramos um instituto da sobrelevação (concebido pelos juizes suíços) valendo entre os moradores de favelas como a da Rocinha, onde há o direito de laje. O que caracteriza a propriedade é o assentamento da moradia sobre uma posse injusta, porque se a moradia estiver assentada sobre uma posse justa e houver problemas urbanos de deterioração, o problema é de cortiço, do qual São Paulo, aliás, é uma vítima permanente. Nesse caso não se trata de favela, mas de cortiços. O que caracteriza a favela é o assentamento da moradia sobre uma área que está injustamente possuída, uma posse injusta. Hoje, na Rocinha, é freqüente o problema do direito de laje, em que aquele morador cede a um terceiro o direito de utilizar a sua laje para estabelecer ali uma moradia. Apenas, ultimamente, como fui informado, os traficantes impõem que sobre a segunda laje não haja qualquer obstáculo que possa obstruir a fuga deles.

Estabelecidas essas premissas, gostaria de abordar os direitos do superficiário. É evidente que, no caso da concessão *ad edificandum* ou *ad plantandum*, ele tem o direito de imitar-se na posse do terreno para construir ou plantar. Ele tem a posse direta da área objeto da concessão, incluindo o acesso ao entorno necessário ao exercício do direito de construir ou plantar. Essa superfície pode ser até permanentemente mais abrangente, ou seja, abrangendo áreas laterais do bem superficiário para possibilitar um uso mais cômodo e mais útil a esse superficiário. Se prevista no título, tem o superficiário direito à indenização do valor do bem superficiário quando da extinção da superfície, quando o dito bem ingressa no patrimônio do concedente, o que se chama impropriamente de reversão. E dizemos impropriamente porque o bem jamais esteve no patrimônio do concedente. Ele tem, evidentemente, o domínio sobre o bem superficiário e, portanto, pode instituir re-

lativamente a esse bem superficiário não só o direito hipotecário, mas também todos os outros direitos reais compatíveis com aquela situação fático-jurídica que se estabeleça naquela determinada área. Por isso, seria muito importante que esses textos sobre o Estatuto da Cidade e sobre o Código Civil estabelecessem a questão do nascimento e do fim dos direitos reais de garantia e de uso e gozo estabelecidos sobre o bem superficiário e quanto ao bem sobre o qual assenta o bem superficiário. E não há uma palavra no nosso Código Civil e nem nosso Estatuto da Cidade sobre isso.

O outro aspecto é que o superficiário tem o direito de reconstruir ou replantar, se ocorrer a perda do bem superficiário dentro do prazo da concessão, salvo disposição contrária. Quais seriam as obrigações do superficiário? Realizar a construção ou plantação dentro do prazo assinalado no título, sob pena de caducidade do direito, pagar o *solarium* quando a superfície for remunerada; pagar os tributos incidentes sobre o bem superficiário na forma que a legislação fiscal aplicável venha determinar. (A meu ver, é preciso, inclusive, que haja uma alteração do Código Municipal para que se estabeleça a forma de solução dessa obrigação tributária.) Há também, digamos, o dever de conceder preferência ao concedente no caso de alienação da superfície e a todos esses direitos e obrigações do superficiário, existem os direitos correspondentes também ao concedente da superfície.

Entendo que com relação aos usos e vantagens do Direito de Superfície podemos admitir que esse direito (ao contrário de ser aquilo que meu mestre Caio Mário dizia, que na realidade talvez era uma tentativa até de destruição do próprio sentido clássico de Direito de propriedade), abre um leque maior de possibilidades de utilização do direito de propriedade. É um instrumento, a meu ver, nitidamente capitalista. Não é um instrumento destinado a fazer desaparecer o direito de propriedade, ao contrário, ele aumenta a possibilidade de utiliza-

ção desse direito. E sob o aspecto da modalidade urbanística, vamos ter um problema: Estive recentemente em Angra, onde realizou-se um evento promovido pelo CEDES, em que participei de um determinado grupo do Direito das Coisas em que estabelecemos algumas discussões sobre direito de superfície e eu entendia e entendo ainda que quando, depois da *vacatio*, sobrevier a vigência do Código Civil nós teremos perfeitamente “de pé” o direito de superfície tal como disciplinado no Estatuto da Cidade, que tem uma finalidade tipicamente urbanística.

Temos o direito de superfície em vários sistemas de Direito Civil estrangeiro. Na França, o direito de superfície não está regulamentado expressamente. Ele existe por uma presunção contrária ao artigo 553 do Código Civil Francês, que difere do nosso artigo 545 do Código Civil.

Art. 553 “*Todas as construções, plantações e obras em um terreno ou sobre ele presumem-se ter sido feitas às custas do proprietário e pertencem-lhe, se não se prova ao contrário*”.

Então, no artigo 553 do Código Civil Francês há a possibilidade de estabelecer-se a prova contrária de que aquela construção sobre o terreno não pertence ao proprietário. Portanto, há um direito de superfície que não está expressamente previsto. O artigo 545 do Código Civil Brasileiro ainda em vigor é diferente, não há essa presunção que existe no artigo 553 do Código Civil Francês. Observem o artigo 545 do Código Civil Brasileiro: “Toda construção ou plantação existente em um terreno, se presume feita pelo proprietário e à sua custa, até que o contrário se prove”. Então, não existe a forma da possibilidade de termos uma propriedade pela prova contrária como existe no artigo 553 do Código Civil Francês. Os outros códigos estrangeiros, inclusive o próprio Código Alemão que disciplinou imensamente o direito de superfície e, sobretudo, depois da Primeira Guerra de 1918, o Código Civil Italiano, de 1942, que é um

código moderno a propósito do direito de superfície, não admitem a superfície vegetal. Temos o Código Austriaco e vários outros códigos estrangeiros. Para o Código Suíço a superfície tem a modalidade de uma servidão. O código português de 1966 disciplina imensamente, através de vários dispositivos, inclusive tratando de vários problemas que não foram tratados por nós.

Entendo que a superfície entre nós, tanto a urbanística como a do Código Civil, teve um tratamento muito simples. Poderíamos ter desenvolvido muito mais, contudo acho que esse é um problema que devemos deixar para depois e esperar os resultados dessa aplicação no nosso Código Civil para, em princípio, termos a possibilidade de uma nova formulação do direito de superfície e de outros institutos. Devemos experimentar o nosso Código Civil. A minha opinião é no sentido de que no momento não era essencial termos um novo Código Civil. Entendo que o Código Civil de 1916 estava perfeitamente suplementado pela legislação que o completa de maneira praticamente definitiva, mas resolveu-se fazer um novo código, o qual, estando aí, temos que trabalhar com ele.

Depois dessas considerações gerais sobre a teoria geral do direito de superfície, quero me referir à reforma do Código Civil. É sabido que ela teve dois momentos: um, dos anos 60, em que foi seu grande coordenador o Prof. Caio Mário da Silva Pereira e ao lado dele, o Prof. Orlando Gomes e o Prof. Orozimbo Nonato. O texto inicial dos direitos reais no Código Civil foi elaborado pelo grande mestre, hoje saudoso, Prof. Orlando Gomes, que era um defensor do direito de superfície. Ele achava que este deveria estar previsto no Código Civil. Ficou vencido dentro da própria comissão e os Professores Caio Mário e Orozimbo Nonato, na fórmula final, resolveram não adotar o direito de superfície. No Anteprojeto de Código Civil, sugerido pelo Prof. Orlando Gomes, praticamente não havia nada de novo, senão realmente aspectos que faltariam para uma re-

gulação completa do direito de superfície. Contudo, havia de interessante a possibilidade do direito de superfície sob modalidades específicas, que só vamos encontrar na fórmula final. A sugestão do Prof. Orlando Gomes terminou não prevalecendo e, como vocês sabem, esse projeto foi mandado ao Congresso e depois, para uma profunda tristeza do Prof. Caio Mário, tivemos, então, o segundo movimento do Código Civil, que começou com a coordenação do Prof. Miguel Reale, grande coordenador do novo Código Civil, com o Prof. Moreira Alves e outros tantos que já faleceram e que, independentemente de outros tantos que ainda vivem, como o Prof. Erbert Chamon foi incumbido da parte do Direito das Coisas e não previu o direito de superfície, que veio a ser estabelecido em uma fase posterior quando o Prof. Miguel Reale alvitrou ao Ministro Moreira Alves exatamente a existência e acusou a presença da concessão do direito real de uso e o Prof. Moreira Alves resolveu estabelecer o direito de superfície no Projeto de Código Civil, que, como se sabe, emitido ao Congresso terminou prevalecendo na fórmula final do direito de superfície que está aqui no nosso Código Civil. As duas mudanças de substância que foram sofridas pelo texto remetido à Câmara dos Deputados e que terminaram prevalecendo, foram sobre a questão do direito de superfície no subsolo.

O artigo 1.369 do Novo Código Civil acrescentou um parágrafo único vedando obras no subsolo, salvo quando inerentes ao objeto da concessão, estando aludido o parágrafo único assim concebido. Então o art. 1.369, parágrafo único do Novo Código Civil, tem a seguinte formulação: “O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo quando for inerente ao objeto da concessão”. Este dispositivo não prima pela clareza. Parece proibir a concessão da superfície do subsolo, mas na realidade ele interdita a realização de obras no subsolo se elas não são o objeto da própria conces-

são. Entendo, portanto que, apesar dessas disposições, o Código Civil terminou admitindo o direito de superfície no subsolo. Mas esse é um ponto que vai ser objeto de muita controvérsia.

A segunda novidade que o Código Civil, a entrar em vigor em janeiro de 2003, estabeleceu em função do projeto 634 de 1975 da Câmara de Deputados é a matéria que se contém no artigo 1.376 do Novo Código, em que se estipula o seguinte: “No caso de extinção do direito de superfície em consequência de desapropriação, a indenização cabe ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito real de cada um”. Quer dizer, se é desapropriado um bem que contém o direito de superfície, a desapropriação será: uma relativa ao solo e outra ao direito de superfície. Nós estaríamos, de alguma forma, pecando por omissão, se não nos referíssemos ao direito de superfície como ele está contemplado no Estatuto da Cidade. Tenho o ponto de vista, de que o advento do Código Civil em janeiro de 2003 não vai revogar o direito de superfície como ele está previsto no Estatuto da Cidade. Isso porque o direito de superfície previsto no Estatuto da Cidade é urbanístico e o direito de superfície que está previsto no Código Civil nitidamente não tem as finalidades urbanísticas que se encontram no Estatuto da Cidade, de modo que, a meu ver, prevalecerá o direito de superfície tal como previsto no Estatuto da Cidade com o advento do nosso Código Civil.

Entendo que deveríamos aperfeiçoar o direito de superfície tal como está estabelecido no Estatuto da Cidade e no Novo Código Civil Brasileiro. Mas entendo que já que não se adotaram aquelas disposições que completariam o quadro do direito de superfície, o mais prudente é aguardarmos a evolução da aplicação durante um certo tempo do direito de superfície e posteriormente tratarmos do aperfeiçoamento desse instituto, tanto no Estatuto da Cidade quanto no Código Civil.

Essas eram as observações que gostaria de fazer, desculpando-me pela falta de um preparo mais acurado da matéria, mas fico à disposição para qualquer esclarecimento que se torne necessário.

DEBATES

Dr. Marcos Alcindo de Azevedo Torres

O artigo 1.369 diz que 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. O Código nada falou e o Estatuto também não fala a respeito da possibilidade de um legado do direito de superfície. Então, gostaria de saber se é admissível, na sistemática como está colocada, alguém, por testamento, instituir um direito de superfície em favor de outrem, de forma em que ele seria legatário da superfície, por exemplo.

Prof. Ricardo César Pereira Lira

A meu ver, não há impedimento jurídico algum em que se fizesse essa constituição por mero legado. Inclusive, termino nesse trabalho que escrevi, propondo uma nova formulação, inclusive estabelecendo, digamos, essas disposições testamentárias do direito de superfície. De modo que entendo que, em uma construção positiva, seria possível estabelecermos essa forma da superfície mediante legado. Acho que não há princípio de ordem pública algum que impeça essa constituição. Não feriria a ordem pública, estaria dentro dos interesses particulares.

Dr. Marcos Alcindo de Azevedo Torres

Gostaria de dar um exemplo do Prof. Motta Pinto a respeito da questão do usucapião. E aí para, mais ou menos dentro do que o senhor tinha analisado, enquadrar a aquisição e a constituição da superfície de usucapião. Pode perfeitamente um indivíduo exercer atos de posse sobre uma casa que está constru-

ida e exercê-lo com um *animus*, não pleno de proprietário, mas superficiário, porque, por exemplo, lhe foi vendida por ato nulo a casa separada do solo. Foi constituído por escritura um direito de superfície sobre a casa separada do solo, mas com título nulo. Ele não adquiriu a superfície, mas passou a possuir a casa nesses termos e com respectivo *animus*. Ao fim de um determinado número de anos, adquire por usucapião direito de superfície e adquiriu um direito sobre aquela casa separada da propriedade do solo. Evidentemente que no Direito Português há previsão expressa, mas me parece que não haveria dificuldades já que uma vez o direito positivo admitindo o direito de superfície, alguém *non dominus* ou coisa semelhante, transfira para outrem a superfície, a casa construída, e aquele lá está na consciência de que está exercendo um direito de superfície. Seria talvez a superfície com usucapião por justo título, não sei se haveria essa possibilidade.

Prof. Ricardo César Pereira Lira

Acredito que talvez possa acontecer, contudo não de ocorrência muito frequente, mas não nego essa possibilidade.

Acho que temos que ser inteiramente abertos para ceder posições anteriores que tínhamos. Fui muito radical contra a admissibilidade da constituição. Inclusive discuti muito com o Prof. Caio Mário na defesa de tese em que tive a possibilidade de ferir essa questão do direito de superfície. Mas hoje tendemos a pensar e raciocinar, não nos interessa impor o nosso ponto de vista. Venho tendendo a admitir a possibilidade por usucapião em hipóteses como essa mencionada. Agora, acho muito difícil a ocorrência disso na prática, mas é possível.

Des. Sergio Cavalieri Filho

Qual o aspecto prático e social, vamos dizer assim, do direito de superfície?

Prof. Ricardo César Pereira Lira

Meu querido Mestre, nós, homens do direito, temos vários momentos. Já

fui encantado pelo direito de superfície como um instrumento de regularização fundiária de terras públicas. Quando comecei a pensar no direito de superfície, imaginava usá-lo como instrumento de regularização fundiária. Depois comecei a achar que iria ser muito complexo e que não iria resolver. Então caminhei para uma outra solução que era a concessão do direito real de uso, o Decreto-lei 271 de 1967 com uma opção de compra pelo concessionário.

Certa ocasião, ajudei muito ao Cardeal Dom Eugênio e todo sábado, nós nos reuníamos com os favelados e com os advogados de campo para discutir muito esse problema. Eles diziam que não queriam a posse, mas sim a propriedade, assim como eu tinha a propriedade de meu apartamento – aquelas pessoas queriam a propriedade e não meramente a posse. Sendo assim, a concessão do direito real de uso só concedia a posse. E pensando muito em certos problemas, fui depois tratar dos contratos de dois conjuntos favelizados que existiam ao lado da Fundação Roberto Marinho. Lá tive uma idéia, pois me deram a concessão do direito real de uso, então acabou prevalecendo no penúltimo artigo a opção de compra, pois o favelizado quer a propriedade como nós temos a propriedade, que é um “fetiche”, mas é um fetiche importante. No final da concessão do direito real de uso, onde se entrega a posse, se estabelece, no penúltimo artigo, uma opção de compra para que ele possa ter a propriedade também. Nesse caso, é feita a concessão do Decreto-lei 271 de 1967 e só depois, ao final de mais ou menos quarenta ou cinquenta anos, faz-se a opção de compra. Agora, entendendo que o direito de superfície tem vantagens urbanísticas interessantíssimas. Por exemplo: Se você desafeta uma praça pública ou um bem público de uso comum para construir embaixo um estacionamento, por cima um hospital ou uma escola pública, acho que urbanisticamente ele tem a sua valia. Agora, do que me despreendi um pouco foi da verdade que eu imaginava que existisse no sentido

de que a superfície pudesse ser utilizada como regularização de áreas favelizadas.

Des. Sergio Cavalieri Filho

Professor, fiz as alegações exatamente em face do artigo 1.369. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar no seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis. Contudo, registrar no Cartório de Registro de Imóveis um direito de laje é uma dificuldade. É um problema. Quando a propriedade está regularizada, tudo bem, é só registrar. Agora, a da Rocinha, por exemplo, é um problema.

Prof. Ricardo César Pereira Lira

O direito de laje é um problema que tem que ser resolvido de outra maneira, pois é sério. Acho, realmente, que o direito de superfície não tem toda aquela extensão de finalidades positivas para o social que eu imaginei que tivesse, por isso voltei atrás naquilo em que acreditava.

Dr. Magno Alves Assunção

Gostaria que comentasse, se possível, como tratar a questão do direito de propriedade e do direito de superfície, à luz do Registro Geral de Imóveis compatibilizando as regras do Estatuto da Cidade, do Novo Código Civil e da Lei Registros Públicos.

Prof. Ricardo César Pereira Lira

Já houve um passo inicial, mas entendo que é preciso trazermos as normas, que alterem a Lei de Registros Públicos, para possibilitar o assentamento da propriedade superficiária, que é uma grande conquista da superfície moderna e da contemporânea, o que não existia no Direito Romano. No Direito Romano, segundo a maioria dos romanistas, aonde se chegou mais longe foi no Direito Real sobre a coisa alheia. Agora, a concepção do direito de propriedade sobre o bem superficiário, a isso não se chegou. Nós vamos ter que imaginar

isso. Agora, vamos fazer uma matrícula nova para o bem superficiário? Já deveriam ter legislado sobre isso, pois isso irá criar dificuldades. Agora, eu que pensei que o direito de superfície pudesse ter uma extensão social muito grande, voltei um pouco atrás. O direito de superfície é um direito meio aristocrático, lamentavelmente. Ele não é a solução para o problema da regularização fundiária. Hoje estou convencido de que a regularização superficiária e a regularização fundiária precisam ser regulamentadas enquanto é tempo, pois as favelas já estão tomadas pelos traficantes.

Parece-me que o direito de superfície não é a grande solução social. Creio que o direito de superfície do Estatuto da Cidade é interessante, acho que você pode criar até triplamente a possibilidade da utilização da linha do solo e do subsolo e da superfície, criando um estacionamento no subsolo e acima um hospital. Ela tem a sua utilidade, contudo, tem que se completar com a matéria do Registro de Imóveis, e o interessante é que ninguém pensa nisso.

Des. Áurea Pimentel Pereira

Prof. Pereira Lira, gostaria de lhe submeter a um questionamento, depois de ter ouvido a sua opinião, com a qual, aliás, concordo plenamente, de que o novo Código Civil, ao disciplinar o direito de superfície, absolutamente não revogou o Estatuto da Cidade, até porque esse estatuto tem uma diretriz que é a execução urbanística, tem uma natureza eminentemente urbanística.

Gostaria de ouvir a sua opinião sobre o seguinte questionamento: Nós sabemos que o artigo 1.369, no seu parágrafo único, do Código de 2002, dispõe que o direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão; enquanto que o parágrafo 1º, do artigo 21, do Estatuto da Cidade, tem uma maior abrangência. Ele diz que o direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na for-

ma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística. Não lhe quer parecer que, evidentemente não todo o Estatuto da Cidade, mas, especificamente, esse parágrafo 1º do artigo 21, que teve uma nova visão dada pelo parágrafo único do artigo 1.369 do Código Civil, será derogado quando entrar em vigor o nosso novo Código Civil? Seria essa a sua opinião?

Prof. Ricardo César Pereira Lira

Entendo, Desembargadora, que o direito de superfície fica inteiro porque ele é urbanístico, tal como ele foi previsto no Estatuto da Cidade. Agora, no parágrafo 1º do artigo 21, o direito de superfície abrange o direito de “utilizar o solo, o subsolo” (quer dizer, o Estatuto da Cidade prevê expressamente a superfície no subsolo) e mais, “ou o espaço aéreo relativo ao terreno”.

Outro dia dei um parecer interessantíssimo em que havia o direito de su-

perfície em um espaço aéreo que não tocava o solo. Em matéria de vernáculo, o direito de superfície no subsolo já é uma *contradictio in terminus*. Agora, o direito de superfície no espaço aéreo, já é outra *contradictio in terminus*, mas, enfim, de *contradictio in contradictio* nós vamos caminhando para a frente do ponto de vista social, que é o que importa. É um problema interessante e confesso que entramos em perplexidade. E por que não confessar? Acho que a sinceridade é absoluta. E depois, nada é pior do que a certeza, pois só a dúvida constrói para a grandeza da ciência. A certeza destrói e estagna.

Agora, estou de acordo com Vossa Excelência, e confesso que hoje entendo, que o Código Civil não impede o direito de superfície no subsolo. Acho que aquele dispositivo que a senhora leu permite a construção da possibilidade da superfície no subsolo. Mas confesso que tenho dúvidas e penso que temos que tentar construir. 📄