

## SUMÁRIO

- CAPÍTULO I — 1 — Introdução e apresentação do tema. O solo. A acessão. 2 — Etimologia e significado de superfície. 3 — Conceito do direito de superfície. 4 — Objeto e finalidade do trabalho.
- CAPÍTULO II — 1 — Notícia histórica do direito de superfície. As vicissitudes do princípio da acessão ao solo. O direito de superfície e o direito romano. 2 — O direito de superfície e o direito intermédio. 3 — O advento das grandes codificações do século XIX e o direito de superfície.
- CAPÍTULO III — 1 — O direito de superfície e o direito comparado. Os três sistemas jurídicos em função do tratamento dado ao instituto. 2 — Direito francês. 3 — Direito alemão. 4 — Direito italiano. 5 — Direito inglês. 6 — Direito austríaco. 7 — Direito suíço. 8 — Direito holandês e direito belga. 9 — Direito soviético. 10 — Direito espanhol. 11 — Direito português. 12 — Direito argentino.
- CAPÍTULO IV — TEORIA GERAL DO DIREITO DE SUPERFÍCIE
- Seção I — 1 — Estrutura e natureza jurídica do direito de superfície. 2 — Diferenciação dos outros direitos reais limitados. 3 — Situações jurídicas aproximadas do direito de superfície.
- Seção II — 1 — Constituição do direito de superfície. 2 — Espécies.
- Seção III — 1 — Elementos subjetivos da relação superficiária. 2 — O objeto do direito de superfície.
- Seção IV — 1 — Direitos e obrigações do concedente. 2 — Direitos e obrigações do superficiário. 3 — Exercício do direito de superfície.
- Seção V — Duração da superfície.
- Seção VI — Extinção da superfície.
- Seção VII — Proteção do direito de superfície.
- CAPÍTULO V — O DIREITO DE SUPERFÍCIE E O DIREITO BRASILEIRO
- Seção I — 1 — O direito anterior ao Código Civil brasileiro. 2 — O silêncio da codificação de 1916. 3 — A posição da doutrina brasileira. O ordenamento e o instituto.
- Seção II — O direito de superfície e o movimento de reforma do Código Civil brasileiro. 1 — A tentativa de 1961/1965. 2 — A iniciativa de 1972.
- CAPÍTULO VI — CONCLUSÕES  
BIBLIOGRAFIA

## DOCTRINA

### **O Moderno Direito de Superfície \*** *(Ensaio de uma Teoria Geral)*

Conveniência da sua Recepção no Direito Positivo Brasileiro

**RICARDO-CESAR PEREIRA LIRA**  
Procurador do Estado do Rio de Janeiro  
Professor de Direito Civil na Faculdade de  
Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

#### CAPÍTULO I

*1 — Introdução e apresentação do tema. O solo. A acessão. 2 — Etimologia e significado de superfície. 3 — Conceito do direito de superfície. 4 — Objeto e finalidade do trabalho.*

1. O direito é uma técnica de organização social destinada a disciplinar coativamente as relações entre o homem e o homem, entre o homem e os entes por ele criados, e as relações entre esses entes.

\* Tese apresentada em junho de 1979 à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Concurso para a Titularidade de Direito Civil.

Essas relações poderão ter por endereço a proteção dos direitos ligados à projeção da personalidade no grupo, poderão ter por conteúdo interesses configurados em comportamentos exigíveis de outrem ou por outrem, ou poderão referir-se à dominação — total ou parcial — exercida sobre as coisas.

Entre as coisas suscetíveis de sofrer os efeitos dessa **dominação** total ou parcial pelo homem ou antes por ele postos a atuar no comércio jurídico, está o solo, aqui considerado na acepção mais lata possível, abrangendo a coluna aérea sobrejacente, a coluna subjacente e o plano que as separa.

Proclamam os juristas ser incomensurável o seu valor, tanto para os particulares como para o povo em seu conjunto, já que 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. Enfim, é ele toda hipótese e possibilidade de vida. (1)

1.1. Os romanos sempre atribuíram ao solo importância qualificada.

Daí haverem firmado inarredavelmente, até o direito justiniano, o princípio **superficies solo cedit**, por força do qual a construção ou plantação feita em solo de outrem acedia à propriedade do **dominus soli**. Princípio só explicável, no entender de ARANGIO-RUIZ, como exasperação do critério da absoluta senhoria sobre a coisa, projetando-se o poder do proprietário ao ponto máximo de desfrute: **usque ad sidera et usque ad inferos**. (2)

SIMONCELLI registra que, segundo a concepção romana, tudo que, pela via orgânica (**plantatio, seminatio**) ou mecânica (**inaedificatio**) se erguesse sobre o imóvel, a ele ficando ligado ou incorporado de

- (1) HEDEMANN, (Justus Wilhelm), "Tratado de Derecho Civil", vol. II, "Derechos Reales", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, versão espanhola de PASTOR (Jose Luis Diez) e ENRIQUEZ (Manuel Gonzalez), § 32, p. 283.
- (2) ARANGIO-RUIZ (Vincenzo), "Istituzioni di Diritto Romano", ed. Casa Editrice Dott. Eugene Jovene, 1977, p. 268.

maneira duradoura, não pertenceria ao autor da construção ou cultivo, mas passaria a constituir parte integrante do solo: "*la proprietà della coltivazione o della piantagione o dell'opera in genere, cioè, appartiene senza limitazioni al proprietario del fondo stesso*". (3)

A doutrina romana da acessão, dilucida PONTES DE MIRANDA, não foi obra das leis. Deve-se, assevera o autor, aos "*trabalhos dos juristas, com os seus depósitos psicanalíticos e as suas influências econômicas, as suas teorias sobre o ser e o vir-a-ser das coisas, as suas convicções gnoseológicas*", dizendo PONTES DE MIRANDA que "*algo disso herdamos*". (4)

POTHIER identificava a acessão como modo de aquisição do domínio **fundado no direito natural**. (5)

1.2. Caracteriza-se a acessão pela união física entre duas coisas, formando, de maneira indissolúvel, um conjunto, em que uma das partes, embora possa ser reconhecível, não guarda autonomia, sendo subordinada, dependente do todo, seguindo-lhe o destino jurídico.

Na acessão da construção ou plantação que se une ao solo surge uma **coisa nova**, do dono da terra, com individualidade configurada, de forma que terreno e construção, terreno e plantação, devem ser entendidos como uma coisa única, e não como duas coisas diferentes, embora intimamente conexas.

1.3. Vale referir que o direito romano, no caso da **plantatio**, distinguia duas situações.

Na primeira, a planta era extraída e posta sobre o solo de outrem (**positio**), tendo-se a segunda quando a planta começava a enraizar-se (**coalitio**).

Na **positio**, embora unida ao terreno, remanesce coisa autônoma de individualidade própria, se confrontada com o solo, preservando-se

- (3) SIMONCELLI (Domenico), Novo Digesto Italiano, v. "Superficie (Diritto di)", p. 1214-13.
- (4) PONTES DE MIRANDA, "Tratado de Direito Predial", vol. 1, ed. Jose Konfino, 1947, p. 111.
- (5) POTHIER, "Oeuvres de", ed. Cosse, Paris, 1847, 9º volume, nº 150, p. 150: "L'accésion est une manière d'acquérir le domaine qui est du droit naturel, par laquelle le domaine de tout ce qui est un accessoire et une dépendance d'une chose, est acquis de plein droit à celui à qui la chose appartient, *vi ac potestate rei suae*";

a existência de dois domínios separados: o do **dominus soli** diferenciado do do proprietário da planta. Verificada a **coalitio**, a partir do momento em que a planta, cravando suas raízes na terra, e dela extraindo o suco da vida, passava a formar com a terra um todo, um conjunto, um inteiro. As conseqüências eram opostas em um caso e noutro. Na **coalitio**, fosse a planta extirpada do solo, seu primitivo proprietário não podia veicular pretensão de reclamá-la para si, por isso que desde a união orgânica perdera o domínio em favor do **dominus soli**.

Resulta óbvio que a planta nascida pela força natural não pode deixar de pertencer senão ao proprietário do solo. (6)

1.4. Os princípios expostos no subitem precedente para a **plantatio** não prevalecem na hipótese da **inaedificatio**, em que, aliás, está ausente a circunstância da  **fusão orgânica** dos materiais da edificação com o solo.

Refere SALIS ser controvertida a doutrina quanto ao domínio dos materiais no caso da construção de um edifício construído com material alheio, salientando haver consenso em admitir seja o edifício considerado da propriedade do **dominus soli**. Entendem muitos estudiosos, porém, que o dono primitivo dos materiais **perdia** o seu direito de propriedade enquanto durasse a **acessão**, direito esse que **revivesceria** assim que ela cessasse, legitimado o proprietário primitivo dos materiais para o exercício da **actio ad exhibendum** e da **reivindicatio**. Negavam outros houvesse a **perda** da propriedade dos materiais, conseqüente à **acessão**, e o **superveniente renascimento** do direito quando não mais ocorrente o fato físico da **acessão**. Preferiam aceitar que, durante ela, o direito de propriedade dos materiais ingressava em um estado particular de **quiescência**, **virtualidade**, **potencialidade**, **adormecimento** ou **enfraquecimento**. Haveria a aquisição definitiva dos materiais pelo **dominus soli** se o edificador, por sua exclusiva vontade, houvesse construído sobre solo alheio, sabendo que o era. Posteriormente, os proculianos admitiram pudesse o material ser levantado, no caso em que, embora ligado, houvesse conservado a individualidade, e fosse possível a separação em favor do proprietário dos materiais, sem dano ao edifício, vindo essa solução a merecer acolhida por JUSTINIANO, ainda em favor do construtor de ma-fé. (7)

(6) SALIS (Lino), "La Proprietà Superficiaria", ed. Cedam — Padova, 1936, nº 5, p. 13-14

(7) SALIS (Lino), "La Proprietà Superficiaria", cit., p. 15-16, nº 6, e notas 1 e 2.

1.5. No tema da **acessão**, outro ponto controvertido, em sede de doutrina, é o da sua qualificação jurídica: alinha-se ela entre os modos de aquisição da propriedade ou é fenômeno de expansão do direito de propriedade à coisa **accedida**?

PACIFICI-MAZZONI, nas suas Instituições, definiu o direito de **acessão** como aquele em virtude do qual a propriedade de uma coisa é atribuída a tudo o que ela produza ou que a ela se ligue, tanto naturalmente, quanto com arte. Aduz ainda o autor — em nota ao texto, lembrando opinião constante de seu Tratado da Distinção dos Bens, 6ª edição, nº 152 — que a **acessão** para o direito romano não era um modo de aquisição da propriedade, acrescentando também não ter esse caráter no direito italiano.

Fundamenta o mencionado autor as duas assertivas. A primeira com a observação de que os modos de aquisição para os romanos eram a **ocupação**, a **tradição**, a **mancipatio**, a **in iure cessio**, o **usucapião**, a **adjudicação** e a **lei**. A segunda, com a afirmação de que ele se torna proprietário da coisa **acessória** somente porque o é da principal, cuja sorte a **acessória** segue. (8)

Já FERRARA, depois de anotar que a **acessão** supõe um todo completo ao qual vem juntar-se uma coisa pela força da natureza ou pela atividade humana, enfatizando poder operar-se de três maneiras (**integração** de uma coisa originariamente completa, **supervenientemente defeituosa**, e **subseqüentemente tornada íntegra** — a **acessão** do braço a uma estátua mutilada, o **timão substituído** em uma nau —; **acrescentamentos naturais** à coisa — os frutos, a **aluvião** —; **união exógena das coisas** — construções, edifícios —), ensina:

*"Si tratta dunque di cose corporali che sono entrate in una tale fisica connessione con un'altra, che esse si comportano verso questa come parti, ed in tale rapporto mancano completamente di autonomia. Sono dunque parti non originarie alla costituzione della cosa, ma aggiuntesi più tardi o per completarla, se difettosa, o prodotte da essa o congiunte con essa. Secondo questo aspetto le accessioni sono cose subordinate, dipendenti, non necessarie rispetto all'intero.*

(8) PACIFICI-MAZZONI (Emidio), "Istituzioni di Diritto Civile Italiano", 5ª ed., aos cuidados de VENZI (Giulio), vol. III, parte I, ed. Casa Editrice Libreria Fratelli Cammelli, 1925, p. 285.

*Ma tuttavia essendo congiunte con l'intero in modo indissolubile, formando con la cosa un sol tutto, perdono in questa unione la loro indipendenza e quindi partecipano della sorte giuridica dell'intero. Perciò, se la cosa principale è immobile, lo diventa la cosa accessoria (avulsio, tegole nel tetto sostituite), chi è proprietario o possessore del suolo, possiede ed acquista la proprietà di qualsiasi costruzione, piantagione od opera fatta anche da un terzo o con materiale altrui (448 e seg.), il proprietario della cosa principale acquista la cosa accessoria che è stata congiunta alla sua in modo indissolubile, per riparazione o surrogazione, l'ipoteca nel fondo si estende alle costruzioni e piantagioni ed altri accrescimenti del fondo ipotecato (1966)" (os grifos finais são nossos; os demais, do autor) (9)*

Igualmente no sentido de que a acessão é modo de aquisição da propriedade está a lição de TRABUCCHI. (10)

PLANIOL-RIPERT (11) e MAZEAUD e MAZEAUD (12) consideram, da mesma forma, a acessão como modo aquisitivo. WEILL a entende sob forma de extensão do direito de propriedade. (13)

COELHO DA ROCHA refere que o modo pelo qual o dono da coisa principal adquire a propriedade de outra por ser acessória se chama acessão. (14) (O grifo é nosso).

(9) FERRARA (Francesco), "Tratato di Diritto Civile Italiano", vol. I, parte I, ed. Athenaeum, 1921, Roma, p. 776-7.

(10) TRABUCHI (Alberto), "Instituciones de Derecho Civil", vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, p. 468.

(11) PLANIOL (Marcel) e RIPERT (George), "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", versão espanhola de CRUZ (Mario Dias), Tomo III, ed. Cultural, Havana, 1946, p. 230.

(12) MAZEAUD (Henri et Leon) — MAZEAUD (Jean), "Leçons de Droit Civil", Tomo Segundo, Ed. Montchrestien, Paris, 1966, p. 1280.

(13) WEILL (Alex), "Droit Civil-Les Biens", ed. Dalloz, Paris, 1974, p. 36.

(14) COELHO DA ROCHA (M.A.), "Instituições de Direito Civil Portuguez", Tomo II, ed. da Univ. de Coimbra, 1852, p. 331; idem para o direito português, CUNHA GONÇALVES (Luiz da), "Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro", vol. I, ed. Max Limonad, São Paulo, 1951, p. 436; ainda para o direito português, mais recente, ASCENSÃO, José de Oliveira, in "Estudos sobre a superfície e a acessão", ed. "Coleção Scientia Jurídica", Braga, 1973, p. 41 e 50, considerando a acessão causa de aquisição e sustentando que "a aquisição por acessão é potestativa e não automática", sendo certo que a doutrina mais pura proclama que a aquisição ocorre de pleno direito (V. POTHIER, "Oeuvres", cit., t. 9, p. 150).

Entre nós, PONTES DE MIRANDA (15), CAIO MARIO (16), e WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (17) se incluem no elenco daqueles que identificam a acessão como modo de adquirir. ARNOLDO WALD, em face do tratamento dispensado ao tema, parece incluir-se entre aqueles que tipificam a acessão, pelo menos na acepção restrita, como caso de aumento do volume ou do valor do objeto da propriedade devido a forças externas. (18)

Entendemos, quanto à matéria, que, embora o Código Civil brasileiro, Art. 530, II, estabeleça genericamente que se adquire a propriedade imóvel pela acessão, há que fazer a distinção imposta pela natureza das coisas. Há que atentar para a dúplici modalidade em que se apresenta o fenômeno.

A acessão pode resultar endogenamente de um desenvolvimento natural da própria coisa — acessão discreta (como ocorre com os frutos das árvores e as crias dos animais); a acessão pode verificar-se exogenamente, final de um processo de fora para dentro, configurando uma união de coisa com coisa — acessão contínua (edificação).

Na discreta, a chamada acessão pertence ao proprietário porque ela consubstancia uma ampliação da propriedade pelo desenvolvimento

(15) PONTES DE MIRANDA, "Tratado de Direito Predial", cit. vol. I, p. 110.

(16) PEREIRA (Caio Mario da Silva), "Instituições de Direito Civil", vol. IV, Forense, 1970, RJ-São Paulo, p. 103: "... acessão, que é aquisição originária e estende o direito do proprietário a tudo o que ao bem se incorpora inseparavelmente".

(17) MONTEIRO (Washington de Barros), "Curso de Direito Civil — 3º vol. — Direito das Coisas", ed. Saraiva, 1975; p. 111: "... O Código Civil Brasileiro seguiu a tradição romana, incluindo a acessão entre os modos de adquirir a propriedade (art. 530, nº II).

(18) WALD (Arnoldo), "Curso de Direito Civil Brasileiro — Direito das Coisas", ed. Sugestões Literárias S.A., S.P., 1970, p. 168: "64. A acessão costuma ser definida como uma união física em virtude da qual o proprietário do bem principal se torna proprietário do bem acessório. As suas origens datam do direito romano, em que vigorava o princípio *accessorium cedit principali*. Alguns autores procuraram distinguir entre o aumento do volume da coisa ou do seu valor devido a forças internas (produção de frutos e produtos) e a união propriamente dita oriunda de forças externas. Esclareceu-se assim que "na acepção restrita, por conseguinte, a acessão é o aumento do volume ou do valor do objeto da propriedade devido a forças externas".

natural de seu objeto mesmo. Não há aquisição alguma, havendo simples incremento do que já preexiste. (19)

Na contínua, há algo novo que vem de fora, entra em conjunção com a outra coisa, identificando-se assim duas coisas originariamente sob o domínio de proprietários diferentes. Uma delas, contudo, é adquirida pelo dominus da principal, em decorrência do princípio de que o inteiro formado pertence ao titular da coisa principal ("ut accessio cedat principali").

Prestamos, dessa maneira, nossa adesão ao opinamento de EDUARDO ESPINOLA (19). Anteriormente, LACERDA DE ALMEIDA já assumira posição basicamente estruturada nestes termos. (20)

1.6. Debuxados acima os traços básicos do fenômeno da acessão — sem o compromisso, no caso dispensável, da elaboração de um quadro acabado —, podemos praticar o primeiro passo de aproximação endereçado no sentido do tema proposto.

Seria necessário estabelecer como marco inaugural a fixação da idéia da acessão. A acessão — *rectius*, o princípio *superficies solo cedit* — e o direito de superfície são conceitos ligados, no sentido de que não é possível pensar no direito sem ter diante de nós, real ou virtualmente, o princípio. Sem ter presente a regra da acessão ao solo de tudo o que sobre ele ou sob ele se construa, ou, em princípio, sobre ele se plante.

(19) ESPINOLA (Eduardo), "Posse-Propriedade, Compropriedade ou Condomínio, Direitos Autorais", ed. Conquista, R.J., 1956, p. 188-189, onde na nota 32, a propósito da acessão discreta, assevera: "O Código Civil dispõe, em termos bem significativos. . . que os frutos e mais produtos de coisas pertencem ao proprietário desta, salvo quando, por alguma razão de direito, caibam a outra pessoa (art. 528). Em nosso direito não se trata, no caso, de acessão, mas de uma das modalidades do uso e gozo da coisa. . . Mas, qualquer que seja o fundamento ou natureza, o princípio é o mesmo"; quanto à acessão discreta e contínua, ver também SERPA LOPES (Miguel Maria de), "Curso de Direito Civil", vol. VI, ed. Freitas Bastos, RJ-SP., 1960, p. 381-384; ainda quanto ao assunto, CHAVES (Antonio), "Lições de Direito Civil — Direito das Coisas" — 2, ed. Rev. Trib., S.P., 1976, p. 78 e segs.

(20) LACERDA DE ALMEIDA (Francisco de Paula), "Direito das Coisas", ed. J. Ribeiro dos Santos, 1908, p. 139-140-141: "A máxima de que o acessório segue o principal, de aplicação geral a todas as matérias de Direito Privado, não podia deixar de ter no Direito das Coisas lugar importante, pois o domínio da coisa principal implica o da acessória. Aqui apresenta-se a acessão como extensão natural do domínio a todos os aumentos e dependências da coisa, mas também como modo de adquirir o que artificialmente a ella cresce ou se-lhe incorpora".

Isso porque, como se verá ao longo deste trabalho com detença maior, o direito de superfície é substancialmente uma suspensão ou interrupção da eficácia do princípio da acessão.

As mutações morfológicas do direito de superfície têm correspondido, ao longo dos tempos, períodos de vigor, amortecimento ou ripristinação do princípio da acessão. As vicissitudes do princípio estão refletidas nas vicissitudes do direito.

É o que ficará demonstrado no curso desta tese.

2. Antes da determinação dos contornos conceptuais do direito de superfície (*ius superficiei*), detenhamo-nos em algumas considerações destinadas ao rastreamento dos debates em torno da etimologia do vocábulo *superficies*, e ainda dirigidas à fixação do seu significado vernacular.

2.1. Os antigos discutiam o étimo da palavra latina *superficies*. Em torno da questão não se puseram acordes.

Para uns resultou a expressão da composição da preposição *super* ou *supra* e do substantivo *facies*. Segundo outros tratar-se-ia da associação entre a mesma preposição e o verbo *facere*.

SIMONCELLI, depois de aludir à divergência, salientando sua pouca relevância para os efeitos jurídicos, manifesta adesão ao primeiro ponto de vista, aliando-se a COVIELLO, opondo-se a LUCCI. (21) Apresenta como razões da opção o fato de ser essa a idéia que a palavra exprime na língua latina, bem como o fato de a mesma idéia ser indicada, em outras línguas, com expressões que deixam entrever, com nítida evidência, o sentido das duas palavras: a primeira é preposição indicativa da existência de uma situação superior em relação a outra em plano mais baixo (assim *sur* na palavra francesa *surface* e *ober* na palavra alemã *öberflache*); a segunda é um substantivo destinado a indagar a idéia de plano ou face (assim *face* ou *flache* nas palavras *surface* e *öberflache*). Acrescenta que — tendo em conta essa etimologia — o significado exato, preciso, lógico, da palavra *superficies* desponta patentemente definido: exprime o plano ou face superior ou exterior de uma certa coisa. Esse o sentido na linguagem comum, no sen-

(21) SIMONCELLI (Domenico), Novo Digesto Italiano, cit., verbete cit., p. 1224.

so geométrico ou matemático, comunicando largura e extensão, sem altura. Nessa acepção, a palavra foi usada na linguagem jurídica dos romanos, correspondendo, ainda, a uma necessidade de expressão verbal na moderna doutrina jurídica.

Resulta óbvio que a partir desse ângulo de visada superfícies e direito de superfície são noções diversas, embora este se valha daquela como ponto de arranque para a sua tessitura dogmática.

2.2. Interessante a concepção de ALEJANDRO VON DER HEYDE GARRIGOS, começando de uma concepção geométrica de superfície, para chegar à configuração da propriedade imobiliária. (22)

Parte o autor da noção da propriedade do solo de corte romanista, estendendo-se conseqüentemente o direito a toda a profundidade, e espaço aéreo sobre o solo, em linhas perpendiculares. Prossegue asseverando que, dessa maneira, encontramos diante de uma pirâmide, cujo vértice ideal está no centro da terra e cuja base está no céu, da qual a superfície é um setor. Os lados da pirâmide teoricamente não podem ser paralelos. O ângulo, contudo, é tão pequeno, que os lados da pirâmide poderiam ser tidos como paralelos. Pode afirmar-se, então, ter a propriedade imóvel a forma de um HEXAEDRO RETO, cujo corte está representado pela superfície, cujas bases se acham no infinito, uma no seio da terra, outra no espaço aéreo.

A propriedade imobiliária, continua a imaginosa abstração, surge assim claramente divisível em três partes: 1ª — a porção subterrânea; 2ª — a superfície; 3ª — porção aérea. Conclui o autor, asseverando ser a superfície um plano, insuscetível por conseguinte de divisão horizontal, sendo as outras porções, em contrapartida, divisíveis vertical ou horizontalmente, sem limitação alguma.

Relevadas algumas liberdades a que a imagem se permite com princípios jurídicos vigentes — sobretudo o da limitação do que está superior ou inferior ao solo à medida da utilidade do exercício do direito e do interesse do titular —, ela termina por clarificar, inteligente e elegantemente, a idéia da superfície como um PLANO — largura e extensão, sem profundidade, sem espessura.

(22) GARRIGOS (Alejandro Von Der Heyde), "La División Horizontal de la Propiedad Edificada — Contribución Jurídico-Económica al Problema de la Vivienda", ed. Universidad Buenos Aires, 1936, p. 13.

2.3. Ao longo substancialmente de premissas análogas, a doutrina francesa oferece interessante verificação explicitada, entre outros, pelos MAZEAUD (23), pelo próprio Código Civil francês (art. 552) e detectada por TEIXEIRA DE FREITAS (24): A PROPRIEDADE COMO UM VOLUME.

Dizem ser o direito de propriedade um direito EM VOLUME. Não incide apenas na surface do solo. Nenhum cultivo ou construção seria possível se o direito de propriedade não tivesse por objeto um volume. A evolução social limitou a extensão da propriedade referida no artigo 552, do Código Civil francês, mas não deixa de ser verdadeira a afirmação de que "La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous".

2.4. Postas as premissas acima, é-nos possível afirmar: superfícies é o plano que idealmente separa as colunas que, relativamente a ele, se colocam em posição superior e inferior ao longo de toda a sua extensão e largura.

2.5. Vale considerar que a superfícies não é acessório do solo. É parte integrante dele. Infere-se, em nosso direito, por exemplo, dos artigos 43, I, 61, III, e 526, todos do Código Civil brasileiro.

3. Conceptualmente determinado o que seja superfícies passa-se à definição de direito de superfície.

Evidente que a conceituação variará em função de determinado direito positivo considerado, da posição desse ordenamento em face do instituto.

Procuraremos enunciá-lo de maneira ampla, de forma a abranger, com a noção, o direito de superfície como ele é tratado pela doutrina mais moderna: conceito elaborado como fruto da teoria geral do instituto.

(23) MAZEAUD (Henri et Leon) — MAZEAUD (Jean), "Leçons", cit., tomo cit., nº 1357, p. 1116.

(24) TEIXEIRA DE FREITAS (Augusto), "Consolidação das Leis Civis", ed. B. L. Garnier, Rio, 1876, nota ao art. 884, p. 525: "Ao domínio com aplicação extensiva ao alto e baixo do solo chama o Direito Francez — droit de dessus — droit de dessous, e que bem chamaremos: — direito de sobre — direito de sob. Direito de sobre, como no direito de superfície. . ."

3.1. Será conveniente deixar registradas algumas conceituações constantes da doutrina pátria, em que os autores revelam notório comedimento no tratamento da matéria ou, até mesmo, se absterem de qualquer alusão.

Alguns, certamente, por tratar-se de instituto não contemplado no Código Civil brasileiro; outros em razão, talvez, da confessada antipatia que lhe devotam, pelo menos atualmente não mais justificada, como se demonstrará, no curso desta tese.

Sem pretender exaurir, na oportunidade, a remissão à doutrina nacional, vejam-se algumas das formulações.

CLOVIS BEVILAQUA proclama que “. . . a superfície. . . consiste no direito real de construir, assentar qualquer obra, ou plantar em solo de outrem”. (25)

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO refere que “. . . a superfície. . . consiste no direito de construir ou de plantar em terreno de outrem”. (26)

WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA anota: “o direito de superfície. . . consiste no direito real de ter plantações (*plantatio*), fazer semeaduras (*satia*) ou construir edifícios (*inaedificatio*) em terreno de propriedade alheia”. (27)

Autor do Anteprojeto de Código Civil de 1963, cujo texto preconizava a reentronização do direito de superfície no ordenamento brasileiro, — como adiante se verá — ORLANDO GOMES assim define o instituto: “Superfície é o direito real de ter uma construção ou plantação em solo alheio.” (28)

(25) BEVILAQUA (Clovis), “Código Civil Comentado”, vol. III, ed. Paulo de Azevedo Ltda., 1950, RJ-SP-Belo Horizonte, coments. art. 674, p. 239, in fine.

(26) MONTEIRO (Washington de Barros), “Curso de Direito Civil — Direito das Coisas”, 3<sup>o</sup> vol., cit., p. 14-15.

(27) BATALHA, (Wilson de Souza Campos), “Loteamentos e Condomínios” Tomo II, ed. Max Limonad. S.P., 1953, que trata, com alguma detença, do direito de superfície, sobretudo com remissões ao direito romano e ao direito comparado (p. 15-21), sem, contudo, nessa oportunidade, esboçar conceituação, o que acontece às p. 75-76.

(28) GOMES (Orlando), “O direito de Superfície”, p. 35, artigo publicado in “Jurídica”, revista do Instituto do Açúcar e do Alcool, nº 119, ano XVII, out-dez. 1972.

De maneira mais abrangente, CARLOS MAXIMILIANO traça os contornos do direito de superfície: “Superfície é um direito real, consistente em ter edifício próprio ou plantações sobre terreno alheio”. (29). O jurista, ao mencionar “. . . edifício próprio. . .”, já inclui desenganadamente no âmbito do conceito formulado a noção relevante da propriedade superficiária. Isso é importante porque exatamente indica, como se verá, a distância histórica fluindo desde o *ius superficiei* romano até o direito de superfície moderno.

3.2. Nenhum dos conceitos acima, como enunciados, reflete o estágio atual da doutrina moderna. Não focalizam a categoria com a riqueza dos matizes que lhe dão presentemente a dogmática e os sistemas jurídicos de outros países.

Propomos a seguinte conceituação para o direito de superfície: é o direito real autônomo, temporário ou perpétuo, de fazer e manter construção ou plantação sobre ou sob terreno 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.

Toda definição é perigosa. Deve primar pela síntese.

A aparência analítica, no caso, é resultado necessário da índole naturalmente compósita, apresentada pela relação jurídica de que se trata.

O conceito proposto toca os extremos da fisionomia do instituto.

Enfatiza os aspectos característicos da relação, na situação vária em que pode ser surpreendida no comércio jurídico:

a) autonomia do “*ius superficiei*” (*rectius*, da concessão para construir ou plantar) diante dos outros direitos reais limitados: “é o direito real autônomo. . .”;

b) a concessão para construir ou plantar, em si mesma: “. . . direito de fazer construção ou plantações sobre ou sob terreno alheio. . .”;

(29) MAXIMILIANO (Carlos), “Condomínio — Terras, apartamentos e andares perante o Direito”, ed. Freitas Bastos, RJ-SP, 1950, nº 80, p. 106.

c) a **propriedade separada superficiária**: “. . . é a *propriedade — separada do solo — dessa construção ou plantação. . .*”;

d) a **propriedade separada superficiária, gerada por cisão**: “. . . , *bem como é a propriedade decorrente da aquisição feita ao dono do solo de construção ou plantação nele já existente.*”

Esses momentos podem existir isolada ou sucessivamente, e nessa última hipótese o primeiro momento é pressuposto essencial do segundo: o que se quer desde logo afirmar é que não há **propriedade separada superficiária** (c, supra), em princípio, sem concessão para construir ou plantar (b, supra); que, na **propriedade separada superficiária, gerada por cisão** (d, supra), inexistente logicamente, em princípio, o **antecedente da concessão para construir ou plantar** (b, supra).

Esses momentos, no curso do trabalho, merecerão o indispensável destaque. Serão progressivamente clarificados até que se alcance noção exata do seu significado, sua vida, sua coexistência, sua autarquia, sua atualidade ou virtualidade, seu afloramento após quiescência temporária.

Enfim, serão lançadas luzes sobre suas vicissitudes no riquíssimo e variado mundo do direito de superfície, enquanto direito real limitado ou quando já propriedade separada superficiária. Mundo só desinteressante para quem não tem a paciência dos olhos de ver. Mundo só desimportante para quem não teve tempo de compreender que a regulamentação expressa, adequada, e imediata, do direito de superfície, talvez possa ser a efetiva contribuição do direito para a solução de alguns dos nossos mais angustiantes problemas sociais de nossos dias, como afinal serão deduzidos, e pretende fazer crer o autor deste trabalho, em razão de estar disso plenamente convencido.

3.3. Em função do conceito do direito de superfície, estabelecem-se alguns critérios terminológicos, evitando assim dúvidas na comunicação.

Em direito, como em todos os domínios do conhecimento, distinguir é tudo. Para distinguir, a nominata é essencial.

Quem outorga o direito de construir ou plantar, ou aliena separadamente a construção ou plantação, é **concedente, proprietário do solo (dominus soli)**; o outro sujeito da relação jurídica é o **concessionário, superficiário, proprietário da construção ou proprietário da plantação** (se a relação houver chegado a esse estágio, ou tiver nele iniciado); **direito de superfície** abrangerá tanto o **direito de construir ou plantar**, como a **propriedade superficiária** (separada do solo), nascida da concessão ou advinda da cisão de construção ou plantação já existente; **superfície** ou **bens superficiários** serão o bem ou complexo de bens objeto da propriedade superficiária (ressalvado o sentido vernacular já exposto); **negócio superficiário** será aquele, unilateral ou bilateral, constitutivo do direito de superfície.

O texto, no tocante ao direito de superfície, deixará sempre claro se a referência se faz em sentido lato, direito compósito abrangendo os dois direitos componentes, ou em sentido estrito, ora aludindo a **direito de superfície, enquanto direito de construir ou plantar**, ora referindo a **direito de superfície, enquanto propriedade separada superficiária** (em sinonímia perfeita, também denominada **propriedade superficiária** ou **propriedade superficiária separada**).

4. Determinado o conceito, convencionados os critérios básicos terminológicos, já se torna oportuno girar o objeto e a finalidade do trabalho.

4.1. Destina-se ele, em sua parte inicial, a fixar a moderna concepção do direito de superfície.

4.2. Para tanto, se afigura indispensável uma projeção histórica do instituto, para o fim de achá-lo em sua origem no direito público, acompanhar sua passagem ao direito privado e sua evolução, no direito romano, de simples relação jurídica obrigacional até assumir a configuração de um *ius in re aliena*.

No tema, a incursão ao direito romano não tem um valor simplesmente histórico, mas, como reitera MACKELDEY, é *“instrumento de investigação poderoso”* (30), para a compreensão, pela antítese, do corte do moderno direito de superfície.

(30) MACKELDEY (P.), “Introdução ao Estudo do Direito Romano”, in “Elementos de Direito Romano”, de BENTO DE FARIA (Antonio), ed. J. Ribeiro dos Santos, RJ, 1907, p. 11-12, nota 1.



Valiosa uma notícia do direito intermédio, quando o princípio da acessão — superfícies solo cedit — chega a sofrer aplicação inversa — prevalência dos bens superficiários sobre o solo, e até mesmo se possibilita o reconhecimento da doutrina das propriedades separadas com titulares distintos, uma tendo por objeto o solo, outra os bens existentes sobre a superfície, até chegar-se à época das grandes codificações, assumindo a análise, a partir desse instante, feição comparatista.

4.3. Lavraremos fecundamente no mais restrito daqueles dois círculos concêntricos com que LAMBERT concebe para si o que proclama ciência do direito comparado (31), círculo constituído pelas legislações dos sistemas jurídicos mais importantes, com o fim de absorver conceitos, técnicas, extrair regras essenciais, visando à formação daquele “fundo geral de concepções” buscado pelo comparatista, fonte da vida da teoria geral do direito de superfície tracejada neste trabalho.

Praticaremos, em matéria de direito de superfície, o direito comparado preconizado por RENÉ DAVID: o método comparativo aplicado ao terreno das ciências jurídicas. (32)

4.4. Em seguida, trabalharemos o material fértil, cheio de desafios, oferecido pelo tema, para a explicitação de uma teoria geral do direito de superfície.

Já o havendo conceituado neste capítulo introdutório, determinaremos a natureza jurídica do instituto, estabelecendo o discrimine em face de outros direitos reais limitados e situações jurídicas a ele assemelhadas, discorreremos sobre as espécies de direito de superfície, sobre a estrutura da relação jurídica em causa, reduzida à expressão dos elementos subjetivo e objetivo.

Continuaremos o desdobramento da teoria geral, surpreendendo o instituto nas suas fases dinâmicas (constituição e extinção), na sua fase estática (produção dos efeitos), lidando também com os aspectos ligados à duração do direito de superfície e à sua proteção.

4.5. Enfocaremos o direito de superfície e o direito civil brasileiro, no período pré-codificado, no ordenamento vigente, bem como

(31) ARMINJON (Pierre), NOLDE (Boris) e WOLFF (Martin), “Traité de Droit Comparé”, Tomo I, ed. “Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence”, 1950, Paris, nº 16, p. 36.

(32) DAVID (René), “Tratado de Derecho Civil Comparado”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madri, 1953, p. 5, in fine.

o tratamento dado à espécie pelas tentativas de reforma do Código Civil brasileiro.

4.6. Chegaremos finalmente às conclusões, arroladas ao final do trabalho.

Essa a tarefa a que nos propomos.

## CAPÍTULO II

1 — Notícia histórica do direito de superfície. As vicissitudes do princípio da acessão ao solo. O direito de superfície e o direito romano. 2 — O direito de superfície e o direito intermédio. 3 — O advento das grandes codificações do século XIX e o direito de superfície.

1. Os romanistas e civilistas — estrangeiros e pátrios — registram a presença do direito de superfície no direito romano. (33)

(33) RUGGIERO (Roberto de), “Instituições de Direito Civil”, volume II, ed. Saraiva, 1972, S.P., p. 455,456; BONFANTE (Pedro), “Instituciones de Derecho Romano”, ed. “Instituto Editorial Reus”, s/d, Madri, p. 348-354, 356; ARANGIO-RUIZ (Vincenzo) “Istituzioni di Diritto Romano”, ed. “Casa Editrice Dott. Eugene Jovene”, 1977, Nápoles, p. 258-261, 267, 280, 347; SIMONCELLI (Domenico), Novo Digesto Italiano, v. “Superfícies” (Diritto di), p. 1224; SALIS (Lino), “La Proprietà Superficiarìa”, op. cit., passim, “La superficie”, edições 1958 e 1949, UTET, Turim, passim, Verbete “Superficie (Diritto vigente)”, in “Novissimo Digesto Italiano”, vol. XVIII, ed. UTET, 1971, Turim, p. 944 e segs.; PALADINI (Andrea), “Novissimo Digesto Italiano”, vol. cit., Verbete “Superficie (Diritto romano)”, p. 941-944; ROSSI (Lanciotto), in “II Digesto Italiano”, verbete “Superficie (Diritto di)”, ed. UTET, 1925, Turim, p. 19 e segs.; GUARINO (Antonio), “Diritto Privato Romano”, ed. Jovene, Napoli, 1976, p. 671 e segs.; PETIT (Eugène), “Traité Elementaire de Droit Romain”, ed. Arthur Rousseau, 1909, Paris, p. 249-250; BEVILACQUA (Clovis), “Código Civil Comentado”, vol. III, ed. Paulo de Azevedo Ltda. (Liv. Fco. Alves), 1950, Rio, p. 239, idem ed. Editora Rio, vol. I, 1977, p. 1141, “Direito das Coisas”, vol. 1, ed. Freitas Bastos, 1951, p. 282, idem, vol. 1, ed. Forense, 1956, p. 256, idem, ed. Rio, 1976, p. 306; VEIGA (D. Agapito da), “Manual do Código Civil” LACERDA (Paulo de), Tomo IX, parte primeira, ed. J. Ribeiro dos Santos, 1925, p. 27; CORREIA (Alexandre) — SCIASCIA (Caetano), “Manual de Direito Romano”, vol. I, ed. Saraiva, S.P., 1953, p. 204-5; GOMES (Orlando), artigo “O Direito de Superfície”, in “Jurídica”, rev. cit., p. 34; NOGUEIRA (Adalicio Coelho), “Introdução ao Direito Romano”, ed. Forense, Rio-SP., 2ª vol., 1971, p. 113-114; CHAMOUN (Ebert), “Instituições de Direito Romano”, ed. Foren-

1.1. Já se aludiu, no Capítulo I, item 1.1, ao vigor do princípio romano da *accessão*, *superficies solo cedit*, explicado por ARANGIO-RUIZ pela exasperação do critério da absoluta senhoria sobre a coisa.

Efetivamente, em direito romano, o proprietário da terra era titular, não somente de um direito exclusivo e amplíssimo de disposição do solo, como também se beneficiava igualmente de um direito exclusivo sobre a coluna de terra subjacente ao solo e sobre a coluna de espaço a ele superior. Direitos que se não podiam cindir, de molde a concebê-los separadamente daquele que tinha por objeto o solo.

O proprietário adquiria o domínio de tudo o que viesse a integrar as ditas colunas de terra e espaço, em virtude do direito de *accessão*, tido como consequência natural e necessária do direito de propriedade.

Daí talvez a razão pela qual POTHIER, a seu tempo, ainda afirmar que *"a accessão é uma maneira de adquirir o domínio que é do direito natural. . ."* (34). (O grifo é nosso).

A propriedade romana dos chamados bens de raiz era quase como se fora um pequeno território independente. Tudo o que a ele acrescesse ou nelê se incorporasse pertenceria (*ratione naturalis*), por *accessão*, ao proprietário. Conseqüentemente, a edificação erigida sobre o solo não poderia ser de outrem que não o seu dono. Essa rigidez de princípios se tornou inconveniente na medida em que cresciam as cidades e se desenvolviam as obras públicas. O solo romano, vale lembrar, bem cedo se havia reduzido a ser propriedade de corporações e de uns poucos particulares. (35)

Eis em última análise a causa do nascimento do direito de superfície: necessidade de adaptação às condições sociais dos novos tempos,

se, R.J., 1951, p. 267-268; NOBREGA (Vandyck Londres da), "História e Sistema de Direito Privado Romano", ed. Freitas Bastos R.J-SP., 1955, p. 295; WOLFF (Martin), "Derecho de Cosas", vol. 2º, in "Tratado de Derecho Civil", Tomo III, Ennaccerus, Kipp-Wolf, trad. espanhola GONZALEZ (Blás Pérez) — ALGUER (José), ed. Bosch, Casa Editorial, 1944, Barcelona; BATALHA (Wilson de Souza Campos), "Loteamentos e Condomínios", op. cit., Tomo II, nº 157, p. 15; MONTEIRO (Washington de Barros), op. cit., p. 14-15; ARDITI (Alejandro Borzutzky), "El Derecho de Superficie", Editorial Andres Bello, Santiago do Chile, 1972, p. 29 e segs.

(34) POTHIER, "Oeuvres" cit., tomo cit., nº 150, p. 150.

(35) BONFANTE, op. cit., p. 363.

dando-se paliativo às conseqüências anti-econômicas do conceito romano de domínio.

Assim, embora a genialidade dos romanos tenha formalmente preservado até a época justinianéia a inteireza do princípio da *accessão*, o espírito criador encontrou meios de conferir ao edificador em solo alheio o direito de gozo sobre o resultado de sua atividade.

1.2. Não merecem sufrágio algumas hipóteses, hoje descartadas, relativas à origem do direito de superfície.

Entre essas cogitações, atualmente de significado só ilustrativo, vale citar a que localizaria o exemplo inicial de direito de superfície na concessão do terreno em que foi construída Cartago. Outra dessas origens — guarda apenas o sabor de narrativa despida de qualquer base demonstrável — é a que aponta, como caso primeiro de direito de superfície, o fato narrado por DIONISIO, segundo o qual, ao tempo da *Lex Icilia de Aventino* publicando do ano 298 da fundação de Roma, teria sido concedido a muitas famílias plebéias, por carência de meios, o direito de habitar o Aventino, cada uma morando em um pavimento de casas construídas, às expensas comuns. Esse fato, contudo, caracterizaria simplesmente hipótese de uma *communio pro indiviso* entre os vários construtores, atribuindo-se-lhes os pavimentos separados a título de mero gozo. (36)

1.3. Vestígios concretos da existência do direito de superfície são os ensejados por duas inscrições mencionadas pelos textos dos romanistas. Uma, encontrada em Montecitorio, em escavações realizadas em setembro de 1777, remonta a 193 D.C.; outra, descoberta em 1861, em Pozzuoli, que, com razoável dose de certeza, se localiza também na era cristã, segundo século. (37)

Importa salientar não serem as duas inscrições expressas no aludir ao direito de superfície, asseverando, porém, os estudiosos inexistir dúvida de que a ele se refiram.

Na primeira, se menciona a concessão de uma área pública, perto da coluna de Marco Aurélio, a um certo ADRASTO, para nela fazer

(36) ROSSI (Lanciotto), "Il Digesto Italiano" cit., verbete cit., p. 23, nº 8.

(37) ROSSI (Lanciotto), "Il Digesto Italiano" cit., verbete cit., p. 24-25.

uma construção, mediante o pagamento de um *solarium* (quantia periódica), cabendo-lhe o direito de gozo do edifício *sui iuris*, transmissível aos herdeiros, sem que contudo ocorresse a transferência da propriedade da área ao concessionário.

Quanto à segunda inscrição, versa-se a concessão, pela cidade de Pozzuoli, de solo comunal em favor de L. ATIMETO, também com a finalidade da edificação de uma construção sobre o mesmo, sem entrega do domínio do solo, e com a obrigação do pagamento de *solarium*. Anota COVIELLO ("*Della superficie*", in Arch. Giur. XLIX, 42) não colher a objeção de que, no caso, não se trataria de verdadeiro direito de superfície, já que o gozo estava restrito à vida do concessionário; isso porque a dita limitação, para o referido autor, constituiu uma condição da remissão do *solarium*, remissão que, em não existindo, faria com que a concessão devesse ser entendida como transferível aos herdeiros. (38)

1.4. Em realidade, a origem do direito de superfície está nas concessões de solo público (do *populus romanus*, *municipia* e outras comunidades locais) a particulares, dando-lhes a faculdade de nele construir e gozar da construção de modo exclusivo.

A relação entre o concedente e o concessionário era de caráter obrigacional, sendo que o segundo pagava ao primeiro um *solarium*, que tinha a natureza do *vectigal* e significava igualmente o reconhecimento da propriedade do titular do solo público. Abstração feita de alguns pontos característicos — como a natureza dos terrenos que dela podiam ser objeto e do *solarium* a ser periodicamente pago ao concedente, como um ônus real, à semelhança de um imposto — dita relação guardava analogia com a decorrente da locação. (39)

Supervenientemente, a pressão do desenvolvimento edilício determinou se admitisse também a outorga entre particulares de semelhantes concessões.

Aceita-se terem origem ditas relações basicamente no arrendamento (*locatio conductio*), oferecendo assim campo para intensa disceptação entre os romanistas o saber se igualmente fluíam da compra e ven-

(38) apud ROSSI (Lanciotto), "Il Digesto Italiano", cit., verbete cit., p. 25.

(39) ROSSI (Lanciotto), "Il Digesto Italiano", cit., verbete cit., p. 25.

da (*emptio venditio*). Essa matéria será analisada com detença maior, no Capítulo IV, Seção II, deste trabalho, ao proceder-se à análise do tema da constituição do direito de superfície. Cabe aludir, desde logo, à possibilidade de essas concessões acontecerem *donationis causa*, sem a obrigação de pagamento de contraprestação pelo beneficiário.

Preleva insistir em que a relação era, ao início, de caráter obrigacional, encontrando o superficiário a proteção de seus direitos em uma *actio in personam, ex conducto* ou *ex empto*, essa última no caso de admitir-se a *emptio venditio* como fonte da relação obrigacional superficiária.

A tutela dos direitos do concessionário se operava também pelo *interdictum de superficiebus*, de natureza proibitória, impeditivo do uso da violência para tirar ao concessionário o gozo da superfície (edificação superficiária). Esse remédio era análogo ao *interdictum uti possidetis*, que obstaculizava a utilização da violência para fins de mutação no estado de posse de um imóvel. O *interdictum de superficiebus* pressupunha o efetivo exercício do gozo pelo superficiário, endereçando-se dessa forma à proteção de um estado de fato, desde que esse estado fosse conforme à concessão (*ex lege locationis*).

As novas condições econômicas e sociais vividas em Roma exigiam cada vez mais transformações maiores do ordenamento jurídico.

Foi assim que, através de uma mitigação cada vez mais acentuada do princípio da acessão, se chegou ao direito justiniano, quando se reconheceu verdadeiro caráter real ao direito do superficiário sobre a construção (desde que se não tratasse de uma concessão *ad tempus*), direito que se via em princípio, *causa cognita*, salvaguardado por uma *actio in rem* ou uma *utilis vindicatio*. (40)

Romanistas do porte de BIONDI ("*La categoria romana delle servitutes*", Milão, 1938, pág. 539) sustentam a tese de que o superficiário no direito justiniano era considerado verdadeiro proprietário da construção, enquanto, em posição oposta, outros, como PUGLIESE ("*Note sulla superficie nel diritto giustiniano*" — Studi Segrè, 1943), repudiam essa colocação. (41)

(40) BONFANTE (Pedro), op. cit., p. 354.

(41) apud PALADINI (Andrea), verbete cit., p. 943.

Reúne a adesão da maioria dos estudiosos a segunda posição que nega ao concessionário, no período justiniano, o direito de propriedade sobre a construção.

Refere ROSSI a transformação, por obra do pretor, da natureza da categoria em estudo, e, quando o magistrado concede ao superficiário a ação real, o direito de superfície passa a ser um direito real, que se não pode identificar com a propriedade, embora um *ius in re aliena* com todas as vantagens desse direito maior. Essa extensão dilargada do direito de superfície, levou COVIELLO a afirmar — quem reporta o asserto é o citado ROSSI — que “o direito de superfície, se bem que praticamente fosse equiparado à propriedade, juridicamente não era senão um *ius in re aliena*”. (42)

Essa circunstância da amplitude do poder do superficiário seguramente levou SIMONCELLI a fazer a seguinte observação aguda, que, pelo modelar enfoque da questão, merece transcrito:

*“Avvertiamo subito che la forma originaria e tipica della superficie in Roma fu la locazione di un solo ad un superficiario che vi elevava un edificio per goderlo in perpetuo o per lungo tempo.*

*In essa i rapporti sarebbero dovuti essere due: 1º del superficiario col suolo, e questo c’era, ed era locazione onde si pagava il solarium; 2º del superficiario coll’edificio, e sarebbe dovuto essere un rapporto di proprietà.*

*Ma si opponeva la regola dell’accessio, onde l’appartenanza dell’edificio al superficiario poteva paragonarsi a quello delle miglioni per l’enfiteuta, e cioè ad un rapporto soltanto di fatto.*

*Comunque, il rapporto di superficie era tutelato con l’actio in rem e si riconosceva al superficiario un ius in re. Questo ius in re aliena si concepisce sia in modo da riguardarsi como res aliena tanto il suolo quanto l’edificio o altra accessione qualsiasi; sia in modo che il suo contenuto trae la sua determinazione dal concetto che il superficiario abbia più che un diritto sulla cosa altrui. Questo dippiù è il godimento illimitato dell’edificio.” (43)*

(42) ROSSI (Lanciotto), “Il Digesto Italiano” cit., verbete cit., p. 26.

(43) SIMONCELLI (Domenico), Novo Digesto Italiano, cit., verbete cit., p. 1224.

1.5. A consulta aos romanistas permite ter-se como razoavelmente certas as afirmações seguintes:

(a) o direito de superfície teve sua origem nas concessões de terrenos públicos, tal como a enfiteuse, embora mantenha com esse *ius in re aliena* pontos de distinção também no direito romano, como se verá, no momento em que se indicarem as diferenças entre o direito de superfície e outros direitos reais limitados;

(b) em época que se não pode precisar com absoluta segurança tornou-se corrente a concessão em tela, entre particulares, tendo-se assim que o instituto migrou do direito público para o direito privado;

(c) a relação superficiária surgia ordinariamente do contrato de arrendamento (*locatio conductio*); sendo matéria controvertida se podia igualmente decorrer de uma compra e venda (*emptio venditio*);

(d) a relação superficiária podia fazer-se a título oneroso, mediante o pagamento de uma prestação anual (*solarium*) ou de uma só quantia (quando para alguns se caracterizaria uma *emptio venditio*), ou, ainda, a título gratuito, *donationis causa*;

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

(f) o pretor, na sua obra genial de secundar, completar ou corrigir o direito civil (44), conferiu ao superficiário, *causa cognita* (consideradas as circunstâncias do caso concreto), ação real, transmudando assim o direito de superfície em direito real;

(g) por mais amplo que pudesse ser considerado o direito do superficiário, seja analisada a relação com a construção, seja com o solo — equiparando-se, talvez, de fato seu posicionamento ao de um proprietário da construção — afirmam os romanistas que o direito justiniano, como enunciado no *Corpus Iuris Civilis*, não permite referir seja dito

(44) apud MATOS PEIXOTO (José Carlos de), “Curso de Direito Romano”, ed. Companhia Editora Fortaleza, R.J., 1950, p. 70: “*ius praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam (D.1, 1, de iustitia, 7, 1)*”.

**direito de superfície qualificado senão como um direito real sobre a coisa de outrem**, permitindo ao concessionário edificar sobre o solo e gozar amplamente da construção nele levantada, na conformidade da concessão;

(h) o princípio romano da acessão ficou preservado, pelo menos formalmente, até inclusive a fase justinianéia.

Aspectos outros do instituto no direito romano serão mencionados ao longo do texto deste trabalho, sobretudo quando forem alvo de atenção específica os principais momentos de sua teoria geral, os extremos da sua dogmática.

1.6. Não será demais esclarecer, desde logo nessa oportunidade, não aludirem as fontes a um direito de superfície relativo a plantações, árvores ou vegetações, cultivadas ou não. (45)

2. 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 seu aproveitamento determinaram uma mudança de rumo, impondo ao direito tutela mais eficaz do resultado do trabalho em face do poder do *dominus soli*.

Esse poder, acastelado inicialmente na rigidez do princípio *superficies solo cedit*, perdia substância. Cedia lugar aos direitos de quem, com os seus esforços e trabalho, produzia sobre o solo de outrem.

Na codificação justinianéia encontram-se textos em que se favorece a posição de quem trabalha terras não cultivadas, garantindo-lhe o gozo do resultado de sua atividade, fazendo do trabalho verdadeira causa de aquisição de terras incultas, públicas ou privadas. (46)

(45) SALIS (Lino), "La Proprietà Superficiarìa" cit., p. 9; anotar, porém, que o mesmo SALIS, pouco adiante, à p. 24, registra que "già nel período dell'Impero Romano assistiamo infatti ad un fenomeno molto interessante, ad una especie di capovolgimento delle norme sull'accessione. Il fatto di migliorare dei fondi *deserti* od *abbandonati*, di introdurre in essi delle coltivazioni, produceva l'acquisto, non solo delle *coltivazioni*, ma anche del terreno a favore di colui che avesse migliorato, che avesse introdotto le coltivazioni".

(46) apud, ROSSI (Lanciotto), "Il Digesto Italiano", cit., verbete cit., p. 44: L. 7 pr., Cod., XI, 59; L. 2, Cod. XI, 71; L. 17, Cod., XI, 59.

2.1. O direito bizantino ultrapassou a posição do reconhecimento do trabalho como causa de aquisição do solo, estabelecendo efetivamente princípio oposto àquele que, em direito romano, dominava o fenômeno da acessão ao solo: **quod solo inaedificatur solo cedit**. Assinala ROSSI que nas "*Leges rusticae*" se dispunha que, no caso de construção ou plantação de vinha em solo de outrem, consentindo o proprietário da terra, não podia este pretender fosse a edificação demolida ou a vinha extirpada, tendo apenas o direito de ver-lhe adjudicada em contrapartida parte do terreno igual àquela ocupada pela construção ou pela vinha. (47)

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

Os germanos qualificavam como móvel tudo o que pudesse ser destruído pelo fogo, sendo de notar que a maioria das casas eram construídas unicamente de madeira, consideradas até o século XVI integrantes do patrimônio móvel e não como partes essenciais do solo, podendo conseqüentemente as construções serem vendidas, permutadas ou doadas, independentemente do solo. (48) Foram levados assim necessariamente a conferir relevância maior a tudo que fosse unido ao solo. As habitações primitivas, como já mencionado, transportáveis e feitas de lenha, favoreciam a concepção de uma propriedade de construção separada da do solo.

Não prevalece para o direito germânico o princípio *superficies solo cedit*: o que constrói ou planta em solo alheio, ressalvada a ocorrência de má-fé, é proprietário da construção ou plantação, podendo livremente demolir e extirpar, levando consigo o material remanescente.

2.3. Na era medieval, por influência do direito germânico, o direito do superficiário prevalece sobre o instituto da acessão ao solo, e vários estatutos das cidades italianas isolam a propriedade do que está

(47) apud ROSSI (Lanciotto), "Il Digesto Italiano", cit., verb. cit., p. 45, aludindo à Lei X, 1, 4.

(48) SALIS (Lino), "La Proprietà Superficiarìa" cit., nº 10, p. 26; ARDITI (Alejandro Borzutzky), "El Derecho de Superficie" cit., nº 53, p. 64, invocando texto de GONZALEZ (Jeronimo), "El Derecho Real de Superficie", Ed. Libreria General de Victoriano Suárez, Madri, 1922.

sobre o solo de outrem, concebida como propriedade separada da do solo. (49)

O direito do concessionário se estrutura na linha do princípio germânico da propriedade distinta, ao invés de seguir o corte da concepção romana da acessão.

Vale estar atento à aguda observação de alguns estudiosos, enfatizando a resistência e a força dos princípios romanos da acessão e da incindibilidade do domínio do solo e do que lhe está incorporado, quando em confronto com os princípios adversos do direito bárbaro, hebreo-oriental e os costumes do direito vulgar.

Se no tocante à superfície, tendo por objeto plantações, admitia-se francamente a possibilidade de uma propriedade separada, o mesmo não se passava relativamente à construção sobre o solo de outrem. Nesse caso, a concepção romana do direito de superfície como um *ius in re aliena* se transforma porque se reconhece ao edificador um direito de domínio sobre a construção; mas esse domínio útil, sob vários aspectos, conserva algumas características do *ius in re aliena* romano, na medida em que o proprietário da construção é obrigado ao pagamento de um cânon ao proprietário do solo e a concessão *ad aedificandum* é muitas vezes temporânea. (50)

Dá a afirmação de HEDEMANN de que o direito de superfície na Idade Média deu base, juntamente com a enfiteuse, à doutrina da propriedade dividida. (51)

2.3.1. Merecem referência alguns institutos apontados como análogos ao direito de superfície, consagrados em algumas cidades italianas.

O primeiro deles é o contrato *ad partionem*, bastante difundido no sul da Itália, apontado como resquício medieval do princípio romano da acessão. Havia nesse caso a concessão de um terreno, assumindo o concessionário as obrigações de nele cultivar uma vinha, e, por outro lado, comprometendo-se perante o proprietário do solo a pagar-lhe

(49) SIMONCELLI (Domenico), "Novo Digesto Italiano", cit., verbete cit., p. 1224.

(50) SALIS (Lino), "La Proprietà Superficialia", cit., nº 13, in fine, p. 33.

(51) HEDEMANN (Justus Wilhelm), "Trat." cit., vol. cit., Derechos Reales, p. 310.

uma soma (terrático) ao longo do tempo em que a vinha estivesse por produzir frutos; de dar-lhe vinho enquanto o vinhedo estivesse produzindo uvas, não estando, contudo, completamente formado; e finalmente, quando assim ocorresse, conforme verificação de especialistas, o terreno seria dividido em partes iguais, uma ficando na propriedade do dono da terra, a outra transferida ao domínio do concessionário. Posteriormente, houve muitas vezes a instituição em favor do proprietário de um direito de preferência à aquisição da parte do concessionário em caso de venda, e, vez por outra, se encontrava ajustada idêntica prelação como direito do concessionário. Essa figura contratual é tida como tributária dos dois princípios reitores do regime da propriedade imóvel a que nos vimos referindo — romano e germânico —, cada um contribuindo com igual intensidade de influência. (52)

Outro direito a ser mencionado é o *ius intraturae*, contemplado em vários estatutos de corporações de Florença. Alguns o caracterizaram como verdadeira propriedade mercantil, consistindo no direito que tinha o comerciante legalmente estabelecido, desenvolvendo sua atividade em determinado local arrendado durante certo número de anos, de não ser dele deslocado (*ius stantiandi*) senão nos casos previstos, facultando-se-lhe, inclusive, trespassar o estabelecimento. (53)

Finalmente, ponha-se em tela o *ius di gazağà* (palavra hebraica indicativa de *posse contínua*). A espécie é referida como mantendo pontos de aproximação mais intensa com o direito de superfície romano. Instituído pelos pontífices, visava a mitigar a incapacidade dos hebreus de assumirem a propriedade de bens imóveis. Consubstanciava a faculdade de habitar, mais precisamente gozar, inclusive locar, edifício construído sobre solo alheio, podendo o beneficiário nele fazer ampliações e modificações necessárias. Esse direito era perpétuo, podia ser transferido *inter vivos*, a título gratuito ou oneroso, dado em garantia ou transmitido em sucessão. Tinha sua existência subordinada apenas à condição do pagamento ao proprietário de uma quantia, insuscetível de ser majorada, a menos que o proprietário tivesse feito na edificação melhoramentos de utilidade evidente para quem dela usu-

(52) ARDITI (Alejandro Borzutzky), "El Derecho de Superficie" cit., nº 56, c, p. 67; ROSSI (Lanciotto), "Il Digesto Italiano", cit., verbete cit., p. 46, nº 53.

(53) ARDITI (Alejandro Borzutzky), "El Derecho de Superficie" cit., nº 56, b, p. 67; ROSSI (Lanciotto), "Il Digesto Italiano" cit., verbete cit., p. 46-47, nº 54.

fruísse. Inicialmente se constituía mediante locação, extinguindo-se, como referido, pela falta de pagamento da dita quantia. (54)

2.4. Ao lado de um direito de superfície secular, pode detectar-se a existência de um direito de superfície eclesiástico, com a Igreja constantemente fazendo concessões dessa natureza. Como nota distintiva cabe esclarecer que o direito de superfície eclesiástico não era alienável. Admitia-se, porém, fosse cedido o exercício do direito. De outro lado, a concessão por breve tempo, quando se tratasse de bens de uma igreja, gerava em favor do locatário direito real, o que não se verificava no direito de superfície secular. (55)

3. O princípio romano da acessão deixou de ser aplicado, como acima evidenciado, ao longo de muito tempo. Somente em época relativamente recente, mais próxima de nós, é que o direito de superfície voltou a ser considerado um *ius in re aliena*. (56)

As primeiras grandes codificações da era moderna não o consagraram expressamente, como por exemplo o Código Napoleônico, o Código Civil italiano de 1865, e o Código Civil espanhol.

Isso, contudo, já roça a beira de nossos tempos. Será alvo de nossa atenção sob a rubrica do direito comparado, sem prejuízo de algumas remissões históricas ainda a serem feitas. Feitas não só no próximo desdobramento, como caminho necessário de chegada ao direito positivo de que se esteja tratando, como também, para melhor esclarecimento, no tema da teoria geral do direito de superfície, de alguns dos aspectos mais relevantes ligados à natureza jurídica do instituto, a sua

(54) ARDITI (Alejandro Borzutzky), "El Derecho de Superficie" cit., nº 56, d. p. 66; ROSSI (Lanciotto), "Il Digesto Italiano" cit., verbete cit., p. 47, nº 55.

(55) ARDITI (Alejandro Borzutzky), "El Derecho de Superficie" cit., nº 51, p. 63; ROSSI (Lanciotto), "Il Digesto Italiano", cit., verbete cit., nº 59, p. 48. SALIS (Lino), in "La Proprietà Superficiaria" cit., nº 4, p. 9, menciona que o instituto da superfície, tendo por objeto construções, continuou a existir após a queda do Império do Ocidente, tendo sido sobretudo a Igreja quem dele se valeu fazendo concessões para edificação em terrenos de sua propriedade, com prazos limitados a 19 ou 29 anos, com a cláusula "ad renovandum", sendo que, invocando SOLMI ("Il diritto di superficie nei documenti italiani del Medio Evo", "Riv. Dir. Civ.", 1915, II, p. 477), assevera, sem distinção entre o direito e seu exercício, que "o direito real que ficava assim constituído em favor do concessionário, era alienável, mas constantemente o concedente se reservava o direito de prelação a um preço geralmente inferior ao normal" (O grifo é nosso).

(56) ROSSI (Lanciotto), "Il Digesto Italiano" cit., verbete cit., nº 53, p. 46.

estrutura, aos personagens da relação jurídica sob análise, aos seus momentos de nascimento, vida, extinção, etc.

### CAPÍTULO III

1 – O direito de superfície e o direito comparado. Os três sistemas jurídicos em função do tratamento dado ao instituto. 2 – Direito francês. 3 – Direito alemão. 4 – Direito italiano. 5 – Direito inglês. 6 – Direito austríaco. 7 – Direito suíço. 8 – Direito holandês e direito belga. 9 – Direito soviético. 10 – Direito espanhol. 11 – Direito português. 12 – Direito argentino.

1. A visão sistemática dos vários ordenamentos em função do direito de superfície permite sua divisão em três grandes grupos.

No primeiro, se incluem aqueles que disciplinam expressamente o instituto, como por exemplo, o direito alemão, o direito italiano, o direito espanhol, o direito holandês, o direito belga, o direito suíço.

No segundo, se arrolam aqueles em que o direito de superfície é resultado de construção doutrinária, qualificando-o como exceção admitida ao princípio da acessão. É o caso, por exemplo, do direito francês e do direito italiano ao tempo do Código Civil de 1865.

No terceiro, se encontram os que não reconhecem a existência do direito de superfície, por isso que não está expressamente consagrado, prevalecendo nesses ordenamentos o critério do *numerus clausus* para os direitos reais, em razão de a taxatividade estar claramente determinada, havendo até mesmo o banimento declarado do instituto, como é o caso da Argentina (57), ou porque a dita taxatividade é resultante de

(57) Artigo 2502, do Código Civil Argentino: "2502. Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá solo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer"; "Art. 2503. Son derechos reales: 1º El dominio y el condominio; 2º El usufructo; 3º El uso y la habitación; 4º Las servidumbres activas; 5º El derecho de hipoteca; 6º La prenda; 7º La an-

pronunciamento doutrinário, hipótese esta ocorrente, como se verá a seu tempo, no Brasil.

Vejamos cada um desses ordenamentos, em referência não exaustiva.

2. O direito francês é de ser incluído no segundo dos grupos acima mencionados. Terminou por consagrar o direito de superfície, em virtude da lavra doutrinária de seus juristas.

Salienta ORLANDO GOMES: o *“Código Francês foi muito prudente na enumeração e disciplina dos direitos reais na coisa alheia. Explica-se o cuidado do legislador. Na época em que foi elaborado, a reação contra os ônus que gravavam a propriedade estava ainda muito acesa. A Revolução os extinguiu. Havia o temor de que recrudescessem. Essa preocupação de eliminar todos os vestígios da ordem econômica substituída levou o legislador ao extremo de não qualificar o uso e o usufruto como servidões pessoais. A enfiteuse e o direito de superfície foram banidos.”* (os grifos são do autor) (58)

Inexiste, até hoje, no direito francês, uma regulamentação genérica do direito de superfície. Os juristas afirmam que sua legalidade não pode ser seriamente contestada, chegando a essa conclusão através da interpretação do artigo 553 do Código Civil francês. (59)

A aludida norma do Código Civil francês — sede de todo o labor da doutrina, forte na demonstração da presença do direito em seu ordenamento — está vazado nos seguintes termos:

ticresis”; ainda do Código Civil Argentino veja-se o art. 2614: “2614 — Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfiteúticos, ni de superficie, ni imponerles censos, ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera que sea el fin de la imposición; ni haber en ellos vinculación alguna”; o Código Civil Argentino foi sancionado pela Lei nº 340, de 29 de setembro de 1869, estando aqui transcrito, nos ditos artigos, conforme edição VICTOR P. DE ZAVALLIA, 1968, Buenos Aires.

(58) GOMES (Orlando), in *“Direitos Reais”*, ed. Forense 1958, Rio, nº 319, in fine, p. 530.

(59) JOSSERAND (Louis), *“Cours de Droit Civil Positif Français”*, Tomo Primeiro, ed. Recueil Siray, 1930, p. 908: “Encore que le Code Civil ne fasse pas expressément mention du droit de superficie, sa légalité ne fait aucun doute; elle est admise en jurisprudence et par les auteurs (Req. 6 mars 1861, motifs., D.P. 1861, 1, 417; 5 nov. 1866, S. 1866, 1, 441, D.P. 1867, 1, 32; 27 avril 1891, S. 1891, 1, 369, note LABBÉ, D.P., 1892, 1, 219); elle ressort implicitement de l'article 553, aux termes duquel les constructions,

*“Art. 553. Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, SI LE CONTRAIRE N'EST PROUVÉ; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment”.*

Como se verifica da lição de JOSSERAND (nota 59, deste trabalho), o direito de superfície desponta implicitamente do art. 553, a teor do qual as construções, plantações e obras presumivelmente pertencem ao proprietário do solo se o contrário não for provado. ”

Entende a doutrina francesa que se o proprietário pode dispor da coisa por partes, tem a faculdade de alienar *“le dessus”*, conservando *“le tréfonds et la surface”*. Diz-se que ele *“aliène le droit de superficie”*. Conseqüentemente, em direito francês, o superficiário é proprietário das construções e plantações.

O direito de superfície derroga o princípio da acessão, separando a propriedade dos bens superficiários da do solo. Inexiste comunhão, copropriedade, sendo cada um proprietário de coisas diferentes. Não há como pensar em partilha.

Não se trata igualmente de servidão, afirmam MAZEAUD-MAZEAUD (59). Ao direito de superfície se aplicam todas as regras da propriedade: pode ser adquirido por usucapião; é suscetível de hipoteca; não se extingue pelo não-uso. As partes, no contrato superficiário, podem limitar o direito de superfície no tempo, ingressando a propriedade das construções ou plantações no patrimônio do proprietário do solo, com ou sem indenização quando da expiração do prazo.

O legislador contempla um direito de superfície no arrendamento para construir (*“bail avec permission de bâtir”*), de que trata a Lei nº 1247, de 16.12.1964. (60)

plantations et ouvrages sont présumés appartenir au propriétaire du sol “si le contraire n'est prouvé”, ce qui consacre bien la possibilité d'une division horizontale entre propriétés superposées”; PLANIOL (Marcel) — RIPERT (Georges), *“Traité Pratique de Droit Civil Français”*, Tomo III, por PICARD (Maurice), ed. *“Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence”*, 1952, Paris, nº 331, p. 325; MAZEAUD-MAZEAUD, *“Leçons de Droit Civil”*, Tomo Segundo, ed. Montchrestien, 1966, Paris, nº 1361, p. 1118.

(60) apud, MAZEAUD-MAZEAUD, *“Leçons”* cit., nº 1361, nota 2, p. 1118.



Essa espécie contratual abre oportunidade a que alguém — não tendo capital para comprar um terreno ou não desejando assumir os riscos da aquisição — tome em arrendamento um terreno não edificado, obtendo a autorização de nele levantar construções, geralmente de menor porte, galpões, oficinas, etc. . . O instrumento disciplinará a condição jurídica da construção, podendo as partes convir em que pertencerá ela ao dono do solo, incidindo o princípio da acessão. Verificada essa hipótese, o arrendamento não dará vida, em sua execução, a um direito de superfície. É lícito às partes, em contrário, acertar suas vontades no sentido de a edificação ser do domínio do arrendatário, cabendo salientar que o ajuste pode ser tácito, fluindo das condições do contrato. Ter-se-á, dessa maneira, um direito de superfície temporário, permanecendo o edificador proprietário da construção enquanto dure o arrendamento. O arrendatário-superficiário poderá hipotecar a construção, devendo as partes prever o destino dela ao término do contrato. Frequentemente, reportam os autores, ajusta-se que a propriedade da construção passe ao *dominus soli*, em alguns casos com indenização, em outros sem indenização. Outras vezes, sobretudo quando as construções não são de valor significativo, o arrendatário se obriga a levantá-las à sua custa, entregando o terreno raso e nivelado, no estado anterior ao contrato.

Outra forma de arrendamento aproximado do direito de superfície é “*le bail à domaine congéable*”.

Essa forma particular de arrendamento, usada na Baixa Bretanha, tem raízes antigas, tendo sobrevivido às leis abolidoras editadas pela Revolução. Era regulada pelas Leis de 7 de junho, 6 de agosto de 1791 e 8 de fevereiro de 1897, modificadas pela Lei de 16 de setembro de 1947, que a disciplinou novamente (61). Nessa figura, o colono (*fermier* ou *domanier*) tem a propriedade das edificações e outros bens superficiários, compreendendo não somente construções e plantações, mas também todas as obras de melhoramento do solo, tais como fossos, regos de irrigação, poços, taludes, etc. . . . , oriundos do trabalho humano. Em razão dessa titularidade é ele denominado *domanier* (*qui dominium habet*) e tem a obrigação de pagar um cânon ao dono da terra (62). O proprietário dela não tem senão o *terreno nu*, com as ár-

(61) *apud*, PLANIOL-RIPERT, “*Traité Pratique*” cit., t. cit., nº 333, 2º, p. 327.

(62) ARDITI (Alejandro Borzutzky), “*El Derecho de Superficie*” cit., p. 69, *supra*.

vores nele crescidas pela força da natureza. Por força disto é ele chamado *le foncier*, e as árvores “*arbres fonciers*”. O domínio do *fermier* era teoricamente perpétuo, podendo contudo chegar a seu fim diante do exercício da faculdade de *congèment* pelo *foncier*, este com a obrigação de reembolsar o *fermier* no valor de seus bens superficiários. Daí a designação “*domaine congéable*”. Reportam PLANIOL-RIPERT haver sido suprimida dita faculdade, quando a citada Lei de 16 de setembro de 1947 estendeu ao *fermier* os benefícios do Regulamento de 17 de outubro de 1945, complementados pela Lei de 13 de abril de 1946, permitindo-lhe permanecer na gleba nas condições estabelecidas nesses textos. (63)

Outro caso de aplicação prática do direito de superfície no direito francês é o das árvores pertencentes a particulares, ao longo das estradas públicas, ou plantadas sobre o domínio público (Lei de 12 de março de 1825). (64)

3. O B.G.B. (Código Civil alemão), promulgado em 18 de agosto de 1896, em vigor a 1º de janeiro de 1900, foi das primeiras codificações a regular expressamente o direito de superfície, nos seus §§ 1012 a 1017. (65)

O direito de superfície, anotam ARMINJON-NOLDE-WOLFF, se tornou um dos meios a serem utilizados pelo movimento da reforma

(63) *apud*, PLANIOL-RIPERT, “*Traité Pratique*” cit., t. cit., p. 328.

(64) *apud*, PLANIOL-RIPERT, “*Traité Pratique*”, cit., t. cit., p. 328.

(65) Disposições do B.G.B. na seção pertinente ao direito de superfície: “§ 1012: Um imóvel pode ser gravado, em favor de um terceiro, com o direito de ter uma construção sobre ou sob o solo, direito alienável e transmissível por sucessão (direito de superfície, *Erbbaurecht*); § 1013. O direito de superfície pode estender-se a uma parte do imóvel que não seja necessária à construção, mas ofereça utilidade ao uso dela; § 1014. O direito de superfície não pode ficar limitado a uma parte de uma construção, notadamente um pavimento; § 1015. O acordo de vontades do proprietário e do adquirente, exigido pelo § 873 para a constituição de um direito de superfície, se realiza pela declaração das duas partes presentes ao mesmo tempo à repartição imobiliária; § 1016. O direito de superfície não se extingue com o perecimento da construção; § 1017. O direito de superfície é regido pelas disposições relativas aos imóveis. São aplicáveis ao direito de superfície as disposições referentes à aquisição da propriedade e às ações fundadas na propriedade” (tradução livre do autor da tese da versão francesa — tradução do Escritório de Legislação Estrangeira e de Direito Internacional, com a colaboração de BUFNOIR, CAZELLES, CHALLAMEL, DRIOUX, GENY, HAMEL, LEVY-ULLMANN, LYON-CAEN, MOREL, SALEILLES, SEÉ —, ed. “*Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*”, Paris, 1929).

imobiliária, iniciado por ADOLF DAMASCHKE, para pôr cobro aos inconvenientes resultantes da circunstância de a propriedade se encontrar, em regra, em mãos de particulares. Foi a cidade de Frankfurt-sur-Mein — cujo exemplo foi seguido por outras cidades e estados alemães — que mereceu o privilégio de, a partir do começo deste século, haver abandonado a prática funesta da venda de extensas glebas às empresas de construção e outros especuladores, prática esta ensejadora de um nefasto tráfico de imóveis, recebendo o condenável tratamento de simples mercadorias. Adotou-se a política de não mais vender terrenos destinados à construção de moradias. As comunas e os estados reservavam para si a propriedade deles, concedendo, por um número limitado de anos (50, 80, 100), o direito de superfície a associações de utilidade pública. Ficavam estas obrigadas a pagar uma renda anual e a construir casas de um certo tipo, entregando-as a terceiros mediante locação a preços preestabelecidos conforme 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. (66)

Seguramente o texto do B.G.B. não satisfazia às exigências do momento.

WOLFF, refletindo esse estado de espírito, assinalava 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”* (67). Prosseguia registrando que essa importância se manifestava especialmente pelo serviço prestado ao problema da pequena moradia, referindo o fato de várias cidades e alguns estados alemães concederem sistematicamente terrenos em superfície a termo, ao invés de aliená-los, o que apresentava a vantagem de coibir a especulação com edifícios e terrenos, e ainda a vantagem de propiciar o aumento do valor do solo em favor dos proprietários (Estado e municípios), viabilizando-lhes o exercício de influência sobre a maneira de construir, além de ensinar às classes trabalhadora e média o ter casas próprias. A deficiente regulamentação legal, declara o jurista, impedia um desenvolvimento mais amplo do instituto.

(66) ARMINJON (Pierre) — NOLDE (Boris) — WOLFF (Martin), *“Traité de Droit Comparé”*, cit., Tomo II, nº 542, p. 338-339.

(67) ENNECERUS-KIPP-WOLFF, *“Tratado de Derecho Civil”* cit., t. III, *“Derecho de Cosas”*, II, trad. cit., p. 2.

As objeções contra o texto do B.G.B. se cifravam basicamente no seguinte: falta de uma definição legal das obrigações (ao contrário do que ocorreu com o usufruto), isto é, inexistia para o superficiário um dever de edificar, não se previa a conservação da edificação nem a proteção contra riscos mediante seguro; não se fixava o destino das edificações e das hipotecas, onerando o direito de superfície, na hipótese de extinção da concessão; não se dissipavam dúvidas quanto à forma de dar à pensão superficiária caráter real naqueles Estados da federação em que não se permitiam, ou só se permitiam limitadamente, os ônus reais; e, finalmente, havia uma inadequação como base de crédito. (68)

Durante a Primeira Guerra Mundial, com a finalidade de fornecer aos ex-combatentes meios para aquisição da casa própria, o Governo alemão fez seu o programa dos reformadores e preparou a primeira modificação profunda da grande codificação civil (69), exatamente tendo por objeto o direito de superfície.

O projeto de reforma foi publicado em 3 de maio de 1918, sendo finalmente transformado, com poucas modificações, na Regulamentação sobre o Direito de Superfície, de 15 de janeiro de 1919, confirmada pela Lei de 4 de março de 1919. (70)

A finalidade da reforma de 1919 vai declinada, em suas linhas básicas, na exposição de motivos da Regulamentação: *“Dar um caráter prático ao direito de superfície e fazer efetivas sua comerciabilidade e capacidade hipotecária. Porém, sob rubricas tão genéricas, terminou por levar-se a cabo uma profunda transformação do Código, vencendo as dificuldades econômicas que se punham à expansão do tipo superficiário, resolvendo, na medida do possível, os problemas técnicos de maior importância: precisando as relações jurídicas em jogo; assegurando os interesses do proprietário, titular e terceiros; favorecendo a construção barata, os empréstimos em função dela e a transmissão de direi-*

(68) ENNECERUS-KIPP-WOLFF, *“Tratado de Derecho Civil”* cit., t. III, *“Derecho de Cosas”*, II, trad. cit., p. 2, nota 4.

(69) HEDEMANN (J. W.), *“Tratado de Derecho Civil”*, vol. cit., nº 6, p. 311.

(70) apud ARDITI (Alejandro Borzutzky), *“El Derecho de Superficie”* cit., p. 75-76, e ENNECERUS-KIPP-WOLFF, *“Trat.”* cit., vol. cit., p. 2.

tos, e, finalmente, estimulando a colocação de capitais de menores, fundações e associações." (71)

A Regulamentação de 1919 revogou as disposições do B.G.B. para os direitos de superfície constituídos a partir da sua vigência, ficando dessa maneira os existentes em 22 de janeiro de 1919 sob o regime das disposições originárias do Código Civil.

3.1. Vejam-se aspectos do direito de superfície alemão, à luz da Regulamentação de 1919.

O Direito de superfície é o direito de ter uma edificação sobre o solo alheio. O direito há de referir-se à totalidade da edificação, não sendo possível restringi-lo a uma parte dela, nem mesmo a uma pavimento do edifício.

Ter a edificação, no caso, abrange em si a construção, a posse do edificado e do solo em que está erigida, seu gozo e a faculdade de reconstruir, em perecendo a edificação.

A teor do texto codificado, o titular do direito de superfície somente era proprietário da construção quando a havia edificado. Se, quando do nascimento da relação superficiária, já existia a construção, esta conservava sua qualificação de parte integrante essencial do imóvel. A Regulamentação de 1919, § 12, modificou o instituto nesse ponto fundamental. Na conformidade do texto da reforma, a construção — seja levantada em decorrência do exercício do direito de superfície, seja já existente ao tempo da criação do direito — é **parte integrante essencial do direito de superfície e propriedade do superficiário**. Na hipótese da construção anteriormente existente, ela deixa de ser parte integrante do solo, passando a ser parte integrante do direito de superfície criado.

É possível não pertencer a edificação nem ao dono do solo, nem ao superficiário. A situação se configura quando a construção haja sido feita por um terceiro arrendatário, ou por alguém titular de um direito sobre o direito de superfície. WOLFF refere cair a espécie no âmbito de incidência do § 95 do B.G.B. (72). Segundo esse dispositivo

(71) apud, ARDITI (Alejandro Borzutzky), "El Derecho de Superficie" cit., p. 76.

(72) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, "Tratado de Derecho Civil" cit., Tomo cit., "Derecho de Cosas", vol. cit., p. 4.

não se inclui entre as partes integrantes do imóvel tudo o que a ele se una, ou ao solo, com finalidade transitória. Igualmente, entre ditas partes integrantes, não se arrola uma edificação ou qualquer outra obra cuja união ao imóvel se fez por alguém que exerce um direito sobre o imóvel de outrem e tenha realizado a construção no exercício desse direito.

Nessa visão panorâmica do direito de superfície alemão — sem prejuízo de outros pontos que merecerão tratamento ao cuidar-se da teoria geral do instituto — importa consignar que, em direito alemão, o direito de superfície é um direito, não uma coisa, mas é **tratado como coisa, rectius como coisa imóvel** (regra do § 1017, parte inicial, do B.G.B., repetida no § 11 do Regulamento de 1919). WOLFF, em alusão agudamente esclarecedora, caracteriza a espécie como um "**fundus**" jurídico (73). Daí merecer o direito de superfície tratamento específico em matéria registrária. Praticase uma dupla inscrição: a primeira, no assentamento correspondente ao solo, quando o registro se destina a corporificar um gravame; a segunda, consubstanciando entidade registrária independente, há de fazer-se em folha separada, onde serão lançados os seus próprios gravames.

O direito de superfície alemão é necessariamente alienável, transmissível pela via sucessória. Não pode ter por objeto uma plantação, inexistindo a superfície sob a modalidade vegetal.

4. Da mesma forma que o direito francês, o ordenamento italiano sob o regime do Código Civil de 1865 seria de ser classificado no segundo dos grupos aludidos no item 1 deste Capítulo. Em outras palavras, colocar-se-ia entre aqueles sistemas em que o direito de superfície não está expressamente contemplado, sendo todavia moldada sua estrutura, debatida a sua natureza, por laboriosa e rica atividade doutrinária, trabalhando — em termos de direito positivo — em condições análogas àquelas vividas pelos autores franceses.

O artigo 448 do Código Civil italiano, de 1865, acompanhando bem de perto a dicção do artigo 553 do Código Napoleônico, estabelece: "*Toda construção, plantação ou obra existente acima ou abaixo*

(73) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, "Tratado de Derecho Civil" cit., Tomo cit., "Derecho de Cosas", vol. cit., p. 6.

do solo se presume feita pelo proprietário, ou às suas expensas, e a ele pertencer, desde que nada conste em contrário, e sem prejuízo dos direitos legitimamente adquiridos por terceiros”.

A instituição de uma presunção relativa significou a senda pela qual enveredou intenso trabalho construtivo, tendo afinal a doutrina e a jurisprudência italianas firmado a legalidade do direito de superfície ao tempo da vigência do Código Civil italiano anterior.

Várias foram as concepções criadas para tentar-se dogmaticamente a qualificação jurídica do direito de superfície. Alguns, em face do silêncio do Código e da superação da rigidez do princípio romano da acessão pelo direito positivo, explicaram a ausência do direito de superfície no ordenamento, pela sua desnecessidade. Ter-se-iam simplesmente a propriedade do edifício e a propriedade do solo, não havendo que recorrer a qualquer configuração especial de um *ius in re aliena*, pois a relação se reduzia àquela mais simples, de propriedades separadas (74). RICCI, GIANTURCO, CHIRONI, LOMONACO, acolheram solução próxima à configuração da categoria em direito romano, definindo o direito de superfície como *ius in re aliena*; BORSARI, BIANCHI, COVIELLO, LUCCI, GABBA, SIMONCELLI, FILOMUSI-GUELFI, se afastaram dessa concepção, asseverando que o direito de superfície romano não mais existe no moderno direito civil, devendo configurar-se o direito do superficiário como propriedade. COVIELLO ia mais longe, aduzindo que a parte do solo sobre que assentava o bem superficiário correspondia igualmente ao concessionário, a título de domínio. LUCCI, contudo, esclarece que a relação superficial seria consubstancia situação complexa, que se não exaure com a propriedade do titular do direito de superfície sobre o bem superficiário, havendo outra relação — de direito real — entre dito bem superficiário e o imóvel em que está esse bem. (75)

Quando, em progressivo aperfeiçoamento, se chegou à idéia de reconhecer na relação superficial uma situação complexa, o ponto sensível da controvérsia passou a ser o da qualificação da relação jurídica

(74) RUGGIERO (Roberto de), “Instituições de Direito Civil” cit., vol. cit., p. 456 e segs.

(75) Para essa referência doutrinária relativa às concepções ao tempo do Código Civil italiano de 1865, cfr. in ARDITI (Alejandro Borzutzky), “El Derecho de Superficie” cit., p. 83-84, louvado em GUILARTE (Zapatero, Vicente), “El Derecho de Superficie”, Ed. Aranzade, Pamplona, 1966.

de direito real (bem superficiário — solo) (“*rectius*” titular do direito de superfície — *dominus soli*), já que, quanto à outra relação, poderia considerar-se firmada a posição no sentido de consubstanciar propriedade o direito do superficiário sobre o bem superficiário.

RUGGIERO, por exemplo, fazia ver que a concessão *ad aedificandum* não conferia outro direito senão o de construir sobre solo alheio e aí manter perpétua ou temporariamente a construção, não podendo ser identificada, logicamente, senão como uma servidão predial — mais propriamente, *servitus oneris ferendi* — a relação que obriga o proprietário do solo a suportar a existência do edifício alheio. Arremata o autor dizendo não poder falar-se, no direito italiano, de um direito de superfície tal como foi elaborado pela doutrina romana, mas sim de uma relação complexa na qual, ao lado da propriedade do que está sobre o solo, há um direito real de servidão em favor do titular dessa propriedade. (76)

A dificuldade para a qualificação da relação em tela se via acrescida pelo critério *numerus clausus* vigente no direito italiano, o que impedia a solução da questão através de outras formulações que não as expressamente previstas no ordenamento. Assinala PUGLIESE não se haver conseguido chegar à definição da natureza do direito do superficiário em relação ao solo, sobretudo a natureza do direito de levantar a construção sobre o solo alheio (concessão *ad aedificandum*). (77)

4.1. O Código Civil italiano de 1942, em matéria de direito de superfície, é a expressão legislada do esforço jurisprudencial e doutrinário anteriormente expandido, ao tempo da vigência da codificação precedente.

É resultado, por isso, de longa e sistemática tarefa construtiva.

No Código Civil italiano vigente, o direito de superfície está regulamentado expressamente, nos artigos 952 — 956, sob a rubrica “*De la Superficie*”.

O artigo 952 estabelece, em sua parte inicial, que “*il proprietario può costituire il diritto di fare e mantenere al disopra del suolo una*

(76) RUGGIERO (Roberto de), “Instituições” cit., vol. cit., p. 456 e segs.

(77) apud, ARDITI, op. cit., p. 85-86, referindo GUILARTE.

*costruzione a favore di altri. . .*" (concessão para construir), "che ne acquista la proprietà" (propriedade separada superficiária).

Na segunda parte do artigo 952 trata da **propriedade separada superficiária gerada por cisão**: "Del pari può alienare la proprietà della costruzione già esistente, separatamente dalla proprietà del suolo."

No artigo 955 cuida do direito de fazer e manter construção no **subsolo** de outrem, para determinar que as regras de direito relativas à construção sobre o solo se lhe aplicam.

Escrevendo sob o Código Civil de 1942, MESSINEO, aludindo à propriedade superficiária, indica que, onde a lei não disponha diversamente, são estensíveis ao direito de superfície as normas reguladoras da **propriedade imobiliária**, anotando que, conseqüentemente, o direito de superfície (a) é alienável, hipotecável e transmissível pela via sucessória; (b) não é suscetível de perda pelo não-uso; (c) é protegido pelas ações tuteladoras da propriedade imobiliária; (d) atendidas as peculiaridades do seu objeto, é um direito pleno, e não limitado; (e) a posse do superficiário é posse de coisa, não posse de um direito; (f) os modos de aquisição são, enquanto compatíveis, os mesmos da propriedade imobiliária. (78)

Analisando o direito de superfície, enquanto direito de construir, enfatiza ser um poder autônomo (direito real sobre o imóvel alheio), no qual se encontra ainda uma propriedade superficiária potencial, in fieri: o germe de uma futura propriedade, sendo certo haver a possibilidade de não acontecer a construção, caso em que a propriedade superficiária não vem a existir. (79)

Aí estão as linhas básicas da estrutura do direito de superfície como regulado no Código Civil italiano de 1942.

5. 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.

(78) MESSINEO (Francesco), "Manuale de Diritto Civile e Commerciale", vol. 2º, ed. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1965, p. 535.

(79) MESSINEO (Francesco), op. cit., p. 535.

Basicamente podem distinguir-se duas formas de **building-lease**. Na primeira, mais rara, o proprietário do terreno faz o parcelamento, arreamento, canalização, para em seguida construir e vender as casas. Na outra, entrega o terreno a um empresário, que realiza as obras de infra-estrutura, e os contratos, próximos do tipo superficiário, assumem forma diversificada. Em termos genéricos, há uma cessão, sob a forma de **lease**, mediante o pagamento de um cânon, com o prazo máximo de noventa e nove anos e especificação de classe e condições principais das edificações a serem levantadas. A eficácia do **lease** não tem começo senão com a construção das casas, de forma que, enquanto isso não ocorre, há uma posse precária (**tenancy at will**), mera expectativa de **lease**, gerando as obrigações de edificar e pagar o cânon, tuteladas por ação destinada à rescisão do contrato por inadimplemento. Completada a construção o direito real surge, e o **lease-holder** pode opô-lo eficazmente contra terceiros, inclusive contra o novo adquirente do solo. Vencido o prazo, o imóvel com as construções, reverte ao proprietário (**landlord**). (80)

6. No direito austríaco, o Código Civil de 1811 reconheceu a existência de propriedades divididas: do solo e da superfície. A propriedade na superfície podia ser constituída por construções, plantas e edifícios, pertencentes exclusivamente ao superficiário (domínio útil). A destruição das plantas, construções ou edifícios não acarretava a extinção do direito de superfície, podendo o superficiário reconstruir as obras destruídas ou proceder a novas plantações. Essas regras estão explicitadas nos artigos 1125, 1147 e 1150, do Código Civil austríaco. (81)

(80) apud ARDITI, op. cit., p. 70-71, citando GONZALEZ (Jerónimo), "El Derecho Real de Superficie", Ed. Libreria General de Victoriano Suárez, Madrid, 1922.

(81) Código Civil Austríaco de 1811: "Art. 1125 — Si une propriété est partagée de telle sorte qu'à l'un revient héritairement la substance de la chose avec l'usufruit du sous-sol, et à l'autre le seul usufruit de la surface, la contribution annuelle à payer par ce dernier possesseur s'appelle cens foncier"; "Art. 1147. Celui qui ne paye qu'un cens foncier n'a droit qu'à l'usufruit de la surface, arbres, plantes et constructions, ainsi qu'à une partie du trésor qu'on y trouve. Les trésors enfouis et autres produits souterrains reviennent au propriétaire direct"; "Art. 1150. La destruction des plantes, arbres et constructions n'entraîne pas la perte de la propriété utile sur la surface. Tant qu'il subsiste encore une partie du fonds, le possesseur peut y mettre à nouveau des plantes, arbres ou constructions, pourvu qu'il acquitte son cens" (apud versão francesa do texto alemão por DOUCET (Michel), patrocinada pelo "Haut Commissariat de la République Française en Autriche", ed. A. PÉDONE, Paris, 1947).

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

Essa lei recebeu o progresso doutrinário que sucedeu às publicações dos Códigos Civis alemão e suíço, bem como registra a repercussão das vivas discussões que na primeira década do século se travaram com referência ao direito de superfície. Ela o concebe como um direito real, alienável e hereditário, de ter acima ou abaixo da superfície de um terreno de outrem uma construção, que pode consistir em uma casa de moradia ou outra obra (por exemplo, uma oficina, estação ferroviária, igreja, etc.). Assim como a Regulamentação alemã de 1919 inadmitte o direito referente a parte de edificação ou pavimento separado, e somente pode ser constituído em solo do Estado, Províncias, distritos, comunas, ou em solo público. Excepcionalmente as instituições religiosas ou de utilidade pública podem criar essa modalidade de direito de construir em terrenos de seu domínio, o que poderá verificar-se quando o Estado reconheça, caso a caso, corresponder a concessão a um interesse público. O concessionário tem o direito de gozo sobre as porções de terreno adjacentes à construção (pátios, jardins, etc.) e pode ter plantas nessa área adjacente, sendo que com relação a essas a regra da acessão não sofre ressalva, passando as plantas a pertencer ao dono do terreno no momento em que deitem raízes no solo. (82)

7. O Código Civil suíço, de 10.12.1907, em vigor desde 1º de janeiro de 1912, disciplinou a matéria relativa ao direito de superfície nos artigos 675 e 779.

Na concisa regulamentação originária fixou a natureza complexa caracterizadora do direito de superfície moderno, sob o aspecto estrutural, consignando o direito de ter e fazer construções sobre o solo alheio, ou abaixo dele, contemplando a propriedade superficiária resultante do exercício desse direito. No tocante à natureza jurídica, configura o direito de superfície como servidão.

A lei federal de 19 de março de 1965 reviu as disposições do Código referentes ao direito de superfície, acrescentando ao artigo 779 na-

(82) SALIS (Lino), "La Propriété Superficiaria", cit., p. 121, nota 1.

da menos que 11 alíneas (a a l) (83). Algumas dessas serão trazidas à colação no momento oportuno, quando se desenvolver a parte concernente à teoria geral do instituto.

8. O Código Civil holandês, no título VI, Livro II, artigos 758 a 766, trata do direito de superfície, considerando-o como o direito real de ter construções, obras ou plantações sobre um terreno alheio. (84)

A lei belga de 10 de janeiro de 1824, que, segundo a doutrina, acompanhou de perto o Código Holandês, define analogamente o direito de superfície: "um direito real consistente em ter plantações, obras ou construções sobre o terreno alheio." (85)

Os estudiosos de ambos os sistemas debatem em torno da natureza jurídica do direito de superfície: uns sustentando deva ele ser tido como propriedade superficiária, outros o conceituando como *ius in re aliena*.

Os fundamentos da primeira corrente são os seguintes: (a) a literalidade mesma do artigo 758, do Código Holandês, e do artigo 1º da lei belga — ". . . ter plantações, obras ou construções. . ." — está a indicar exista verdadeira propriedade do concessionário sobre os bens superficiários; (b) o artigo 761 do Código Holandês e o artigo 5º da lei belga outorgam a faculdade de o superficiário destruir os edifícios e as plantações, o que só pode conduzir ao reconhecimento da propriedade superficiária, já que o *ius abutendi* só poderia admitir-se em quem seja titular de domínio; (c) finalmente, o artigo 762 da codificação holandesa e o artigo 6º da lei belga, ao cuidar da extinção da superfície, dizem que a propriedade da edificação "passa" ao dono do solo, o que necessariamente faria supor que antes não lhe caberia. A esses argumentos se opõem os seguintes: (a) a expressão ter utilizada pelo legislador não

(83) "Code Civil Suisse et Code des Obligations", anotados por SCYBOZ (Georges) e GILLIÉRON (Pierre-Robert), com introdução histórica de GAUTHIER (Jean), 2ª ed. atualizada e publicada sob a direção de CAVIN (Pierre), Ed. Payot, Lausanne, 1977: v. introdução histórica, III, modificações trazidas do Código Civil Suíço desde 1912, alínea h, p. XIV, referência à lei federal de 19.03.1965, acrescentando alíneas ao art. 779 do Código Civil Suíço.

(84) ROSSI (Lanciotto), "Il Digesto Italiano" cit., verbete cit., nº 72, p. 53-54.

(85) PLANIOL-RIPERT, "Traité Pratique" cit., tomo cit., p. 325, nota 1.

tem o sentido técnico restrito que se lhe atribui, sendo possível ter a título de propriedade ou de direito real limitado, devendo, ainda, estar-se advertido para a circunstância da supressão, na lei belga, das palavras que constavam do projeto: “. . . ou possuir como propriedade. . .”; (b) a concessão expressa da faculdade de destruir, inerente à propriedade, é sinal de que propriedade não existe, tanto que o legislador se viu na necessidade de conferir o *ius abutendi* expressamente ao titular do direito de superfície; (c) no concernente à expressão “passar” é de opor ao raciocínio nela fundado o conteúdo do artigo 763 do Código Holandês e do artigo 7º da Lei belga, que, ao referir “recuperar a propriedade” evidenciam jamais o proprietário do solo haver deixado de o ser também do bem superficiário. COVIELLO sustenta ser o direito de superfície, em face do artigo 766 do Código Holandês e dos artigos 4º e 8º da Lei belga, um *ius in re aliena*, por isso que concedem ao *dominus soli*, passados trinta anos, a potestade de revogar a concessão, e só a quem seja verdadeiro titular de domínio é dado exercer semelhante faculdade. Argumenta o autor, ainda, com o caráter temporal da concessão superficiária, devendo consignar-se que a lei belga limita a duração da concessão a cinquenta anos. (86) ROSSI também assevera que a codificação holandesa considera o direito de superfície *ius in re aliena*. (87)

9. Acusam os estudiosos, se bem que referido como revogado, a existência, no direito soviético, de um direito de construção, bastante aproximado do direito de superfície.

Tratava-se da concessão do uso de um terreno que o Estado fazia a alguém, com a condição de que nele se edificasse. Era um direito real. O conteúdo dos contratos não se podia praticamente afastar das disposições legais, quase todas de caráter imperativo. A construção e a alienação do direito deviam ser levadas a registro, sendo o direito real de construção suscetível de hipoteca. A natureza das construções a serem levantadas ia definida nos contratos e a violação das estipulações — registradas sob pena de nulidade com o soviético local — acarretava a perempção do direito. Todas as formas de alienação desse direito eram permitidas, inclusive por sucessão legítima e testamentária. As

(86) apud, ARDITI, “El Derecho de Superficie” cit., p. 110, in fine, 111-112.

(87) ROSSI (Lanciotto), “Il Digesto Italiano” cit., verbete cit., nº 72, p. 53.

relações entre o Estado e o concessionário, expirado o contrato, estavam definidas no artigo 83 do Código Civil soviético: todas as construções deviam ser entregues ao Estado em boas condições e o Estado pagava ao edificador o valor das construções no momento em que delas se apossava.

ARMINJON — WOLFF — NOLDE afirmam que hoje o direito real de construção soviético não tem senão valor histórico, e ORLANDO GOMES, entre nós, qualificando-o de direito de superfície, alude à sua abolição em 1949. (88)

10. O direito de superfície, no Código Civil espanhol, não tem substantividade normativa. O artigo 1611, dispondo sobre o resgate dos censos constituídos antes da promulgação do Código, estabelece, em seu último período, que “*Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a los foros, subforos, derechos de superficie, y cualesquiera otros gravámenes semejantes, en los cuales el principio de la rendición de los dominios será regulado por una ley especial*”. (O grifo é nosso). O artigo 1655, regulando “*os foros y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga que se establezcan desde la promulgación de este Código*” se refere implicitamente ao direito de superfície. A ele também faz alusão expressa a lei hipotecária (Art. 107, nº 5) para o fim de declarar suscetível de hipoteca e de natureza real o direito de superfície.

A ausência de regulamentação precisa traz dificuldades de que se ressentem a doutrina para o exame do conteúdo, estrutura e natureza do direito em causa (89). Discute-se até mesmo sua autonomia e existência diante do mencionado artigo 1655, que, cuidando do regime dos foros e quaisquer outros gravames de natureza análoga, com refe-

(88) ARMINJON-WOLFF-NOLDE, “*Traité de Droit Comparé*” cit., Tomo III, ed. cit., p. 327; GOMES (Orlando), “*Direitos Reais*”, cit., p. 537; BATALHA (Wilson de Souza Campos), “*Loteamentos e Condomínios*” cit., p. 19, refere o direito de construção soviético, dando-o como regulado nos arts. 71 a 84 do Código Civil Soviético, e invocando “*Il Código Civile della Russia Soviética*”, 1946, CAPUA (Andrea del), BATTAGLINI (Mario) e MARTUSCELLI (Vittorio).

(89) GONZALEZ (Blás Pérez) e ALGUER (José), nas notas, relativas ao Código Civil espanhol, da tradução espanhola do “*Tratado de Derecho Civil*”, ENNECCE-RUS-KIPP-WOLFF, tomo III, “*Derecho de Cosas*”, vol. 2, cit., p. 14-15-16; CALCE-RRADA (Luiz Martinez), em nota 309, t. I, “*Instituições*”, TRABUCCHI, cit., trad. espanhola, p. 493.

rência implícita ao direito de superfície, termina por determinar a aplicação ora das normas pertinentes ao arrendamento, ora concernentes à enfiteuse. A tendência doutrinária é a do reconhecimento da existência do direito de superfície, apesar da deficiência do sistema, da falta de normatividade. (90)

A chamada Lei do Solo de 1956 — complementada pelo Decreto de 17 de março de 1959, modificativo do Regulamento Hipotecário Espanhol — criou modalidade urbanística de direito de superfície, seguindo o moderno modelo para o instituto. O artigo 157, nº 1, da Lei do Solo, preceitua que *“el Estado, las entidades locales y las demás personas públicas, dentro del ámbito de su competencia, así como los particulares, podrán constituir el derecho de superficie en suelo de su pertenencia con destino a la construcción de viviendas u otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación, el dominio de las cuales corresponderá al superficiario.”* (91)

11. No direito português, o Código Civil de 1867 previa, em seu artigo 2308, 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. Portanto, ainda que, a título excepcional, se previa um direito temporário à manutenção de árvores próprias em terreno alheio. (92)

Posteriormente, foi promulgada a Lei nº 2030, de 22 de junho de 1948, consubstanciando tipo de superfície só passível de constituição, na conformidade do seu artigo 22º, 1, pelo Estado, autarquias locais e pessoas coletivas de utilidade pública administrativa em terrenos de seu domínio privado. Entende-se ter esse tipo de superfície sobrevivido à edição do Código Civil português de 1967, que, em seu artigo 1527, estabelece que o direito de superfície constituído pelo Estado ou por pessoas coletivas públicas em terrenos do seu domínio privado

(90) ARDITI (Alejandro Borzutzky), “El Derecho de Superficie” cit., p. 96-97.

(91) ARDITI (Alejandro Borzutzky), “El Derecho de Superficie” cit., p. 100.

(92) GONÇALVES (Luiz da Cunha), “Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro”, vol. I, ed. Max Limonad, S.P., 1951, p. 341, *idem* “Da propriedade e da posse”, ed. Ática, 1952, p. 110; ASCENSÃO (José de Oliveira), “Direitos Reais”, ed. Almedina, Coimbra, Lisboa, 1978, p. 506, *supra*; BATALHA (Wilson de Souza Campos), “Loteamentos e Condomínios”, Tomo II, ed. cit., p. 19.

fica sujeito a legislação especial, aplicadas subsidiariamente as disposições do Código.

O direito de superfície está, hoje, por conseguinte, regulado pela *lex specialis* de 1948, e, em sua modalidade comum, pelos artigos 1524 a 1542 do Código Civil de 1967. Nele se define o direito de superfície como a faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações.

Detecta-se, ainda, a figura especial do direito de colônia, cuja contratação para futuro foi proibida pelo artigo 1º, 1, do Decreto-Lei nº 47.937, de 15 de setembro de 1967 (93). Nascido da consuetudo, terminou impondo-se ao reconhecimento legislativo. Aplica-se na exploração dos acidentados solos da Ilha da Madeira. Nessa figura, ocorre a cisão entre a propriedade do solo e a propriedade das “*benfeitorias*” realizadas pelo colono, titular, segundo a terminologia do direito português, de um direito real menor, sendo ele contudo dono das “*benfeitorias*”. Busca-se, com o direito de colônia, dar a necessária estabilidade ao tratador da terra, incentivando-o à prática de obras custosas destinadas a criar as condições em que o solo se possa tornar produtivo. A posição de colono não é inteiramente firme. O proprietário do solo pode a qualquer momento fazer reverter para si o direito do colono, atendido o pressuposto da indenização das “*benfeitorias*” realizadas. Indica a doutrina pontos de semelhança entre o chamado direito de colônia e o direito de superfície, na medida em que se surpreende nas duas espécies o fenômeno da propriedade separada, havendo em ambas um direito de fazer ou implantar “*benfeitorias*” no solo alheio, que, nos casos normais, na colônia, é simultaneamente um dever. Indica-se como nota distintiva a circunstância de que o colono, mais que o direito de implantar e manter, tem um direito de gozo do solo e o direito sobre as “*benfeitorias*” acrescido a esse direito de gozo (94). Vale salientar, finalizando as referências a essa interessante figura do

(93) *apud* ASCENSÃO (José de Oliveira), “Direitos Reais”, cit., p. 233.

(94) *apud* ASCENSÃO (José de Oliveira), “Direitos Reais”, cit., p. 513-514; quanto ao direito de colônia, ver também GONÇALVES (Luiz da Cunha), in “Princípios” cit., vol. I, p. 342; ainda ASCENSÃO (José de Oliveira) “O Direito de Superfície referente a plantações”, in “Estudos sobre a acessão”, ed. “Coleção Scientia Iurídica Livr. Cruz-Braga, 1973, p. 12-13.



direito consuetudinário, que o proprietário do solo, em contrapartida à concessão, recebe uma renda, a *demídia*, que atinge a metade dos produtos agrícolas produzidos pelo colono.

12. O Código Civil argentino não arrola o direito de superfície no elenco dos direitos reais enumerados no artigo 2503.

A codificação projetada por VELEZ SARSFIELD é expressa no impor o critério do *numerus clausus*, determinando no art. 2502: *"Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá solo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer."*

Na nota ao artigo 2503, VELEZ SARSFIELD declina a razão pela qual não incluiu entre os direitos reais o direito de superfície: *"Hemos juzgado que era más conveniente aceptar el derecho puro de los romanos y estar a las resoluciones generales sobre lo que se edificase y plantase en suelo ajeno. El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos."* (95)

O artigo 2614 do Código Civil inadmitte expressamente o direito de superfície no ordenamento jurídico argentino.

## CAPÍTULO IV

### TEORIA GERAL DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

#### SEÇÃO I

- 1 — *Estrutura e natureza jurídica do direito de superfície.*  
2 — *Diferenciação dos outros direitos reais limitados.* 3 — *Situações jurídicas aproximadas do direito de superfície.*

1. O desenvolvimento da teoria geral do direito de superfície se fará necessariamente no plano dogmático, sem a atenção dirigida para esse ou aquele ordenamento jurídico.

(95) Nota de VELEZ SARSFIELD do artigo 2503, "Código Civil de la República Argentina", ed. ZAVALIA (Victor P. de), Buenos Aires, 1968.

Procurar-se-á colocar as idéias em sistema, de forma a compor a relação jurídica superficiária na linha da doutrina moderna.

1.2. Antes de ferir a questão da natureza jurídica, será essencial desdobrar o tema da estrutura mesma da relação.

As teorias destinadas a explicar a estrutura do direito de superfície podem ser reunidas em dois grupos, refletindo a correspondente posição.

O primeiro vê no direito de superfície uma relação simples, dominando essa orientação uma concepção unitária da relação superficiária.

O segundo imagina a relação de maneira analítica, complexa, evidenciando uma concepção binária da relação superficiária.

Interessa-nos a concepção moderna da relação superficiária, desenganadamente binária. Por força dessa razão, não nos deteremos de maneira mais demorada na exposição das teorias do primeiro grupo, hoje de sabor praticamente histórico.

Será próprio que, em cada caso, se faça desde logo menção à natureza jurídica do vínculo unitário componente da relação.

1.3. Essas correntes integrantes do denominado grupo da concepção unitária, em princípio, se aproximam da formulação romana da superfície, de índole nitidamente unitária, já que, como ficou demonstrado neste trabalho (Capítulo II, item 1.5, alínea g), era um direito real sobre a coisa alheia, ensejando o gozo do solo e da construção nele edificada.

Essas teorias unificam os dois aspectos dominantes da relação superficiária (projeção *concessionário* — *bem superficiário* e vínculo *concessionário* — *dono do solo*), umas reduzindo o direito de superfície à assimilação com outras categorias, outras proclamando-lhe autonomia e substantividade.

A primeira, com ressaibos do matiz obrigacional da superfície romana anterior, equipara o direito de superfície ao arrendamento. Haveria, em ambas as figuras, a cessão da utilização de uma coisa em proveito de outrem. Não será necessário esforço maior para sentir a patente diferença separando os dois institutos: o direito de superfície dotado de natureza real, o arrendamento gerando somente obrigações.

A segunda teoria deita raiz no direito intermediário. Vê no direito de superfície caso de domínio dividido. Ter-se-ia um domínio útil do superficiário e um domínio direto do proprietário do solo. Depreende-se da projeção histórica feita no Capítulo II haver esta teoria nascido para responder a exigências práticas, despida agora de qualquer sentido. Sobretudo falta-lhe sentido dogmático, desde o momento em que modernamente se viabiliza a suspensão negocial da incidência do princípio superficies solo cedit.

Procura-se também equiparar o direito de superfície à enfiteuse e ao usufruto, posições evidentemente desmerecedoras de acolhimento, o que se demonstrará ao apontar os extremos entre o *ius superficies* e os outros direitos reais limitados.

Outra das teorias desse grupo qualifica o direito de superfície como direito de propriedade da construção superficiária, com faculdade de utilização do solo. Para os corifeus dessa corrente, não há como pensar, analisando-se o direito de superfície, em um agregado de direito de propriedade com outro direito real, nem há como distinguir entre a propriedade do bem superficiário, de um lado, e o direito de gozo limitado do solo, do outro lado. Estar-se-ia escandindo o que não pode separar-se. Termina a teoria, em última análise, por reduzir-se ao direito de propriedade superficiária, o que implica em visão unilateralizada da categoria, por isso que não abrange o direito de superfície enquanto simples direito de construir.

Finalmente, mencione-se a colocação segundo a qual, ao constituir-se o direito de superfície produz-se-ia uma alienação do espaço aéreo, estritamente na parte que encima o solo, da qual o titular do direito de superfície se tornaria dono. Em primeiro lugar, note-se que essa doutrina não explicaria a aquisição das edificações erigidas. De outro lado, observa MESSINEO que — embora não seja heterodoxo considerar o espaço aéreo alienável, já que se não pode qualificar de *não-coisa* o ambiente no qual as coisas estão, se movem e vivem, no qual a atividade humana se desenvolve — é mais satisfatória a solução que coloca no solo de outrem o objeto do direito real autônomo de construir. (96)

(96) MESSINEO, "Manuale" cit., vol. cit., p. 539.

1.4. As teorias que concebem binariamente a relação superficiária distinguem no direito de superfície duas ordens de relacionamento: **concessionário — bem superficiário e concessionário — dono do solo.**

Inexistem dúvidas maiores quanto ao primeiro: **consustancia direito de propriedade.**

O debate se feriu em torno da natureza jurídica do vínculo **concessionário — dono do solo.** Alguns qualificaram-no como **servidão oneris ferendi** ou **inominada.** Foi o caso de RUGGIERO (97) e de MESSINEO (98), sob o regime do Código Italiano de 1865. Também, no que toca a essa posição, far-se-á crítica quando se focalizar a diferença entre o direito de superfície e os outros direitos reais limitados. Outros sustentam adquirir o superficiário a propriedade do solo, verificando-se um fenômeno de **acessão** em sentido contrário ao normal. A concepção não recebe o sufrágio dos ordenamentos, briga com o conteúdo mesmo do direito de superfície. 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-se situação análoga à das relações de vizinhança. Haveria limitações legais recíprocas, qualificadas de naturais, já que é natural a conexão entre solo e edifício. Nessa posição se colocam, por exemplo, COVIELLO, SCUTO e CICU. (99)

1.5. Modernamente, a relação **concessionário — dono do solo** é uma relação autônoma, consustanciando um direito real de construir acima ou abaixo do solo de outrem, ou de nele plantar.

1.6. A estrutura da relação superficiária é plástica. Tem a propriedade de partir de uma relação simples, evoluindo para uma relação complexa. Poderá, em modalidade possível, nascer complexa.

Procuraremos lançar algumas luzes sobre essas afirmações.

Existem mecanicamente três momentos possíveis na relação superficiária:

(a) o direito real de construir ou plantar em solo alheio;

(97) RUGGIERO (Roberto de), "Instituições" cit., vol. cit., p. 456 e segs.

(98) MESSINEO, "Manuale" cit., vol. cit., p. 534.

(99) apud ARDITI (Alejandro Borzutzky), "El Derecho de Superficie" cit., p. 136-137.

(b) a propriedade separada superficiária, efeito da concreção do direito real de construir ou plantar em solo alheio;

(c) a propriedade separada superficiária, efeito da alienação que o *dominus soli* separadamente faz a outrem de construção já existente; efeito da alienação que o *dominus soli* separadamente faz a outrem do solo, reservando-se a construção; ou efeito da alienação separada que o *dominus soli* faz a duas pessoas, transferindo a uma o solo, a outra a construção já existente.

Nesse último tipo se tem a propriedade separada superficiária gerada 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 composto, assim ficando até perecer. Pode nascer simples, ficando simples até extinguir-se.

Teríamos, no primeiro caso, o direito de superfície criado como direito de construir ou plantar, concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum*. Exercido esse direito surge a propriedade separada superficiária, sem que se extinga o direito de construir ou plantar, conduzido 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 superficiário pode reconstruí-la, se ainda lhe resta prazo de concessão. Só não terá direito de reconstruir se o negócio jurídico superficiário dispõe em contrário. Ocorre, 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, desapareça: 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 obstaculizando essa aquisição. Vale salientar que uma expansão da propriedade do *dominus soli* acontecerá, abrangendo a coisa superficiária, no momento da expiração do termo previsto no negócio superficiário. Como decorrência do atributo da elasticidade do direito de propriedade — desaparecida a causa da limitação produzida ao direito do proprietário do solo pela interposição de um direito real de construir ou plantar em favor de outrem — o do-

mínio do *dominus soli* ganha em plenitude, com a extinção 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 é, em princípio, resolúvel, existindo 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 *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. No direito alemão a construção deixa de ser parte integrante essencial do direito de superfície para ser parte integrante essencial do solo. Acabamos de ver a situação em que o direito de superfície nasce simples e, pela realização da edificação ou plantação, se torna compósito.

Vejamos agora a situação referida na alínea c supra, deste item 6. Cuida-se da propriedade separada superficiária gerada pela cisão.

Há uma construção ou plantação, já existente, pertencente ao *dominus soli* pela estrita e normal aplicação do princípio da acessão. Com a criação do direito de superfície, nasce desde logo a propriedade separada superficiária.

Na espécie sob estudo — importa tornar claro — não é possível conceber propriedade separada não superficiária. Na hipótese da cisão (100), a relação superficiária é igualmente compósita. Também na propriedade separada por cisão não há como fazer-se abstração do direito real sobre o solo de outrem, razão jurídica determinante da não incidência do princípio da acessão, ensejadora da propriedade separada (superficiária). Quem adquire propriedade separada sobre o solo de outrem, estará necessariamente adquirindo direito real limitante da propriedade do solo, pois só assim se explica a coexistência da propriedade (separada) da coisa superficiária com a propriedade do solo.

Em outras palavras, em matéria de direito de superfície, ainda no caso de cisão, não se pode juridicamente admitir **propriedade separada não superficiária**.

(100) Art. 952, 2ª parte, do Código Civil Italiano: "Del pari può alienare la proprietà della costruzione già esistente, separatamente della proprietà del suolo."

O direito de superfície, enquanto concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum*, é relação superficiária simples, não composta.

É um direito real autônomo de construir ou plantar em solo alheio. A relação superficiária assim criada, simples direito de construir ou plantar, pode continuar simples, extinguindo-se simples, se o titular deixa exaurir o prazo da concessão, sem jamais edificar ou plantar.

O direito de manter a construção ou plantação em solo alheio existe como simples manifestação da propriedade separada superficiária do titular do direito de superfície.

Da exposição que vem de ser feita não há como negar a plasticidade do direito de superfície que pode:

(a) **nascer simples, continuar simples** até extinguir (mera concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum* sem concreção superveniente da coisa superficiária, havendo consequentemente um só direito: direito real de construir ou plantar em solo alheio);

(b) **nascer simples, tornando-se relação jurídica complexa** (concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum* com concreção superveniente da coisa superficiária, havendo dois direitos, momentos sucessivos e, a partir do aparecimento do segundo, coexistentes, fases de uma mesma relação superficiária: direito real de construir ou plantar em solo alheio (em estado de quiescência), e direito de propriedade sobre a coisa superficiária);

(c) **nascer complexa, ficando complexa**, identificando-se o direito de propriedade sobre a coisa superficiária e o direito real de gozo do terreno alheio em que está a coisa superficiária.

Façamos a análise de cada um desses direitos.

1.7. A concessão para construir ou plantar em solo alheio 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.

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (35), 1979.

É um direito subjetivo ao qual corresponde o dever jurídico do dono do solo da abstenção da prática de qualquer ato ou fato incompatível com a concessão conferida.

Como esclarece MESSINEO 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 (101). Contém um poder de transformação, cuja utilização tem o efeito constitutivo de gerar um direito de propriedade, que, por constituir uma limitação no exercício de outro direito de propriedade maior, cabe no conteúdo dele.

É um direito real sobre a coisa alheia, cujo exercício cria um direito de propriedade separada embutido em outro direito de propriedade.

A aquisição do direito real de construir ou plantar é derivada, constitutiva. (102)

1.8. A propriedade separada superficiária, gerada pela realização de construção ou plantação, bem como decorrente de cisão, é propriedade imobiliária, sujeita aos princípios reguladores desta, atendidas as peculiaridades da relação superficiária, como, por exemplo, a existência da obrigação do pagamento de um cânon (*solarium*) ou de uma certa importância paga de um só vez, na conformidade do negócio jurídico superficiário, sendo certo que essa obrigação de pagamento só existe quando expressamente estipulada. Não se pode afirmar seja o *solarium* da natureza, e não da essência, do direito de superfície. Simplesmente porque deve entender-se que, no silêncio do título da concessão, não há obrigação de pagamento.

A propriedade separada superficiária é transferível *inter vivos* e *causa mortis*; hipotecável; não se extingue pelo não-uso, já que o não exercício é manifestação do poder dominical; é tutelada pelas ações possessórias e petições; consideradas as limitações eventuais do título, ainda pode ser considerada plena.

(101) MESSINEO, "Manuale" cit., vol. cit., p. 535.

(102) MESSINEO, "Manuale" cit., p. 540.

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (35), 1979.

Sua aquisição, pelo exercício do direito de construir ou plantar, é aquisição originária, pois o direito de propriedade sobre a coisa superficiária nasce *ex novo*, não estando ligada por relação de causalidade ao título de nenhum proprietário precedente. (103). Importa esclarecer um ponto que a doutrina corrente não aflora. É o fato de que a propriedade separada superficiária pode vir a ser sacrificada pelo fato de a concessão para edificar ou plantar haver sido conferida a *non domino*. É preciso atentar que essa circunstância não é de molde a fazer com que se qualifique a aquisição da propriedade separada superficiária como *derivada constitutiva*. Ela é atingida, porque precedentemente o foi, de maneira direta, o direito real de construir ou plantar em solo alheio (esse adquirido derivadamente), base e fomento indeclinável de sua razão de ser.

Não será preciso esclarecer que, na propriedade separada superficiária gerada pela cisão, se tem espécie de aquisição derivada.

1.9. A causa da atribuição ao superficiário da propriedade da coisa superficiária é a concessão do direito de construir ou de plantar, e não o princípio do trabalho, por força do qual deve atribuir-se ao edificador ou plantador o resultado do seu trabalho. No caso da propriedade gerada por cisão não há nada de novo: a causa da atribuição é o próprio negócio jurídico — compra e venda, doação, testamento — que determina o ingresso da propriedade separada, sob a forma superficiária, no mundo jurídico.

1.10. Vale considerar, finalmente, que a renúncia do proprietário do solo ao direito de acessão não explica o direito de superfície senão de uma maneira unilateralizada. Em outras palavras, não explica o direito de superfície, enquanto direito real de construir ou plantar.

2. As premissas acima estabelecidas são suficientes para indicar, de maneira isenta de dúvidas, que o direito de superfície é um direito real autônomo.

Não pode ser reduzido à categoria dos outros direitos reais limitados, normalmente apontados como próximos do instituto objeto deste trabalho.

(103) MESSINEO, "Manuale" cit., p. 540.

Observa BARASSI que "o direito de superfície constitui na atualidade um direito real limitado que autoriza o titular a construir sobre o solo do concedente (quando a construção não seja anterior, erigida pelo próprio concedente) e a adquirir a propriedade temporânea da construção. É, assim, um direito real limitado sobre imóvel alheio, com individualidade própria, e deve, portanto, distinguir-se dos demais. . ." (104)

3. Distingue-se o direito de superfície 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 patentes pela própria natureza de cada qual, bastando considerar que, na enfiteuse, o foro é da essência; na superfície, o *solarium* não o é. O superficiário pode alienar seu direito, em princípio independentemente de consulta ao concedente, o que não ocorre na enfiteuse. Relativamente 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. Voltando ao direito romano, focalizando-se distinção válida até hoje, no direito de superfície se tinha a destinação do terreno à edificação de construções em terreno alheio, e a enfiteuse era um direito real pelo qual o titular (enfiteuta) tinha o pleno gozo de um terreno alheio para nele cultivar.

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.

No concernente às servidões, atente-se para o fato de que, ao menos na concepção moderna do direito de superfície, não se pode identificar dois imóveis, em que um seja dominante, outro serviente.

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

4. Não será destituído de interesse prático focalizar algumas situações jurídicas que a doutrina, vez por outra, aproxima do direito de superfície.

(104) BARASSI (Ludovico), "Instituciones de Derecho Civil", Tomo II, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1955, p. 69.

4.1. O direito ao sepulcro, por exemplo, é objeto de intenso debate na doutrina. TRABUCCHI qualifica o sepulcro construído em terreno alheio como caso típico e freqüente de direito de superfície. SALIS, embora reconheça a existência de situações análogas às do direito privado, enfatiza a circunstância de que, nessa matéria, toda a sua regulamentação é decisivamente inspirada em exigências e princípios do direito público, contidas nas disposições do poder de polícia mortuária. Entre nós CRETELLA JR. registra que "*nem a superfície, nem a enfiteuse, explicariam a situação especial do titular de sepultura, que, superficiário ou enfiteuta, poderia dispor de parte do domínio público, mediante processos típicos do direito civil, o que não se admite com relação a bens públicos.*" (105) Prestando-lhe adesão, alude o administrativista brasileiro à teoria do direito real administrativo, formulada por HAURIOU, em 1908, terminando por afirmar que o concessionário "*é titular de um direito real administrativo sobre a sepultura ou o sepulcro, direito que o coloca em relação jurídica com o município-concedente e com terceiros particulares, configurando-se, no primeiro caso, relações de natureza puramente administrativa, surgindo, no segundo caso, relações de direito comum ou civil, balizadas, entretanto, por princípios e normas de direito público.*" (106)

Entendemos nós que, na espécie, ainda que se trate de concessão em cemitério particular (ainda existem uns poucos remanescentes) a relação estará sempre necessariamente permeada de intenso interesse público, que não permite a adoção de fórmulas e conceitos de direito privado.

4.2. Também oferece margem a controvérsias a qualificação jurídica de banco mantido por particular em igreja, camarotes e cadeiras de domínio particular em teatros de propriedade alheia, e situações semelhantes, clássicas espécies da doutrina antiga. MESSINEO e TRABUCCHI consideram o "*direito de palco*" caso de verdadeira su-

(105) SALIS (Lino), "Della Superficie", cit., p. 64-66; TRABUCCHI (Alberto), "Instituições" cit., vol. II, p. 492; in Repertório Enciclopédico Brasileiro, vol. 5, p. 409; PONTES DE MIRANDA, "Trat. de Dir. Predial" cit., vol. II, p. 144; CUNHA GONÇALVES, "Princípios" cit., vol. I, p. 342; CRETELLA JR. (José), "Dos Bens Públicos no Direito Brasileiro", ed. Saraiva, S.P., 1969, p. 119-130, 289-298.

(106) CRETELLA JR. (José), op. cit., p. 129, invocando também BASAVILBASO (Villegas), in "Derecho Administrativo", 1952, vol. IV, 2ª parte, p. 517.

perfcie. (107). SALIS enfocando, por exemplo, os bancos de propriedade privada construídos em igreja, decide não configurarem caso de direito de superfície. (108) Tais hipóteses, como regra, não são encontradas entre nós, sendo certo que os bancos de praça, com inscrição dos nomes das pessoas que ensejaram os meios para fazê-los, encontrados em nossas municipalidades, são bens de uso comum, não se reservando, de acordo com nossos hábitos, aos particulares beneficentes, privilégio de qualquer natureza. (109)

4.3. Será interessante extremar a qualificação jurídica das jazidas e quedas d'água, de um lado, e o direito de superfície, do outro.

Já se viu ser o direito de superfície um direito real autônomo do concessionário que limita o direito de propriedade do dono do solo.

As jazidas e quedas d'água são coisas distintas do solo, não integrantes dele, constituindo propriedade (separada) da União Federal, porque assim o determinam a Lei Maior e a legislação ordinária. Nesse caso não houve mera limitação ao exercício do direito de propriedade do dono do solo. Houve limitação do conteúdo do direito de propriedade vinda de fora, para a criação de uma propriedade separada, não superficiária.

(107) MESSINEO, "Manuale" cit., vol. cit., p. 548; TRABUCCHI, "Instituciones" cit., Tomo I, p. 492: "Son casos típicos y frecuentes de superficie, por ejemplo, el del sepulcro construído en terreno ajeno, el derecho de tener un banco en una iglesia o un palco en el teatro...".

(108) SALIS (Lino), "Della Superficie" cit., p. 71.

(109) Houve há algum tempo, entre nós, acesa controvérsia entre o extinto Estado da Guanabara e titulares de cadeiras cativas no Estádio do Maracanã, irrisignados com uma taxa de manutenção instituída pela autoridade pública, não prevista originariamente: a matéria, em princípio, não chegou a ser debatida através do prisma do direito de superfície, oscilando a jurisprudência entre uma posição privatística, desaguando no pacto sunt servanda, e um enfoque publicístico, enfatizando a predominância do interesse público na conservação e manutenção do bem; GOMES (Orlando) inclui as cadeiras cativas nos estádios entre aquelas "figuras de direito" que encontram na superfície "o seu figurino", acrescentando ainda "a propriedade da linha férrea assentada em solo de outrem ou em terreno público; a propriedade dos quiosques em terreno alheio; a dos sepulcros, a dos viadutos sobre solo público ou de outrem; a dos pavilhões nos recintos das exposições" (in "O Direito de Superfície", art. cit., revista "Jurídica" cit., p. 35); várias dessas hipóteses, em nosso entender, pelo menos em razão da formulação recebida no comércio jurídico, não configuram direito de superfície, consubstanciando servidões administrativas, simples espécie de direito pessoal, situações específicas de direito administrativo absorvidas quase inteiramente pelo caráter regulamentar do poder de polícia administrativo.

Como dilucida PONTES DE MIRANDA, "o conteúdo de qualquer desses direitos reais limitados cabe no conteúdo do domínio; o conteúdo do domínio somente em parte cabe no conteúdo dos direitos reais limitados. . . Limitados e de conteúdo contido no conteúdo do domínio, sem que se possa dar exaustão, os direitos reais limitados restringem, por dentro, o domínio." (110)

No caso das jazidas e quedas d'água, por conseguinte, há limitação por fora do domínio do proprietário do solo; o conteúdo do direito de propriedade da União Federal não cabe no conteúdo da propriedade do senhor do solo. (111)

4.4. Ponha-se em tela agora a figura da concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, hoje, aliás, expressamente prevista em nosso ordenamento. (112)

Impende notar que a concessão de direito real de uso, outorgada por pessoa jurídica de direito público ou por particular, não se confunde com o direito de superfície.

Os princípios gerais conduzem necessariamente a essa conclusão. Basta considerar que não ocorre, na espécie tratada, a suspensão do

(110) PONTES DE MIRANDA, "Tratado de Direito Privado", vol. XVIII, ed. Borsari, R.J., 1967, p. 7.

(111) Não é de ser recebida, assim, a afirmação de DUVAL (Hermano), in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. 33, p. 106, segundo o qual a autonomia dominial das jazidas, minas, quedas d'água e das "florestas protetoras" seria caso de "ripristinção" em nosso ordenamento do "esquecido" direito de superfície.

(112) O Decreto-Lei nº 271, de 28.02.1967, dispondo sobre loteamento urbano, responsabilidade do loteador, concessão de uso e do espaço aéreo, e outras providências, institui no art. 7º a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra ou outra utilização de interesse social; no artigo 8º permite a concessão de uso do espaço aéreo sobre a superfície de terrenos públicos ou particulares, tomada em projeção vertical, para os fins previstos no art. 7º, na forma que venha a ser regulamentada; Helly Lopes Meirelles anota que a concessão de uso, que pode ser remunerada ou não, apresenta duas modalidades, a saber: a concessão administrativa de uso e a concessão de direito real de uso; a primeira, também denominada concessão comum de uso, apenas confere ao concessionário um direito pessoal, intransferível a terceiros; já a concessão de direito real de uso, instituída pelo Decreto-Lei nº 271, de 28.02.1967 (Arts. 7º e 8º), como o próprio nome indica, atribui o uso do bem público com direito real, transferível a terceiros por ato inter vivos ou por sucessão legítima ou testamentária.

princípio superficies solo cedit, não se verifica o amortecimento 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 diversas de direitos reais limitados, cada uma com sua carga conceptual específica.

4.5. Não será demasia aflorar a questão da construção invasora de solo alheio, problema que constitui objeto de tese de CLOVIS PAULO DA ROCHA, cuja solução tende a tornar-se direito positivo, se aprovado o texto do Projeto de Código Civil. (113) Nesse caso, conforme a orientação da melhor doutrina, termina ocorrendo acessão em sentido contrário ao princípio romano superficies solo cedit. (114) Daí a propriedade da alusão que nesse passo se faz ao tema.

(113) CHAMOUN (Ebert Vianna), membro da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, encarregado da parte relativa ao Direito das Coisas, em sua exposição de motivos para o 1º Anteprojeto (1972), aborda extensivamente o ponto, asseverando em certa passagem: "No direito brasileiro, a questão foi agitada pelo eminente professor Clovis Paulo da Rocha, em sua monografia a respeito "Das construções na teoria geral da acessão." Ele defende a tese do interesse social na conservação das construções e concede, ao dono da edificação invasora, a propriedade do solo invadido, através de pagamento de indenização que exprima assim "o valor do mercado da área perdida" como a desvalorização da área remanescente" (in "Código Civil, 4º volume, "Direito das Coisas", Quadro Comparativo, Notas, Subsídios", ed. da Subsecretaria de Edições Técnicas, do Senado Federal, relativa à reforma do Código Civil Brasileiro). O Projeto de Lei nº 634, de 1975, do Poder Executivo, propondo a reforma do Código Civil, na parte relativa ao problema, sugere: "Art. 1296. Se a construção, feita parcialmente em solo próprio, invade solo alheio em proporção não superior à vigésima parte deste, adquire o construtor de boa-fé a propriedade da parte do solo invadido, se o valor da construção exceder o dessa parte, e responde por indenização que represente, também, o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente. Parágrafo único. Pagando em décuplo as perdas e danos previstos neste artigo, o construtor de má-fé adquire a propriedade da parte do solo que invadiu, se em proporção à vigésima parte deste e o valor da construção exceder consideravelmente o dessa parte e não se puder demolir a porção invasora sem grave prejuízo para a construção. Art. 1297. Se o construtor estiver de boa-fé, e a invasão do solo alheio exceder a vigésima parte deste, adquire a propriedade da parte do solo invadido, e responde por perdas e danos que abrajam o valor que a invasão acrescer à construção, mais o da área perdida e o da desvalorização da área remanescente; se de má-fé, é obrigado a demolir o que nele construiu, pagando as perdas e danos apurados, que serão devidos em dobro"; as emendas 663 e 664, apresentadas pelo deputado FERNANDO CUNHA, propõem a supressão do art. 1296, bem como do artigo 1297, in Diário do Congresso Nacional (Suplemento), de 10.04.76, p. 237.

(114) v. sobre o assunto WALD (Arnoldo), op. cit., p. 171; RODRIGUES (Silvio), "Direito

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (35), 1979.

4.6. Finalmente, sem a pretensão de haver esgotado o rol das situações vizinhas do direito de superfície, será conveniente deixar consignado que esse direito real não serve para a explicação da natureza jurídica do condomínio em edifício de apartamentos, sobretudo, em nosso direito, em que necessariamente a cada unidade exclusiva corresponde uma fração ideal do terreno. O direito de superfície pressupõe inafastavelmente construção em solo alheio. (115)

## SEÇÃO II

### 1 – Constituição do direito de superfície. 2 – Espécies.

1. Para o direito romano, o direito de superfície se constitui por contrato (locação, venda, doação), ou por ato de última vontade. (116)

---

das Coisas", ed. Saraiva, 1972, p. 101; ESPINOLA (Eduardo), "Posse, Propriedade, Condomínio, Direitos Autorais", ed. Conquista, R.J., 1956, nº 142, p. 216; v. acórdão sob nºs 799, 803 e 850, in "Repertório de Jurisprudência do Código Civil", ALCKMIN (J.G.R.), Direito das Coisas, arts. 485-622, ed. Max Limonad, São Paulo, 1951.

(115) PEREIRA (Caio Mario da Silva), "Propriedade Horizontal", Ed. Forense, 1961, p. 49, referindo SIMONCELLI (Domenico), em verbete "Superfícies", Novo Digesto Italiano, citado nesta tese, para quem a propriedade horizontal assumiria um caráter de uma verdadeira propriedade superficiária, sendo de observar que SIMONCELLI estava diante de outros pressupostos de direito positivo que não são os nossos; GOMES (Orlando), "Direitos Reais", cit., p. 303; ESPINOLA (Eduardo), "Posse, Propriedade, Condomínio, Direitos Autorais", cit., p. 362; PONTES DE MIRANDA, "Trat. de Dir. Predial" cit., vol. II, p. 144; BATALHA (Wilson de Souza Campos), "Loteamentos e Condomínios" cit., p. 76; MAXIMILIANO (Carlos), "Condomínio" cit., nº 80, p. 106.

(116) GONDIM NETO, "Posse indireta", ed. Imprensa Industrial, Recife, 1943, p. 97, esclarece que o contrato de superfície nunca foi reputado um contrato independente, aduzindo que "era venda, locação ou doação, conforme se concedia o direito por um preço global, mediante pagamentos periódicos ou gratuitamente"; CORREIA-SCIASCIA, "Manual de Direito Romano", vol. cit., p. 205; CHAMOUN (Ebert), "Instituições de Direito Romano" cit., observando que, na constituição pela doação, "o solarium é objeto de renúncia".

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (35), 1979.

1.2. Para o direito moderno, pode dizer-se que 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, se dirá em seguida.

1.3. O contrato superficiário é negócio jurídico solene, devendo ser obedecida a forma prevista para a constituição de direitos reais sobre imóveis. O conteúdo do contrato é relevante, por isso que o instrumento normalmente 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 da parte do solo adjacente à construção ou plantação com a definição do modo de utilização dessa área.

1.4. Como referido, pode constituir-se por disposição de última vontade, que institua legado ad hoc.

1.5. Quem poderá constituir o direito de superfície? De acordo com os princípios gerais, entendemos que apenas o proprietário. Poder-se-ia, a uma primeira vista, aceitar a criação pelo enfiteuta de direito de superfície em favor de terceiro. Parece-nos, contudo, que se é exclusivamente em favor do proprietário que opera a acessão, somente ele poderá suspender os efeitos do princípio *superfícies solo cedit* e não o titular de um direito real limitado. A amplitude possível dos poderes que fazem o conteúdo de um direito real limitado não pode conferir ao seu titular força suficiente para impedir que a eventual propriedade separada superficiária aceda ao solo, que afinal é do domínio do enfiteuticador. Ninguém pode dispor do que não tem.

Por outro lado, tratando-se de condomínio, os condôminos só poderão constituir o direito de superfície com o consenso de todos.

1.6. Saber se é possível constituir direito de superfície em propriedade separada superficiária é matéria de que se cuidará quando da análise do exercício da superfície, ferindo o problema da chamada *sobrelevação*.

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

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (35), 1979.



Pode ser oneroso ou gratuito, já que o *solarium* ou a pensão superficiária não é da essência desse direito real limitado.

Os princípios não impedem seja ele temporário ou perpétuo. Na primeira hipótese ter-se-á a propriedade separada superficiária temporânea.

1.8. A doutrina dá notícia da possibilidade da constituição do direito de superfície por usucapião. (117) Não conseguimos vislumbrar 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. Essas dificuldades surgem quando se desce do abstrato ao 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 ela está edificada? MESSINEO, que admite o usucapião nesse caso, faz uma ressalva fundamental: *"Tuttavia, è possibile che il possesso occorrente presenti il carattere dell'equivocità, potendo non apparire certo, se il possesso investa la costruzione, come separata dal suolo, secondo è necessario."* (117) A situação equívoca a que alude o autor será, ao que entendemos, o que normalmente acontece, de forma que, em princípio, *quod plerumque accidit*, ter-se-á a consumação de um usucapião alcançando a coisa superficiária e o solo: isso logicamente não consubstancia aquisição de direito de superfície.

Quanto ao direito de superfície, enquanto concessão para construir ou plantar, não vemos, pelo menos em face de nosso ordenamento, como aceitar o usucapião ordinário, fundado em um título outorgado a *non domino*. Como esclarece ORLANDO GOMES — que aceita 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.

TRABUCCHI, que em princípio admite a aquisição do direito de superfície com as ressalvas que menciona, refere o único caso em que talvez possamos admitir esse modo de aquisição para a espécie de que

(117) MESSINEO, "Manuale" cit., p. 542; TRABUCCHI, "Instituições", vol. 2, p. 493; SALIS, "La Superficie" cit., p. 81; GOMES (Orlando), artigo cit. "O Direito de Superfície" cit., p. 39.

cuidamos. (118) Seria a hipótese de coisa superficiária sobre solo público, por isso que a impossibilidade jurídica da aquisição do solo tornaria inócua a projeção da posse sobre esse solo, desfazendo só por força desse dado jurídico a situação equívoca mencionada por MESSINEO.

1.9. Em sistemas de direito positivo estrangeiro, há previsão legal expressa quanto à possibilidade da constituição de direito de superfície pela via da expropriação. É o caso da lei bávara de 9 de maio de 1928, aludida por WOLFF. (119) Entre nós, ainda que lei ordinária houvesse nesse sentido, a justa indenização teria que inarredavelmente abranger o valor do solo em que assentasse a coisa superficiária gerada pela expropriação, o que pragmaticamente tornaria sem sentido a providência administrativa.

1.10. Não reputamos provável se possa imaginar a existência de uma relação superficiária concreta, entre particulares, criada pela lei. Um direito de superfície particular emanado diretamente ministerio legis.

Talvez se possa mencionar a lei como modo de constituição de um direito de superfície, apenas quando se cuide de lei formal outorgando concretamente a um concessionário o direito de construir e plantar em solo público, ressalvada a análise de tal disposição em face da isonomia constitucional.

1.11. Os princípios determinam se imponha a publicidade como requisito da constituição do direito de superfície.

O § 1015 do B.G.B. — dispositivo hoje revogado — chegava a determinar que o acordo de vontades do proprietário e do adquirente, exigido pelo § 873 para a constituição de um direito de superfície, se realizava pela declaração das duas partes presentes ao mesmo tempo à repartição imobiliária.

2. Vejam-se agora as espécies do direito de superfície.

(118) TRABUCCHI, op. cit., p. 493, nota 4, in fine.

(119) ENNECERUS-KIPP-WOLFF, "Tratado de Direito Civil" cit., "Derecho de Cosas", vol. II, p. 8, nota 3.

2.1. O direito de superfície pode referir-se a construções ou plantações. Dessa matéria cuidar-se-á quando do exame do objeto da superfície.

2.2. O direito de superfície pode acontecer sobre o solo, como no subsolo. A concessão no subsolo — embora a rigor torne inadequada para a espécie a expressão direito de superfície — está por exemplo prevista no artigo 955 do Código Civil italiano. O Código Civil português inadmite essa modalidade, ao estatuir que “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. 1525, nº 2).

Normalmente, a doutrina pensa em termos de superfície no subsolo aplicável somente a construções. Vale mencionar que o Código Civil italiano que prevê a superfície no subsolo, veda *in genere* a superfície vegetal. Nada impede que de *lege ferenda*, e na conformidade do avanço tecnológico, se admita a superfície vegetal no subsolo.

2.3. O direito de superfície pode ser total ou parcial, no sentido de que pode estender-se a todas as coisas que se encontrem na superfície ou a apenas algumas delas. (120)

Entre as modalidades outras que poderiam ser ainda lembradas, no direito alemão, estão o direito de superfície social e o direito de superfície para reconstrução. (121)

A concessão *ad aedificandum* (direito a construir), o direito a plantar, o direito de superfície por cisão, já foram referidos quando do tratamento da estrutura e natureza jurídica da relação superficiária.

### SEÇÃO III

1 — Elementos subjetivos da relação superficiária. 2 — O objeto do direito de superfície.

1. São sujeitos na relação jurídica superficiária o **concedente** (proprietário do solo, *dominus soli*) que outorga o direito de construir

(120) PLANIOL-RIPERT, “Traité Pratique de Droit Civil” cit., p. 324.

(121) HEDEMANN (J.W.), “Tratado de Derecho Civil” cit., p. 309-310.

ou plantar, ou aliena a construção ou o solo reservando-se para si o remanescente, ou, finalmente, transfere o domínio do solo e a propriedade da construção a pessoas diferentes; o **concessionário**, (superficiário, proprietário da construção ou proprietário da plantação), a quem é conferido o direito de construir ou plantar, ou a quem é transferida a propriedade do solo, da construção ou plantação, nas situações anteriormente referidas.

2. O objeto do direito de superfície pode ser relativo a construção ou referente a plantação. Nesse último caso, a doutrina denomina vegetal, rústica ou agrícola. No primeiro, poder-se-ia chamar de edilícia.

Já se mencionou que as fontes do direito romano não acusam direito de superfície tendo por objeto plantações. O Código Civil italiano, artigo 956, estabelece que não poderá constituir-se ou transferir-se a propriedade de plantações separadamente da propriedade do solo. Embora o lamente DERNBURG, a Regulamentação de 1919 também não permite que o direito de superfície se refira a uma plantação. (122)

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

Plantação é toda formação vegetal existente em um terreno, não impedindo os princípios que o direito de superfície tenha por objeto uma floresta ou uma árvore isolada. (123)

Vale salientar que, em princípio, pode ser objeto do direito de superfície tudo o que seja suscetível de acessão, pois a propriedade superficiária pressupõe a suspensão ou interrupção da eficácia do princípio *superficies solo cedit*.

(122) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, “Tratado de Derecho Civil” cit., “Derecho de Cosas” vol. 2 cit., § 104, II, I, e nota 5.

(123) ASCENSÃO (José de Oliveira), “Estudos sobre a superfície e a acessão” cit., p. 11.

## SEÇÃO IV

1 — Direitos e obrigações do concedente. 2 — Direitos e obrigações do superficiário. 3 — Exercício do direito de superfície.

1. O concedente, apesar de constituído o direito de superfície — sob a forma de concessão para construir ou plantar ou sob a forma desde logo de propriedade separada superficiária — ressalvadas as restrições contidas no título do negócio superficiário, conserva o direito de utilizar o imóvel de forma compatível com a limitação que lhe produz a existência do direito real em favor de outrem. (124) Pode assim, observada a extensão da dita limitação, exercer os seus direitos de proprietário no subsolo, no espaço aéreo e na parte remanescente do solo de sua propriedade.

Tem o concedente os direitos e obrigações que defluam do conteúdo do negócio superficiário, inclusive o de receber o *solarium* ou pensão superficiária na forma ajustada. A renda superficiária não é da essência do negócio superficiário, que pode ser concebido como direito de superfície a título gratuito. Entendemos que o *solarium* ou a pensão superficiária também não é da natureza do instituto. Para que a concessão seja a título oneroso é preciso que tenha sido pactuada nesses termos. Observa-se, em direito romano, que o direito de superfície constituído pela doação ocorre quando o *solarium* é objeto de renúncia. (125) Se havia renúncia, infere-se que para haver gratuidade seria necessário que ela fosse estipulada expressamente.

No direito de superfície temporário, o proprietário tem o direito de ver a coisa superficiária ingressar em seu patrimônio, com ou sem indenização. Essa aquisição do bem superficiário, expirada a duração do direito de superfície, dá-se de pleno direito, inexistindo a necessidade de qualquer *quid* negocial.

Há um direito de preferência do *dominus soli* no caso de venda ou doação em pagamento do direito de superfície, seja como direito de

(124) MESSINEO, in "Manuale" cit., p. 535, nº 3, B, a.

(125) CHAMOUN (Ebert), "Instituições de Direito Romano" cit., p. 268.

construir ou plantar, seja como propriedade separada superficiária. Determina o Código Civil português que, sendo enfiteutico o bem superficiário, prevalece a preferência do proprietário do solo sobre a prelação do enfiteuticador. (Art. 1535). O projeto de reforma do Código Civil brasileiro, em dispositivo louvado pela doutrina, institui o direito de preferência tanto em favor do concedente, como em favor do concessionário para a aquisição da propriedade do solo, no caso de sua alienação (Art. 1405).

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 do advento do termo, se o superficiário der ao solo destinação diversa da prevista no título, que igualmente pode contemplar outros casos de resolução.

Em princípio — salvo soluções específicas de determinado direito positivo, como o caso do direito alemão na hipótese de resolução antecipada do direito de superfície — extinto o direito de superfície pelo advento do termo final, o *dominus soli* recebe a coisa superficiária não onerada.

Quanto à questão da posse do concedente sobre o objeto do direito de superfície, se dirá ao cuidar da proteção do direito de superfície.

2. O superficiário tem o direito de gozo do solo alheio e 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 é 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. Falar-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 ou plantar, seja a propriedade sobre a coisa superficiária. Essa transferência se faz respeitadas as estipulações que formam o conteúdo do direi-

to de superfície, e o que já ficou dito anteriormente, 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 concessão 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 direito de superfície onerosa está obrigado a pagar o solarium — renda anual acordada — ou a pensão superficiária na forma avençada. Os princípios não obrigam seja a contraprestação em dinheiro.

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

O superficiário poderá reconstruir a coisa superficiária, no caso de seu perecimento, enquanto durar o direito de superfície.

Responde ele pelos encargos e tributos que incidirem sobre o solo enquanto durar o direito de superfície.

3. Ponham-se em tela alguns aspectos relacionados com o exercício do direito de superfície, além daqueles já mencionados ao longo da exposição dos direitos e obrigações de cada um dos sujeitos da relação superficiária.

Cabe dar momento a alguns tópicos relativos ao tema do exercício do direito de superfície.

3.1. O primeiro guarda pertinência com os limites especiais do poder do gozo do titular do direito de superfície. Em outras palavras, versa a questão da possibilidade de o superficiário estender o seu direito à área adjacente ao solo em que está a coisa superficiária.

Se o texto do título é expresso não pode haver dúvidas: o superficiário poderá ampliar o gozo do solo alheio aos pátios e jardins circun-

dantes da construção, às porções de terreno livre necessárias a dar à construção, melhor aeração, luz, etc. Nesse sentido dispunha o § 1013 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 § 1º, 2º período, da Regulamentação alemã de 1919, 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. (126) Parece-nos excessiva essa colocação. Será mais 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.

3.2. Será possível constituir um direito de superfície sobre a propriedade separada superficiária? Direito de superfície sobre outro direito de superfície? É possível construir sobre edificação alheia? Existe o chamado direito de sobrelevação?

A indagação, em direito italiano, é resolvida afirmativamente, anotando MESSINEO que, na sobrelevação, o objeto não é somente a construção precedente, mas, com ênfase maior, o solo sobre o qual essa última se eleva. (127)

O direito suíço trata a espécie como caso de “*droit de superficie au second degré*.” (128)

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.

3.3. Também interessante é saber a quem atribuir a propriedade da construção se um terceiro — e não o superficiário — efetiva a construção. Incensurável a conclusão de SALIS, para quem outra não pode

(126) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, “Tratado de Derecho Civil”, vol. cit. p. 4.

(127) MESSINEO, “Manuale” cit., p. 549.

(128) Ver duas interessantes decisões sobre a espécie nas notas ao art. 779 do Código Civil suíço, in “Code Civil Suisse et Code des Obligations” ed. Payot, Lausanne, 1977.

ser a solução, senão a de atribuir a propriedade da edificação ao concessionário do direito de superfície. Isso porque, em razão da concessão anteriormente feita, escapa ao *dominus soli* o poder de construir, e assim a edificação só pode ser tida como atribuível ao titular do direito real de construir: o superficiário.

## SEÇÃO V

### *Duração da superfície*

1. O direito de superfície pode ser temporário ou perpétuo. O artigo 1524, do 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 da coisa superficiária, fenômeno que será estudado no momento de enfocar a extinção do direito de superfície.

O direito alemão prevê a possibilidade de o *dominus soli* excusar-se do dever de indenizar, oferecendo uma prorrogação da vida da relação superficiária pelo tempo de duração do edifício. Objetando o superficiário, extingue-se o seu crédito — e o que é grave — com prejuízo dos eventuais titulares de direitos hipotecários sobre o direito de superfície. (129)

## SEÇÃO VI

### *Extinção da superfície*

1. Extingue-se o direito de superfície:

(a) pelo advento do termo;

(b) pelo descumprimento das obrigações assumidas pelo superficiário, quando a resolução do direito for a consequência prevista;

(129) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, "Tratado de Derecho Civil" cit., vol. cit., p. 13.

(c) pelo não exercício do direito de construir ou plantar dentro de prazo legalmente assinado (não-uso);

(d) pelo abandono.

Extingue-se ainda o direito de superfície por outras causas gerais como a confusão dos titulares do domínio do solo e do direito de superfície, *usucapio libertatis*, e pela expropriação do solo e da propriedade separada superficiária.

2. Com o advento do termo, já se viu, ocorre o ingresso no patrimônio do *dominus soli* da coisa superficiária, com ou sem indenização. Esse ingresso se dá de pleno direito, não pressupondo qualquer ato de volição.

Acontece que, com a extinção do direito de superfície, a atuação normal do princípio da acessão não encontra mais o obstáculo de um direito de construir ou plantar concedido a outrem, a título de direito real. Não é a propriedade separada superficiária que impede a atuação da acessão, mas sim o direito real limitado de gozo do solo concedido ao superficiário. Tanto assim que a coisa superficiária pode perimir e a acessão continua contida.

Pode haver direito real de construir ou plantar sem existir propriedade separada superficiária. Entendemos, porém, contra o opinamento de SALIS (130), que não podem as partes, a título de direito real, prever para a propriedade separada prazo maior de duração, de forma que o prazo da concessão se extinguiria, continuando a existir uma propriedade separada da construção. Nesse caso, segundo SALIS, havendo o perecimento da coisa, já não poderia exercer-se o direito de reconstrução.

Entendemos que expirada a concessão, com ela se extingue a propriedade separada superficiária, não havendo como juridicamente admitir a sobrevivência de um propriedade separada (não superficiária) da construção ou plantação.

As partes determinam os efeitos a se desdobrarem quando do advento do termo final da concessão: reversão, gratuita ou não, da coisa superficiária; levantamento da construção às expensas do concessio-

(130) SALIS (Lino), "La Superficie" cit., p. 117.

nário, entregue o solo no estado em que se encontrava anteriormente à concessão.

O ajuste da entrega da coisa superficiária a um terceiro será substancialmente uma transmissão do direito de superfície.

3. O descumprimento de obrigações pelo superficiário pode acarretar a resolução do direito. O comisso, resolução do direito pelo não pagamento do solarium ou da pensão superficiária ao longo de certo tempo, não é de rigor. Na Alemanha, em certos casos o comisso é excluído, sobretudo para evitar o comisso usurário.

Somos de opinião que se há comisso contemplado, bem como "reversão" com indenização, a extinção da superfície antecipada pelo comisso não exime o concedente da obrigação do pagamento da indenização.

4. No concernente à extinção pelo não-uso, é óbvio que ela se refere à concessão de construir ou plantar. A propriedade sobre a coisa superficiária é direito de propriedade: como tal não se extingue pelo não-uso. O prazo assinado para o exercício do direito de construir é de decadência e não de prescrição, que necessariamente pressupõe lesão. O fato de o superficiário não construir, no estado atual da doutrina, não constitui lesão ao direito de quem quer que seja. Logo, esse prazo, no rigor dogmático, não pode ser qualificado de prescricional. Embora sendo um prazo extintivo, decadencial, a nosso ver nada impede possam as partes, no contrato superficiário, prever hipóteses de interrupção e suspensão.

5. A propriedade separada superficiária é suscetível de abandono, e igualmente de renúncia, nos mesmos termos em que o é a propriedade imobiliária. O direito de superfície, enquanto direito de construir e plantar, pode ser objeto de renúncia. Embora no plano dogmático se pudesse identificar também, nesse caso, a figura do abandono, o fato é que, na realidade, seria difícil distinguir o abandono do não-uso. Por força dessa razão será sempre prudente admitir pragmaticamente que será necessário aguardar o curso do prazo de tempo após o qual — pelo não exercício — se extingue o direito de superfície.

6. No tocante aos efeitos da extinção, já se viu que se o direito de superfície se extingue pelo advento do termo, acontece a denominada "reversão" da coisa superficiária ao proprietário do solo.

Poder-se-ia admitir verdadeira reversão, considerando-se que o fenômeno do ingresso da coisa superficiária ocorre de pleno direito, sem a necessidade de qualquer ato volitivo. Conseqüentemente, no mesmo momento, pela liberação da força absorvente da propriedade do solo — solta pela extinção do direito de superfície que a continha — a coisa superficiária, antes de o solo ser devolvido pleno ao seu dono, já está a ele acedida, seguindo-lhe a sorte. Dir-se-ia que a coisa reverteria ao dominus soli junto com a devolução do solo em estado de plena in re potestas. Preferimos, porém, considerar que a coisa superficiária ingressa ex novo no patrimônio do proprietário do solo, onde nunca estivera antes.

6.1. Convém explicitar os efeitos da extinção do direito de superfície no tocante aos ônus reais que gravam o solo e o direito de superfície, à luz dos sistemas jurídicos mais modernos, como, por exemplo, o direito italiano.

Os direitos reais sobre o solo se estendem à construção, salvo a hipoteca.

A extinção do direito de superfície pelo advento do termo importa extinção dos direitos reais instituídos pelo superficiário. O mesmo acontece com a hipoteca, salvo se houver direito do concessionário a indenização, quando o ônus hipotecário passa a incidir sobre essa indenização.

Se por outra causa se extingue o direito de superfície, reunindo-se na mesma pessoa a titularidade do direito de propriedade sobre o solo e a do direito de superfície, a hipoteca sobre um ou outro continua a gravar cada um desses direitos.

Ainda no direito italiano, se a coisa superficiária estiver locada, a relação locatícia perdurará pelo período de um ano contado da expiração do prazo de concessão.

No direito alemão, na conformidade do § 12, terceiro período, da Regulamentação de 1919, com a extinção do direito de superfície as partes essenciais do direito de superfície se convertem automaticamente em partes do imóvel (131), e as hipotecas gravando o direito de superfície continuam existentes. (132)

(131) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, "Tratado de Derecho Civil", vol. cit., p. 12.

(132) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, "Tratado de Derecho Civil", vol. cit., p. 10.

## SEÇÃO VII

### *Proteção do direito de superfície*

1. Goza o superficiário das pretensões fundadas no direito de propriedade, como titular da propriedade separada superficiária.

1.2. Como possuidor da edificação ou plantação e do solo edificado ou plantado, goza da proteção possessória em geral.

1.3. No tocante ao direito de superfície, enquanto direito de construir ou plantar, é oportuno trazer à colação a aguda análise de ROSSI, justificando, em direito romano, a asserção de que a posse do superficiário é uma *quasi possessio iuris*, e o interdito de *superficiebus* um interdito quase possessório. (133)

Observa o jurista que a *possessio corporis* era no direito romano a relação exteriormente aparente que normalmente existia entre o proprietário e a coisa de sua propriedade. Era ainda a relação aparente entre o titular de um direito diverso do de propriedade e a coisa objeto desse direito, quando esse direito, embora implicando no reconhecimento da propriedade de outrem, consubstanciava o direito exclusivo do titular à conservação do poder de fato sobre a coisa (posse derivada). A *quasi possessio iuris* era a relação exteriormente aparente que normalmente existia entre o titular de um certo direito, diverso da propriedade, sobre uma coisa e esta coisa, quando tal direito implicava no reconhecimento da propriedade de outrem e no direito de conservar a relação possessória com a coisa, na medida necessária ao exercício do direito, do qual resultava derivar a relação possessória mesma. Prossegue o autor afirmando que a proteção inerente à *quasi possessio iuris* vinha praticamente tutelar relação possessória que o titular do direito tinha com a coisa em virtude do direito possuído, embora essa relação possessória tivesse a natureza de detenção. Existiam, assim, várias posses referentes a uma mesma coisa, porque o quase-possuidor do direito gozava da tutela possessória e porque tinha praticamente a posição (pelo menos dentro de certos limites) de um possuidor da coisa, e a pessoa, que estava relativamente à coisa nessa aparente posição de proprietário, gozava da proteção possessória como possuidor. Anota

(133) ROSSI (Lanclotto) "Il. Digesto Italiano", verbete cit., p. 39.

ROSSI que essa situação não feria o princípio da inadmissibilidade da *possessio plurium in solidum*, por isso que as duas posses, embora referentes à mesma coisa, tutelavam relações diversas, entre si compatíveis e passíveis de verificação simultânea. Dizer que o objeto de uma posse era a res era exprimir o direito de propriedade sobre a coisa (*possessio corporis*); dizer que o objeto de outra posse era um *ius* exprimia um direito diverso da propriedade, compatível com a propriedade alheia (*possessio iuris* ou *quasi possessio iuris*). Conclui ROSSI que, tendo em conta esses conceitos e o direito de superfície, a questão da definição da posse do superficiário se resolve claramente, sem necessidade de recorrer à construção de tipos especiais de posse, como o da *quasi possessio corporis*. A posse do superficiário, para o autor, não é senão uma *quasi possessio iuris*. (133)

Observa REGINA GONDIM que "*distinguindo as coisas em corporales e incorporeales, os romanos opunham, aparentemente, as coisas aos direitos, e, confundindo o domínio com o seu objeto, consideravam o direito de propriedade como o único bem corpóreo, sendo incorpóreos todos os demais direitos — surgindo então uma corporis possessio, em vez de uma possessio dominii seu proprietatis, posse de coisa em lugar de posse de direitos, admitindo-se para os outros direitos uma iuris quasi possessio.*" (134)

Como se evidenciou, o direito de superfície era, no direito romano, um *ius in re aliena*, sendo de admitir-se, no seu titular, uma *iuris quasi possessio*.

A solução vale para o direito moderno, de forma a conceituar a posse do direito de superfície, enquanto direito de construir e plantar, refletindo uma relação já exteriormente aparente.

2. De todo conveniente, nessa oportunidade, a consideração da natureza da posse do *dominus soli*, na relação resultante do direito de superfície.

GONDIM NETO focaliza diretamente o ponto, forte em KNIEP, cuja lição reproduz: "*Não há dúvida, todavia, de que o superficiário (Erbbauberechtigten) deve ser considerado como possuidor da coisa. Aquele que concede a Superficies (Erbbaurecht) alcança, desde logo,*

(134) GONDIM (Regina), "Da Evicção", Rio de Janeiro, 1965, p. 59.

posse indireta, se estabeleceu uma condição extintiva, ou se a concessão foi feita por um prazo determinado. Mas também onde foi convenção o direito de superfície de duração ilimitada, sempre devem restar ao concedente alguns direitos de posse (*Besitzesbefugnisse*), de modo que nós não lhe podemos contestar a posse indireta." (135) Prossegue o autor aduzindo que essa opinião está longe de ser geralmente aceita, recorrendo para essa demonstração às palavras de PLANCK: "É discutido se superfície (*Erbbaurecht*) e enfiteuse (*Erbpachtrecht*) produzem posse indireta. A verdade é que estes direitos podem ser constituídos por tempo ilimitado e, assim, se não pode dizer que ao superficiário e ao enfiteuta, possuidores do imóvel gravado, seja atribuída a posse temporária. A corrente dominante devia, portanto, logicamente, negar a posse indireta. Na concepção aqui adotada, o fator tempo não é inteiramente decisivo." Adiante, definindo sua posição para a enfiteuse, depois de salientar ser ela, entre nós, por sua essência perpétua, ex vi do disposto no art. 679 do Código Civil, conclui não parecer "razoável aplicar ao enfiteuta que, pelo nosso Código, necessariamente, tem domínio útil perpétuo, os princípios do art. 486 sobre posse direta e indireta, visto como lhe falta o requisito da temporariedade, a menos que se pense na circunstância do comisso, que, evidentemente, não deve influir sobre a natureza da posse." (136)

Conseqüentemente, diante dessas premissas, é possível afirmar que, no direito de superfície temporário, o *dominus soli* tem a posse indireta do solo edificado ou plantado sendo certo que — diante dos pressupostos já deduzidos longamente neste ensaio de uma teoria geral do direito de superfície, essa posse indireta do concedente se limita ao solo edificado ou plantado: sobre a coisa superficiária o concessionário tem a posse e propriedade exclusivas. É de observar ainda que enquanto o concessionário não inicie a exteriorização dos atos conducentes à efetivação da construção ou plantação, o *dominus soli* conserva a posse direta do solo, podendo praticar todos os atos compatíveis com a concessão feita. (137)

(135) GONDIM NETO, in "Posse Indireta", ed. "Imprensa Industrial", Recife, 1943, p. 99.

(136) GONDIM NETO, in "Posse Indireta" cit., p. 100.

(137) Art. 1532, do Código Civil português: "Enquanto não se iniciar a construção 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".

## CAPÍTULO V

### O DIREITO DE SUPERFÍCIE E O DIREITO BRASILEIRO

#### SEÇÃO I

1 — O Direito anterior ao Código Civil brasileiro. 2 — O silêncio da codificação de 1916. 3 — A posição da doutrina brasileira. O ordenamento e o instituto.

1. O direito de superfície foi admitido em nosso direito até o advento da Lei nº 1237, de 24 de setembro de 1864.

1.2. TEIXEIRA DE FREITAS, em nota ao artigo 52, § 2º, da Consolidação das Leis Cíveis, quando arrola entre "as cousas do domínio do Estado" "quaesquer accumulações de terras casuaes, ou artificiaes, que assentão sobre o fundo do mar (18), terras devolutas (19), minas e terrenos diamantinos (20), páo-brasil (21)", faz remissão a essa nota 21, onde indica: "(21) Regime de 12 de Dezembro de 1605, Lei nº 243, de 30 de Novembro de 1841 Art. 11, e Regul. de 11 de Janeiro de 1842. É um direito real de superfície". (O grifo é nosso) (138)

Volta TEIXEIRA DE FREITAS, em nota 1 ao artigo 884, a aludir ao direito de superfície: "Ao domínio com aplicação extensiva ao alto e baixo do solo chama o Direito Francez — *droit de dessus* — *droit de dessous*, e que bem chamamos — direito de sobre — direito de sob. Direito de sobre, como no direito de superfície da Not. 21 ao art. 52, § 2º, supra. Direito de sob, como nos casos da Not. 20 ao mesmo art. 52, § 2º, supra; e mais nos de direitos sobre cisternas, poços, algibes, etc." (Os grifos são do jurista) (139)

Finalmente, TEIXEIRA DE FREITAS, em nota ao artigo 1332, registra passagens das Ordenações: "(14) *Cit. Ord. L. 1º T. 68 § 32* — porque por tempo algum nunca poderá adquirir posse em o dito balcão. *Das palavras* — sempre assim o debaixo do balcão, como ar de ci-

(138) TEIXEIRA DE FREITAS, "Consolidação das Leis Cíveis", 3ª edição, B.L. Garnier, Rio de Janeiro, 1876, p. 55.

(139) TEIXEIRA DE FREITAS, "Consolidação", ed. cit., p. 525.



ma, fica do Conselho — costumão os praxistas inferir o direito de superfície, que é inerente ao domínio das coisas imóveis, e que compreende o respectivo espaço aéreo.” (Os grifos são do jurista) (140)

1.3. LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA esclarece que antes da promulgação da Lei nº 1237, de 1864, “*havia uma hipótese em que a casa podia ser hipotecada sem solo — quando a superfície do solo pertencia ao devedor. A superfície constituía um direito real (ius superficies) e o superficiário podia hipotecá-lo (MAYNZ, § 241, TROPLONG, II, nº 404, PONT. nº 391). Mas a citada lei aboliu a superfície, deixando de enumerá-la entre os direitos reais cuja existência respeitou (Lei, art. 6º, I). A superfície, sem a natureza de direito real, é incompreensível, e se confundiria plenamente como arrendamento.*” (141) Ainda no seu clássico “*Direito das Coisas*” — depois de referir o silêncio da lei de 1864 — afirma ter o direito de superfície deixado de existir: “*a essência da superfície consiste em ser direito real, tirando-se-lhe a natureza de direito real, ela deixa de existir.*” (142) ARNOLDO WALD adverte que anteriormente “*os direitos reais de fruição sobre a coisa alheia eram o uso, o usufruto, a habitação, as servidões prediais, a enfiteuse, a superfície, o censo consignativo e o reservativo*”, acrescentando que, com a legislação superveniente, “*deixaram de ser contemplados no rol dos direitos reais os censos e a superfície.* . . .” (Os grifos são nossos). (143)

Como faz ver ARNOLDO WALD, antes da vigência do Código Civil, prevalecia, já entre nós, a teoria do *numerus clausus* em matéria de enunciação legal dos direitos reais.

1.4. O Projeto Clovis Bevilacqua revisto acrescentava ao elenco dos direitos reais a superfície. (144)

(140) TEIXEIRA DE FREITAS, “Consolidação”, ed. cit., p. 772-773.

(141) LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, “Direito das Coisas”, ed. Rio, 1977, vol. II, p. 75, nota 115, in fine.

(142) LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, “Direito das Coisas”, ed. Freitas Bastos, RJ-SP, 1956, p. 23, nota 25.

(143) WALD (Arnoldo), “Curso de Direito Civil”. Direito das Coisas, ed. Sugestões Literárias, 1970, p. 39, nota 7.

(144) BEVILAQUA (Clovis), “Código Civil Commentado”, vol. III, ed. Paulo de Azevedo Ltda., RJ., 1950, p. 239.

2. O Código Civil brasileiro não contempla o direito de superfície. Não inclui no rol do artigo 674 a superfície entre os direitos reais limitados.

3. Diante da omissão do texto codificado, outra não pode ser a conclusão, entre nós, senão a de que não existe no ordenamento o direito de superfície.

Como visto, na lição de LAFAYETTE, em não sendo direito real, o direito de superfície deixa de existir. (142)

3.1. A doutrina posterior ao Código reafirma a teoria do *numerus clausus*, significando que o direito real só pode existir *ministerio legis*, não se deixando à convenção das partes liberdade para a configuração de espécies outras.

CLOVIS BEVILAQUA, autor do anteprojeto do Código de 1916, se pronunciou no sentido do critério *numerus clausus*. Da mesma forma, entendem PONTES DE MIRANDA, SILVIO RODRIGUES, SERPA LOPES, ARNOLDO WALD, e outros tantos que poderiam ser citados. (145)

Podem ser mencionados, exemplificativamente, como integrantes da posição minoritária do *numerus apertus*, ARNOLDO MEDEIROS

(145) BEVILAQUA (Clovis), in “Direito das Coisas”, vol. I, ed. Forense, 5ª edição, p. 263, “... 5º — O número dos direitos reais é sempre limitado nas legislações. Não há direito real, senão quando a lei o declare. Os direitos obrigacionais são inumeráveis”; PONTES DE MIRANDA: “A existência de direitos reais limitados fora do art. 674 não infirma o princípio do *numerus clausus* dos direitos reais limitados. O princípio apenas diz que é preciso que se crie algum direito real, para que a lista do art. 674 cresça.

Os autores e julgados que da existência de outros direitos reais limitados pretendem concluir que o princípio do *numerus clausus* desapareceu, ou porque, acrescenta-se, se riscou um “somente” que havia no projeto primitivo do Código Civil, art. 757, incidem em grave confusão. O número é fechado, clauso, porque não se pode criar, sem lei, outros direitos reais. Os direitos reais que resultam de direitos reais ou que são, em verdade, pretensões ou ações, ou exceções, como o direito de preferência, o de retenção e os de vizinhança, acessórios, não abrem exceção ao princípio. . . .”, in “Tratado de Direito Privado”, Tomo XVIII, ed. Borsoi, RJ., 1957, p. 7; SILVIO RODRIGUES, in “Direito das Coisas”, ed. Saraiva, 1972, p. 8-9, e in verbete “Direitos Reais sobre Coisas Alheias — Noções Gerais”, “Enciclopédia Saraiva do Direito”, vol. 28, ed. 1977, p. 296; PORTUGAL (Altino), in verbete “Direito Real” (“Jus in re”), “Enciclopédia Saraiva do Direito”, vol. 28, ed. 1977, p. 69-70; WALD (Arnoldo), in “Curso de Direito Civil — Direito das Coisas”, ed. Sugestões Literárias, 1970, p. 36-39; o autor desta tese, no verbete monográfico “Direitos reais de fruição”, item 1.7, vol. 7, Enciclopédia Mirador Internacional, ed. Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações Ltda., RJ-SP., 1975, p. 3429-3432, teve oportunidade de manifestar-se pela taxatividade.

DA FONSECA, OROZIMBO NONATO, CARVALHO SANTOS e WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO. (146)

Será ilustrativo recuar no tempo, lembrando a determinação de TEIXEIRA DE FREITAS, no artigo 3706 do Esboço: "*Julgar-se-á não escrita, para valer somente como constitutiva de direitos pessoais (art. 19), se por tal puder valer, toda estipulação, ou disposição de última vontade, que constitua outros direitos reais, ou que modifique os permitidos ao contrário das disposições que os regulam.*" (147)

3.2. Não há a mais mínima dúvida quanto à inexistência no ordenamento brasileiro do direito de superfície (148), ao contrário do que afirmam uns poucos. (149)

(146) FONSECA (Arnoldo Medeiros da), in "Direito de Retenção", ed. Rev. Forense, R.J., 1957, p. 33; NONATO (Orozimbo), no acórdão proferido no Rec. Extr. nº 7858, em 06.10.49, publicado in Arq. Jud. vol. 93/185, apud Nelson Dower, "Curso Renovado de Direito Civil", ed. Nelpa Ltda., 1972, 3ª vol., p. 13: "Esse dispositivo não tem nem pode ter a virtualidade de limitar os direitos reais. Desde que se delineiem com o seu conteúdo específico e a sua fisionomia própria, não há que procurar sua menção naquele dispositivo para verificá-lo a caracterização. Já LACERDA DE ALMEIDA observava não haver o Código Civil mencionado as modalidades — todas as figuras variadas dos direitos reais. O caráter real de uma situação jurídica prende-se à sua natureza mesma e não ao conceito do legislador"; CARVALHO SANTOS (J.M. de), "Código Civil Brasileiro Interpretado", vol. IX, ed. Freitas Bastos, 1953, p. 13-15; MONTEIRO (Washington de Barros), "Curso de Direito Civil", 3ª vol., "Direitos das Coisas", ed. Saraiva, SP., 1975, p. 12.

(147) Art. 3706, "Código Civil — Esboço por A. Teixeira de Freitas", ed. Min. da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, ed. 1952; seguramente a concepção de TEIXEIRA DE FREITAS levou VELEZ SANSFIELD a enunciar para o Código Civil Argentino disposição análoga: "Art. 2502. Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá solo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer".

(148) GONDIM NETO é categórico: "Quanto à superfície, não existe mais no nosso direito", in "Posse Indireta" cit., p. 98; PORTO (Mario Moacyr), in "Direito de superfície e construção em terreno alheio", Rev. Forense, vol. 191, 52-56, sustenta, à semelhança da doutrina francesa, a existência do direito de superfície entre nós, por isso que a figura, embora não expressamente regulada, decorreria de vários artigos do Código Civil brasileiro (vide item 4 do artigo citado); DUVAL (Hermano) como já mencionado na nota 111 ao texto da tese — in "Contrato de Exploração de Matas", Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. 33, verbete "Matas", indica espécies que, no seu entender, configurariam direito de superfície; quanto à posição defendida por PORTO, o texto da tese evidencia, *data venia*, sua improcedência, e, quanto ao opinamento de DUVAL, também já ficou evidenciada, *concessa venia*, a inexistência de verdadeiro direito de superfície nos casos trazidos a colação.

(149) "Memória Justificativa do Anteprojeto de Reforma do Código Civil", GOMES (Orlando), ed. Departamento de Imprensa Nacional, 1963; idem Diário Oficial da União de 08.04.1963.

## SEÇÃO II

*O direito de superfície e o movimento de reforma do Código Civil brasileiro. 1 — A tentativa de 1961/1965. 2 — A iniciativa de 1972.*

1. O Anteprojeto de Código Civil elaborado por ORLANDO GOMES, apresentado, em 31 de março de 1963, ao então Ministro da Justiça e Negócios Interiores, JOÃO MANGABEIRA, incluía no rol dos direitos reais limitados a superfície (art. 513, II), tratando da disciplina da espécie em oito artigos: concessão temporária do direito de construir ou plantar, mediante escritura pública devidamente inscrita no registro imobiliário (art. 524); transferibilidade do direito por negócio entre vivos, a título oneroso ou gratuito, bem como por disposição de última vontade (art. 525); objeto do direito podendo ser qualquer construção, ou plantação, suscetível de ser adquirida por acessão, pelo dono do solo (art. 526); a concessão podendo ser gratuita ou onerosa, a remuneração ao concedente pagável de uma só vez ou periodicamente, excluído o comisso, e ressalvada a pretensão de cobrança das prestações vencidas e não pagas, acrescidas de juros moratórios (art. 527, §§ 1º e 2º); reversão ao concedente, em princípio sem indenização, salvo estipulação contrária, não podendo o decurso do prazo estabelecido para que a construção passe ao domínio do concedente ser inferior a vinte e cinco anos (art. 528); responsabilidade do superficiário pelos encargos e tributos que recaírem sobre o prédio (art. 529); preferência conferida a ambos, em igualdade de condições, no caso de alienação dos correspondentes direitos, estabelecida a necessidade de intimação do concedente, sob pena de nulidade, no caso de penhora da construção ou plantação, para poder fazer valer o seu direito de preferência na hasta pública (art. 531); vedação peremptória da estipulação do pagamento de qualquer quantia pela transferência da acessão (art. 532). A teor do art. 689, hipoteca tendo por objeto direito de superfície não sobreviveria à sua extinção, a menos que o superficiário adquirisse a propriedade do solo, caso em que a hipoteca a este se estenderia.

Na Memória Justificativa do Anteprojeto, ORLANDO GOMES justifica a restauração do direito de superfície, bem como sua inclusão em anteprojeto que simultaneamente propõe a extinção da enfiteuse.

Aduz: “. . . Códigos recentes retomaram-na, dando-lhe novos traços, admitindo a sua utilidade para certos fins, dentre os quais, como se reconhece na Alemanha, o de facilitar as construções, principalmente nos terrenos de domínio do Estado, concorrendo para a solução do problema da habitação. Volta, assim, a ter aplicação, sob forma nova e em outra perspectiva, um direito que fora condenado e caíra em desuso.” (149)

1.1. A Comissão Revisora, integrada por OROZIMBO NONATO, CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA e pelo próprio autor do anteprojeto, terminou por não manter a proposta de reentronização do direito de superfície em nosso ordenamento. É suficiente consulta ao artigo 499 do Projeto, verificando-se não estar na relação dos direitos reais o direito de superfície. (150)

Remetida ao Congresso Nacional, a matéria terminou por não ter andamento. (151)

2. Supervenientemente, tomou novo impulso a idéia da revisão do Código Civil, tendo sido constituída, por ato ministerial de 23 de maio de 1969, uma Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil. (152)

2.1. O anteprojeto inicial relativo ao Direito das Coisas, da autoria de EBERT CHAMOUN, não contemplou o direito de superfície. A versão da Comissão o prevê no artigo 1418, II, entre os direitos reais, propondo a regulamentação da espécie nos artigos 1556 a 1563.

(150) “Projeto de Código Civil”, ed. Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Reforma de Códigos.

(151) O relatório da Comissão foi endereçado, em 28.09.1964, ao então Ministro da Justiça, MILTON SOARES CAMPOS, qüq, em 06.10.1965, pelo expediente GM/1384-B, encaminhou o assunto à apreciação do Presidente da República, H. CASTELLO BRANCO; capeados pela Mensagem nº 804, de 12.10.1965, a Presidência da República remeteu ao Poder Legislativo os Projetos de Código Civil e Código de Obrigações, tendo a Câmara dos Deputados baixado a Resolução nº 139, de 1965, regulando de maneira específica a tramitação parlamentar dos projetos de códigos (in “Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro”, ed. Borsoli, R.J., vol. XL, p. 318-375).

(152) A Comissão designada pelo Ministro da Justiça, LUIZ ANTONIO DA GAMA E SILVA, ficou integrada por MIGUEL REALE, Supervisor, JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, AGOSTINHO DE ARRUDA ALVIM, SYLVIO MARCONDES, EBERT CHAMOUN, CLOVIS DO COUTO E SILVA e TORQUATO DE CASTRO.

O Supervisor MIGUEL REALE, em sua exposição de 23 de maio de 1972 — depois de referir que o Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, estende a “concessão de uso” às relações entre particulares — observa que “consoante justa ponderação de JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, a “migração” desse modelo jurídico, que passou da esfera do Direito Administrativo para a do Direito Privado, veio restabelecer, sob novo enfoque, o antigo instituto da superfície. . . A necessidade de restabelecer o instituto da superfície já fora, aliás, sustentada, sob ângulos diversos, por outros juristas, como fez o Prof. SYLVIO MEIRA em carta que me dirigiu.” (153)

2.2. A preconizada reinclusão do direito de superfície no ordenamento pátrio provocou acerba crítica, de que são testemunhos pronunciamentos de CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA e AFRANIO DE CARVALHO. (154)

Houve também quem louvasse a reentronização, como por exemplo MILTON FERNANDES (155), ou quem simplesmente registrasse a existência da proposta de restabelecimento, JOSÉ PAULO CAVALCANTI. (156)

As críticas aludidas foram basicamente no sentido de que estaria a tentar-se fazer ressurgir das cinzas do passado um direito real já em desuso no direito romano, com a agravante de retomá-lo em termos gera-

(153) “Anteprojeto de Código Civil” (1972), ed. Comissão de Estudos Legislativos, p. 26-27.

(154) PEREIRA (Caio Mario da Silva), em conferência proferida no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1972, publicada na respectiva revista, Ano II, nº 20, sob o título “Crítica ao Anteprojeto de Código Civil Brasileiro”, inaugurando as críticas ao Anteprojeto, respondida por MIGUEL REALE conforme publicado in “O Estado de S. Paulo”, exemplares dos dias 30 e 31 de dezembro de 1972, e 5, 7 e 9 de janeiro de 1973, com réplica do jurista mineiro publicada na Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros — “Estudos de Direito Civil”, Ano VII, nº 38, p. 7-28, em que ele declara encerrado o debate; ainda CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, in “Tendências Atuais do Direito Civil”, in Rev. Forense, vol. 247, p. 60; AFRANIO DE CARVALHO, in “O Código Civil e o Anteprojeto”, in Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros”, Ano VII, nº 25, p. 76-77.

(155) FERNANDES (Milton), in “Erros e Defeitos do Anteprojeto do Novo Código Civil”, in Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, Ano VII, nº 25, p. 67-72.

(156) CAVALCANTI (José Paulo), in “Observações sobre o Projeto de Código Civil”, trabalho apresentado à III Conferência Nacional da Ordem dos Advogados, ed. OAB-Seção Recife, 1968, p. 60.

dores de litígios, ao permitir ao superficiário o poder de transferência do direito por ato entre-vivos e ao outorgar preferência ao superficiário para aquisição do bem gravado. Argüi-se, igualmente, constituir uma superfluidade a criação do direito de superfície, nos termos formulados pelo anteprojeto, pois se o que se deseja é criar condições para realização de construção ou plantação no terreno — esse resultado poderia ser alcançado pela locação, adequadamente clausulada.

2.3. O anteprojeto (versão 1973) manteve a formulação concernente ao direito de superfície. Arrolou, no artigo 1405, II, a superfície entre os direitos reais, projetando o regramento nos artigos 1543 a 1550 (157)

2.4. ORLANDO GOMES, fazendo alusão ao anteprojeto de 1972, anota que ele reproduz, com ligeiras alterações de redação, as disposições do seu anteprojeto de 1963, acrescentando que só dois artigos não constavam desse último: o instituidor do comisso e o respeitante à concessão por ente público, remetendo-a à disciplina em lei especial. (158)

Não localizamos, de nosso lado, no texto de 1973, regra análoga à contida no artigo 689 da formulação de ORLANDO GOMES, reguladora dos efeitos da extinção do direito de superfície sobre a hipoteca desse direito, matéria que, no direito italiano e no direito alemão, merece cuidadosa disciplina.

2.5. O supervisor da Comissão remeteu o anteprojeto, na sua feição final, em 19 de março de 1973, ao Ministro da Justiça, ALFREDO BUZAI, que, por expediente de 6 de junho de 1975, o submeteu à consideração do Presidente da República. Através da Mensagem nº 160, de 10 de junho de 1975, houve o encaminhamento ao Congresso Nacional, onde, na Câmara dos Deputados, passou a constituir o Projeto de Lei nº 634, de 1975. (159)

(157) "Anteprojeto do Código Civil" (1973), edição — azul — da Comissão de Estudos Legislativos, do Ministério da Justiça, 2ª edição revisada.

(158) GOMES (Orlando), in artigo "O Direito de Superfície" cit., Revista "Jurídica" cit., p. 44.

(159) in Diário do Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, Suplemento (B) ao nº 61, de 13 de junho de 1975.

No texto enviado ao Congresso Nacional, o direito de superfície vai mencionado com os outros direitos reais no artigo 1263, II, e com a normação proposta contida nos artigos 1401 a 1408.

2.6. Conforme consta do Diário do Congresso Nacional (Suplemento), de 10 de abril de 1976, publicando as emendas oferecidas em plenário ao Projeto nº 634, de 1975, duas emendas foram propostas, interessando diretamente a matéria do direito de superfície. (160)

2.7. Essa a notícia do tratamento que os movimentos de reforma do Código Civil brasileiro dispensaram ao direito de superfície.

## CAPÍTULO VI

### CONCLUSÕES

1. Chegando-se ao derradeiro Capítulo desta tese, já se terá nutrido a sólida convicção — esse, pelo menos, o sincero sentimento do autor e o seu desejo — de que a sustentação da volta do direito de superfície ao direito positivo brasileiro não significa respigar, no entulho das instituições defuntas, concepção perempta e fossilizada.

Não é ripristinar o antigo pelo gosto da vetustez gerando sementeira de litígios.

Não é, de outro lado, ressuscitar o supérfluo, porque o mesmo resultado seria obtido pela utilização de figuras obrigacionais, como, por exemplo, locações bem clausuladas. Desnecessário apontar, para esse fim, o abismo da distância entre a relação jurídico-obrigacional e a relação jurídico-real.

O mergulho na história e o valimento do método comparativo não confirmam essa impressão de renascimento do imprestável, impressão

(160) Emenda nº 708, dando nova redação ao artigo 1401, para o fim de acrescentar como objeto possível do direito de superfície "... o direito de usar o espaço aéreo sobre o seu terreno", sob direta inspiração do Decreto-Lei nº 271, de 28.02.1967, artigo 8º, emenda que se ressentia da falta de técnica jurídica, pois, como demonstrado, no texto desta tese, só é suscetível de ser objeto de superfície o que é passível de acesso; EMENDA nº 709, pretendendo estender a superfície para a criação de animais ou qualquer outra forma de exploração econômica, emenda igualmente fora dos parâmetros dogmáticos de superfície.

que, com as vênias de estilo, nos pareceria açodada, desligada das importantes solicitações da vida de hoje.

1.2. A origem do direito de superfície no direito romano — migrando do direito público para o direito privado, fortalecendo-se na eficácia maior de um *ius in re*, concebido pelo pretor no seu trabalho construtivo de adaptação do *ius civile* aos fatos indeclináveis —; a decadência do Império Romano do Ocidente aprofundando mitigações no rigor do princípio romano da acessão; o sentido contrário em que se orientou a solução do problema no direito intermédio; a volta da concepção romana prestigiada pelas primeiras grandes codificações; a *occasio legis* em que se deu a reforma, em 1919, do B.G.B.; o Código Civil italiano de 1942, disciplinando detidamente o direito de superfície; a lei portuguesa de 1948; a lei do solo espanhola de 1956; a lei federal suíça de 1965; o Código Civil português de 1967, disciplinando pormenorizadamente a espécie, são circunstâncias, momentos e monumentos legislativos que, de maneira viva e constante, estão a testemunhar a permanente importância do direito de superfície como instrumento válido e prestante, na normação jurídico-social.

1.3. O que acontece é que o direito de superfície plasticamente se foi moldando às exigências sociais, ganhando, em nosso tempo, a fisionomia de um direito real autônomo, rico na sua estrutura, valioso nas suas aplicações.

Observa ORLANDO GOMES, que institutos de outra época, abandonados ou esquecidos, são retomados mais tarde e reinseridos na trama do futuro, conquanto modelados por força de novas circunstâncias. (161)

Não se cuida de instituto de mera importância doutrinal, refere RUGGIERO (162), salientando SALIS que a introdução no ordenamento italiano, em 1942, se deu para atender a uma exigência que era sentida e andava sempre se manifestando mais intensamente. (163).

HEDEMANN, embora proclame que certas circunstâncias têm impedido até agora ao instituto lograr um grande alcance, declara catego-

(161) GOMES (Orlando), in "Jurídica", art. cit., p. 34.

(162) RUGGIERO (Roberto de), "Instituições" cit., vol. 2, p. 457.

(163) SALIS (Lino), "La Superficie" cit., p. 11, in fine.

ricamente que "o direito de superfície se credencia como um excelente modo de colonização nos distritos urbanos", e que, quando se apresenta como concedente a "mão pública" — que é como a nova legislação concebe o direito de superfície — adquirindo grandes extensões de terreno, sobretudo nas periferias das grandes cidades, concedendo-as para a formação de colônias, resultados muito proveitosos se pode esperar. (164)

Anota MESSINEO que a razão prática do reconhecimento legislativo do direito de construir está ainda "nella possibilità economica che, quando il proprietario non voglia (o non sia in grado di) erigere costruzioni, o altre opere di carattere stabile, sul proprio fondo, altri possa acquistare il diritto reale (perpétuo, o temporaneo) di fare, esso, de costruzioni o le opere; e giovi, così, all'incremento edilizio, com evidente vantaggio sociale. Può ravvisarsi, in questa possibilità, un'applicazione del principio economico della divisione del lavoro". (165)

RODOLFO CARRERA, Presidente da Associação Latino-Americana de Direito Agrário (ALADA), enfatiza a relevância da superfície agrícola como instrumento de uma verdadeira reforma agrária, chamando a atenção para a necessidade de uma nova concepção da propriedade agrária, sem a faculdade do não-uso. Dá 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. (166)

1.4. Entre nós, ressalta, ainda, como caso evidente de aplicação prática do direito de superfície, a questão da disciplina da instituição e utilização do solo criado, preocupação recente de urbanistas e arquitetos, a reclamar o tratamento jurídico-dogmático que se impõe.

A solução estará evidentemente na possibilidade jurídica e eficaz de separar o direito de propriedade do direito de construir, e a expres-

(164) HEDEMANN (J.W.), op. cit., p. 309.

(165) MESSINEO, op. cit., p. 541.

(166) CARRERA (Rodolfo), "El Derecho Agrario", conferência publicada na revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, Ano VI, nº 27, e pronunciada em 28.08.1972.

são jurídica dessa eventualidade está na concessão real *ad aedificandum*, está no direito de superfície como estruturado na teoria geral que esta tese reflete.

O problema da utilização racional e programada do solo urbano é urgente. Reclama solução inadiável. (167)

Não é tempo de esperar. O trabalho de revisão de um Código Civil é matéria só realizável seriamente com o vagar das decisões pensadas, repensadas e amadurecidas.

A necessidade de contenção da explosão urbana e simultânea fixação do homem no campo são providências que não podem aguardar a reforma de uma codificação.

1.5. Nessa política de racionalização da utilização do solo urbano e de contenção do homem no campo, o direito de superfície assume papel de relevo, não sendo possível esperar, repita-se, a tramitação convenientemente lenta da revisão de um Código Civil.

Além disso, o direito de superfície invade o bastião da propriedade, embute a propriedade dentro da propriedade: a manipulação ágil, inteligente, desse instrumento, com o Estado se valendo dos recursos do direito privado, operando como um verdadeiro "*banco central*" em uma "*câmara de compensação*" de direitos de construir (separados do direito de propriedade) — formulação que nesse passo seria inadequada e fastidioso expor e desenvolver —, tudo isso pode significar, em termos de campo e cidade, uma reforma estrutural do DIREITO DE TER, a fim de conduzi-lo a uma forma equânime DE TER PARA USAR, DE MANEIRA SOCIAL E SOLIDÁRIA.

(167) Em 1962, a população favelada era superior a 1 milhão de pessoas; em 1966, estimava-se o deficit de habitações saudáveis em nosso país, em torno de 10 milhões (Revista da Construção Civil, nº 94, agosto de 1966); em 1950, cerca de 61.179.000 pessoas viviam em cidades latino-americanas, com mais de 20.000 habitantes (cerca de 39% do total); em 1960, esta cifra atingiu 95.431.000, representando aproximadamente 46% da população total da América Latina sendo que o Boletim Econômico para a América Latina (ONU, outubro de 1961) previu que, em 1975, cerca de 170.945.000 habitantes, ou seja, 54% do total de 314.944.000 habitantes da América Latina estariam vivendo nos núcleos urbanos; vivemos novos tempos — dos números avassaladores — bastando considerar que Atenas, cidade mais brilhante do mundo grego, pela sua civilização e cultura, no século V A.C., tinha em torno de 150.000 habitantes, e Roma, a maior cidade da antiguidade, tinha, no seu fastígio, população estimada entre 250.000 e 1.000.000 de habitantes.

É preciso tocar na PROPRIEDADE com a lei extravagante, sentir a reação do grupo, para, em seguida, aparados os excessos e estugados os passos excessivamente tímidos, dar-se lugar a uma verdadeira reforma estrutural da Propriedade.

2. Em face do que se desenvolveu ao longo de toda a tese, e do que está deduzido neste Capítulo, concretamente, nossas conclusões, itemizadamente são as seguintes:

(a) o direito de superfície não é uma categoria morta, condenável ou supérflua, que se estaria pretendendo renascida, para constituir sementeira de litígios;

(b) o direito de superfície é categoria jurídica relevante do ponto de vista jurídico e social, a ser reentronizada em nosso direito positivo, como indispensável instrumento a ser adotado na implantação de uma política racional de utilização do solo urbano e de uma reforma agrária efetivamente estrutural;

(c) a normação do direito de superfície deve fazer-se na linha da teoria geral traçada nesta tese, concebendo-se o direito de superfície como um direito real autônomo, sob a forma de direito real de construir ou plantar, e de propriedade separada superficiária, definindo-se morfológicamente sua mecânica ao longo do "*fundo geral de conceitos*" fornecido pelo método do direito comparado, como deduzido nesta tese;

(d) a implantação deve ser imediata, através de lei extravagante, sem aguardar a conclusão da revisão do Código Civil, tal como aconteceu com a Regulamentação de 1919, primeira alteração fundamentada produzida no monumento legislativo que é o B.G.B.

É o que sentimos, entendemos e propomos à consideração dos doutores.

## BIBLIOGRAFIA

### OBRAS E AUTORES CONSULTADOS

- ASCENSÃO (José de Oliveira), "Estudos sobre a Superfície e a Acessão", ed. Coleção Ciência Jurídica, Braga, 1973.
- ASCENSÃO (José de Oliveira), "Direitos Reais", ed. Almedina Coimbra, Lisboa, 1978.
- ARMINJON (Pierre), NOLDE (Boris) e WOLFF (Martin), "Traité de Droit Comparé", Tomos I/II/III, ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950.
- ARANGIO-RUIZ (Vincenzo), "Istituzioni di Diritto Romano", ed. Casa Editrice Dott. Eugene Jovene, 1977, Nápoles.
- ARDITI (Alejandro Borzutzky), "El Derecho de Superficie", Editorial Andres Bello, 1972, Santiago do Chile.
- BEVILAQUA (Clóvis), "Direito das Coisas", vol. 1, ed. Freitas Bastos, 1951, p. 282; *idem*, vol. 1, ed. Forense, 1956, p. 256; *idem*, ed. Rio, 1976, p. 306.
- BEVILAQUA (Clóvis), "Código Civil Comentado", vol. III, ed. Paulo de Azevedo Ltda., 1950, RJ-SP-Belo Horizonte; *idem*, Ed. Rio, vol. I, 1977, Rio.
- BATALHA (Wilson de Souza Campos), "Loteamentos e Condomínios", Tomo II, ed. Max Limonad, SP, 1953.
- BENTO DE FARIA (Antonio), "Elementos de Direito Romano", ed. J. Ribeiro dos Santos, RJ, 1907.
- BONFANTE (Pedro), "Instituciones de Derecho Romano", ed. "Instituto Editorial Reus", s/d, trad. oitava ed. italiana, por BACCI e LARROSA, revista por HORMA (Camuzano), Madri.
- BARASSI (Ludovico), "Instituciones de Derecho Civil", Tomo II, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1955.
- COELHO DA ROCHA (M.A.), "Instituições de Direito Civil Portuguez", Tomo II, ed. Univ. de Coimbra, 1852.
- CUNHA GONÇALVES (Luiz da), "Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro", vol. I, ed. Max Limonad, São Paulo, 1951.
- CHAVES (Antônio), "Lições de Direito Civil - Direito das Coisas" - 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976.
- R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (35), 1979.

- CORREIA (Alexandre) - SCIASCIA (Caetano), "Manual de Direito Romano", vol. I, ed. Saraiva, SP, 1953.
- CHAMOUN (Ebert), "Instituições de Direito Romano", ed. Forense, RJ, 1951.
- CHAMOUN (Ebert), Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código Civil (1972), in publicação do Senado Federal e Revista de Direito do Min. Publ. Estado da Guanabara, vol. 14, p. 32-46.
- CRETELLA JR. (José), "Dos bens públicos no Direito Brasileiro", ed. Saraiva, SP, 1969.
- "CÓDIGO CIVIL, Quadro Comparativo, Notas, Subsídios", edição da Subsecretaria de Edições Técnicas, do Senado Federal, referente à reforma do Código Civil, Brasília, 1975.
- CARVALHO (Afranjo de), in "O Código Civil e o Anteprojeto", in Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, Ano VII, nº 25.
- CAVALCANTI (José Paulo), "Observações sobre o Projeto de Código Civil", ed. OAB-Recife, 1968.
- DAVID (René), "Tratado de Derecho Civil Comparado", Editorial Revista de Derecho Privado, Madri, 1953.
- DUVAL (Hermano), artigo sobre "Contrato de Exploração de Matas", in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. 33, verbete "Matas".
- DOWER (Nelson), "Curso Renovado de Direito Civil", ed. Nelpa Ltda., 1972, 3ª vol.
- ESPINOLA (Eduardo), "Posse-Propriedade, Compropriedade ou Condomínio, Direitos Autorais", ed. Conquista, RJ, 1956.
- ENNECERUS-KIPP-WOLFF, "Tratado de Derecho Civil", Tomo III, trad. espanhola de GONZALEZ (Blás Pérez) - ALGUER (José), "Derecho de Cosas" (WOLFF, Martin), ed. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1944.
- FERRARA (Francesco), "Trattato de Diritto Civile Italiano", vol. I, parte I, ed. Athenæum, Roma, 1921.
- FONSECA (Arnoldo Medeiros da), "Direito de Retenção", ed. Revista Forense, RJ, 1957.
- FERNANDES (Nilton), in "Erros e Defeitos do Anteprojeto do Novo Código Civil", in Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, Ano VII, nº 25.
- GARRIGOS (Alejandro Von Der Heyde), "La División Horizontal de la Propiedad Edificada - Contribución Jurídico-Económica al Problema de la Vivienda", ed. Universidad de Buenos Aires, 1936.
- GOMES (Orlando), artigo "O Direito de Superfície", in "Jurídica", revista do IAA (Instituto do Açúcar e do Alcool), nº 119, ano XVII, out-dez., 1972.
- GOMES (Orlando), "Direitos Reais", ed. Forense, Rio, 1958.
- GUARINO (Antonio), "Diritto Privato Romano", ed. Jovene, Napoli, 1976.
- R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (35), 1979.

- X GONÇALVES (Luiz da Cunha), "Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro", vol. I, ed. Max Limonad, SP, 1951.
- GONÇALVES (Luiz da Cunha), "Da propriedade e da Posse", ed. Atica, 1952.
- GONDIM NETO, "Posse Indireta", ed. Imprensa Industrial, Recife, 1943.
- GONDIM (Regina), "Da Evicção", Rio de Janeiro, 1955.
- HEDEMANN (Justus Wilhelm), "Tratado de Derecho Civil", vol. II, "Derechos Reales", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, versão espanhola de PASTOR (José Luiz Diez) e ENRIQUEZ (Manuel Gonzalez).
- JOSSERAND (Louis), "Cours de Droit Civil Positif Français", Tomo Primeiro, ed. Recueil Sirey, 1930.
- LACERDA DE ALMEIDA (Francisco de Paula), "Direito das Coisas", ed. J. Ribeiro dos Santos, 1908.
- LIRA (Ricardo-Cesar Pereira), "Direitos Reais de Fruição", verbete in "Enciclopédia Mirador Internacional", vol. 7, ed. Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações Ltda., RJ-SP, 1975.
- MAZEAUD (Henri et Leon) — MAZEAUD (Jean), "Leçons de Droit Civil", Tomo Segundo, ed. Montchrestien, Paris, 1966.
- MONTEIRO (Washington de Barros), "Curso de Direito Civil — 3º vol. — Direito das Coisas", ed. Saraiva, São Paulo, 1973.
- MAXIMILIANO (Carlos), "Condomínio — Terras, apartamentos e andares perante o Direito", ed. Freitas Bastos, RJ-SP, 1950.
- MACKELDEY (F.), "Introdução ao Estudo do Direito Romano", in "Elementos de Direito Romano", de BENTO DE FARIA (Antonio), ed. J. Ribeiro dos Santos, RJ, 1907.
- MESSINEO (Francesco), "Manuale di Diritto Civile e Commerciale", vol. 2, ed. Dott. A. Giuffrè, Milão, 1965.
- MEIRELLES (Hely Lopes), "Direito Administrativo Brasileiro", ed. Revista dos Tribunais, SP, 1975.
- NOGUEIRA (Adalício Coelho), "Introdução ao Direito Romano", 2º vol. ed. Forense, Rio-SP, 1971.
- NOBREGA (Vandyck Londres da), "História e Sistema do Direito Privado Romano", ed. Freitas Bastos, RJ-SP, 1955.
- PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Predial, ed. José Konfino, 1947, I-II volumes.
- PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado, vol. XVIII, ed. Borsoi, RJ, 1957.
- POTHIER, "Oeuvres de", "annotées et mises en corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle", por BUGNET, M., "Tome Neuvième", ed. Cosse, Paris, 1847.
- R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (35), 1979.

- PACIFICI-MAZZONI (Emidio), "Istituzioni di Diritto Civile Italiano", 5ª ed., a cura di VENZI (Giulio), vol. III, parte I, ed. Casa Editrice Libreria Fratelli Cammelli, 1925.
- PLANIOL (Marcel) — RIPERT (Georges), "Tratado Práctico de Derecho Civil Frances", versão espanhola de CRUZ, Mario Dias, Tomo III, ed. Cultural, Havana, 1946.
- PLANIOL (Marcel) — RIPERT (Georges), "Traité Pratique de Droit Civil Français", Tomo III, ed. Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952, Paris.
- PEREIRA (Caio Mario da Silva), "Instituições de Direito Civil", vol. IV, Forense, ed. Rio-SP, 1970.
- PEREIRA (Caio Mario da Silva), "Propriedade Horizontal", ed. Forense, 1961.
- PEREIRA (Caio Mario da Silva), "Crítica do Anteprojeto de Código Civil Brasileiro", in Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, Ano II, nº 20.
- PEREIRA (Caio Mario da Silva), "Tendências Atuais do Direito Civil", in Rev. Forense, vol. 252, p. 60.
- PEREIRA (Lafayette Rodrigues), "Direito das Coisas", ed. Freitas Bastos, RJ-SP, 1956.
- PEREIRA (Lafayette Rodrigues), "Direito das Coisas", ed. Rio, 1977.
- PALADINI (Andrea), Novissimo Digesto Italiano, vol. XVIII, ed. UTET, 1971, Turim.
- PETIT (Eugène), "Traité Elementaire de Droit Romain", ed. Arthur Rousseau, 1909, Paris.
- PEIXOTO (José Carlos de Matos), "Curso de Direito Romano", Tomo I, ed. Companhia Editora Fortaleza, RJ, 1950.
- PORTO (Mario Moacir), "Direito de Superfície e construção, em terreno alheio", in Rev. Forense, vol. 191, p. 52-56.
- RUGGIERO (Roberto de), "Instituições de Direito Civil", vol. II, ed. Saraiva, 1972, SP e ed. Livraria Acadêmica — Saraiva & Cia. Editores, S. Paulo, s/d. — S.P.
- ROSSI (Lanciotto), "Il Digesto Italiano", ed. UTET, 1925, Turim, verbete "Superfície (Diritto di)".
- REPERTÓRIO ENCICLOPÉDICO DO DIREITO BRASILEIRO, vol. 5.
- RODRIGUES (Silvio), "Direito das Coisas", ed. Saraiva, 1972.
- SIMONCELLI (Domenico), Novo Digesto Italiano, v. "Superfície (Diritto di)".
- SALIS (Lino), "La Proprietà Superficiária", ed. CEDAM — Padova, 1936.
- SALIS (Lino), "La Superfície", ed. UTET, 1958 e 1949, Turim.
- SALIS (Lino), "Novissimo Digesto Italiano", v. "Superfície (Diritto Vigente)", vol. XVIII, ed. UTET, 1971, Turim.
- SERPA LOPES (Miguel Maria de), "Curso de Direito Civil", vol. VI, Direito das Coisas, ed. Freitas Bastos, RJ-SP, 1960.
- R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (35), 1979.



SARFIELD (D. Dalmacio Vélez), Notas ao Código Civil Argentino, ed. Zavalia (Victor P. de), Buenos Aires, 1968.

SANTOS (J.M. de Carvalho), "Código Civil Brasileiro Interpretado", vol. IX, ed. Freitas Bastos, 1953.

TRABUCCHI (Alberto), "Instituciones de Derecho Civil", Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madri, 1967.

TEIXEIRA DE FREITAS (Augusto), "Consolidação das Leis Civis", ed. B.L. Garnier, Rio, 1876.

VEIGA (D. Agapito da), "Manual do Código Civil — Paulo de Lacerda", Tomo IX, Parte Primeira, ed. J. Ribeiro dos Santos, 1925.

WEILL (Alex), "Droit Civil — Les Biens", ed. Dalloz, Paris, 1974.

WALD (Arnoldo), "Curso de Direito Civil Brasileiro — Direito das Coisas", ed. Sugestões Literárias S.A., 1970.

## PODER JUDICIÁRIO \*

### I — SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

#### RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 91.188-PB SEGUNDA TURMA

Relator : O Sr. Ministro Moreira Alves  
Recorrente : Alberto José Costa Gurgel  
Recorrido : Geraldo Gomes Beltrão

#### *Advocacia. Impedimento.*

— Os impedimentos para advogar são os estabelecidos pela legislação federal que dispõe sobre as condições de capacidade para o exercício da advocacia (art. 8º, XVII, "r", da Constituição Federal).

— O impedimento, a que alude a legislação estadual, de que o membro do Ministério Público do Estado-Membro advogasse, sob pena de perda do cargo público, não o impossibilita de advogar, mas pode torná-lo passível dessa punição administrativamente.

— Inexistência de direito adquirido com base em legislação federal, na órbita de sua competência exclusiva, em face de legislação estadual, que observou, também, sua esfera de competência, uma vez que o conflito de leis no tempo, no qual se pode discutir a existência de direito adquirido, só ocorre entre leis que sejam competentes para disciplinar a mesma matéria, e o façam em momentos distintos e de forma colidente.

*Recurso extraordinário não conhecido.*

\* As cópias dos acórdãos publicados nesta Revista foram obtidas nas Secretarias dos respectivos Tribunais.