

O DIREITO DE SUPERFÍCIE NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Diana Coelho Barbosa (*)

1. Introdução. 2. Origens do instituto e sua localização no Direito estrangeiro. 3. Noções fundamentais da teoria geral da superfície. 4. Breve histórico do direito de superfície no Brasil. Panorama atual. O advento do Estatuto da Cidade. O modelo jurídico adotado pelo novo Código Civil. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Encerra, a superfície, como idéia básica, a suspensão do efeito aquisitivo da acessão pelo tempo em que estiver em vigor o direito.

A acessão, de acordo com o que dispõe o art. 530, inciso II, do Código Civil de 1916, ainda em vigor, é um dos modos de aquisição da propriedade imobiliária. Segue disciplinada, linhas adiante, no art. 536 do mesmo Codex, que elenca, nos seus cinco incisos, as formas pelas quais ela pode se dar: I - pela formação de ilhas; II - por aluvião; III - por avulsão; IV - por abandono de álveo e, finalmente, V - *pela construção de obras ou plantações*¹.

O quinto e último inciso desse dispositivo tem para nós especial interesse, na medida em que apresenta estreita relação com o tema de que tratamos.

Reza o art. 545 do C.C., verbis:

“Art. 545. Toda construção, ou plantação, existente em um terreno, se presume feita pelo proprietário e à sua custa, até que o contrário se prove”.

Mais à frente, estatui o art. 547:

“Art. 547. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as semente, plantas e construções, mas tem direito à indenização. Não o terá, porém, se procedeu de má-fé, caso em que poderá ser constrangido a repor a coisa no estado anterior e a pagar os prejuízos”.

Os dispositivos transcritos² consubstanciam, no direito positivo pátrio, o princípio *superficies solo cedit*, originário do Direito Romano, pelo qual quaisquer construções ou plantações realizadas num terreno acedem à

¹ V. art. 1.248 do novo CC brasileiro.

² Esses dispositivos encontram-se reproduzidos, no novo Código Civil brasileiro, nos artigos 1.253 e 1.254.

propriedade do *dominus soli*, não podendo ser objeto de transferência, senão juntamente com o solo.

O mecanismo da superfície age, precisamente, mitigando o rigor desse princípio, pois impede o efeito aquisitivo da acessão, o que implica, em favor do beneficiário desse direito e pelo prazo estipulado para sua duração, a propriedade da construção ou plantação por ele realizada, separada da propriedade do solo, que remanesce com o titular do terreno.

Essa é, em síntese, a configuração com que o instituto se apresenta nos ordenamentos jurídicos que o contemplam. O legislador pátrio, consoante veremos, houve por bem propor a adoção de uma figura jurídica distinta - e mais limitada.

2. ORIGENS DO INSTITUTO E SUA LOCALIZAÇÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO

É na noção de acessão vigente no Direito Romano - o princípio *superficies solo cedit* - que o instituto encontra as suas raízes históricas³.

Esse princípio, por força do qual tudo o quanto se ergue sobre o solo pertence ao seu proprietário, traduzia a idéia que se tinha da propriedade como um direito absoluto e ilimitado, tendo vigorado, com toda a sua força, até à época republicana, quando o Estado, mediante concessão, passou a autorizar a produção em suas terras (*agri publici*), exigindo o correspondente pagamento de um *solarium*⁴. No período clássico, tais concessões passaram a recair, também, sobre terrenos particulares, e o instituto, durante muito tempo, foi confundido com a locação⁵.

Foi sob a intervenção pretoriana que a superfície, vista até então como um direito pessoal, começou a adquirir os contornos de um direito real. O superficiário passou a ser tutelado pelo *interdictum de superficiebus*, verdadeira ação possessória, para fazer valer o seu direito frente a terceiros. Mais adiante, no período justiniano, a superfície adquiriu, afinal, a configuração de um direito real sobre coisa alheia (*jus in re aliena*), de

³ Cf. Francesco Sizia. verbete "superfície", *Enciclopedia del Diritto*, XLIII, Milano: Giuffrè Editore, 1990, p. 1459. Vide, também, nesse sentido, José Guilherme Braga Teixeira. *O direito real de superfície*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p.16; Ricardo César Pereira Lira. *O Moderno Direito de Superfície (Ensaio de uma Teoria Geral)*, Separata do vol. 35 da Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 1979, p. 3; Luiz da Cunha Gonçalves. *Tratado de Direito Civil - em Comentário ao Código Civil Português*, vol. XI, tomo I, 1ª ed. bras., São Paulo: Max Limonad, p. 404.

⁴ Cf. G.B. Bulfoni. Verbetes "superfície (diritto di)", *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. XV, parte III, sotto la direzione di Pasquale Stanislao Mancini, Milano: Società Editrice Libreria, p. 723; e Emilio Betti. *Istituzioni di Diritto Romano*, vol. I, seconda edizione, Padova: CEDAM, 1942, §127, p. 470.

⁵ Cf. G. B. Bulfoni, ob. cit., p. 726 *usque* 729.

conteúdo bastante amplo, munida da correspondente ação real (*actio in rem*)⁶.

Essa configuração da superfície perdurou até o período medieval, quando, como resultado da influência do direito germânico, fundado no reconhecimento do princípio do trabalho, abandonou a natureza de *jus in re aliena* que lhe fora conferida no período justiniano e assumiu a feição de verdadeiro domínio, paralelo ao do *dominus soli*, o proprietário do terreno⁷.

Por ocasião da Revolução Francesa, com o banimento do instituto do ordenamento jurídico francês, deu-se a restauração da unidade dos poderes do domínio (uso+gozo+disposição) na pessoa do *dominus soli*. Essa repulsa dos gauleses pelo direito de superfície influenciou as codificações de muitos países, que deixaram de contemplar o instituto. Este só ressurgiu, como um *jus in re aliena*, em 1896, com a promulgação do Código Civil alemão⁸.

Atualmente, a superfície encontra-se largamente difundida ao redor do mundo. Regulam-na quase todas as codificações européias, notadamente, as da Alemanha⁹, Itália¹⁰ e Portugal¹¹, sendo a portuguesa a mais abrangente disciplina do instituto. A Espanha admite-a em leis especiais¹². Na França, a aceitação do instituto é resultado de construção doutrinária e jurisprudencial¹³. Na América Latina, a superfície não aparece contemplada nas codificações vigentes, ocorrendo, mesmo, a expressa exclusão do instituto pelo Código

⁶ Cf. Sitzia, ob. cit., p. 1463; vide também Emilio Albertario. *Corso di Diritto Romano, Possesso e Quasi Possesso*, Milano: Giuffrè Editore, 1946, p. 237-239.

⁷ Cf. Italo Birocchi e Maria Cristina Lampis. *Enciclopedia del Diritto*, verbete “superficie”, XLIII, Milano: Giuffrè Editore, 1990, p. 1464; v. também, Braga Teixeira, ob. cit., p. 24.

⁸ Cf. Braga Teixeira, ob. cit., p. 26.

⁹ Na Alemanha, a Regulamentação sobre o Direito de Superfície, de 15.01.1919, revogou as disposições do B.G.B. (CC alemão) para os direitos de superfície constituídos a partir de sua entrada em vigor; já aqueles existentes em 22 de janeiro de 1919 permaneceram sob a égide das disposições originárias do CC alemão (cf. Martín Wolff, *Tratado de Derecho Civil, Derecho de Cosas*, Tomo III, vol. 2º, traducción española de Blas Pérez Gonzalez y José Alguer, Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1971, p. 2).

¹⁰ No CC italiano vigente, o direito de superfície encontra-se positivado nos artigos 952 a 956, *Titulo III*, sob a rubrica *Della Superficie*.

¹¹ Em Portugal, regulam a superfície a Lei 2.030, de 22.06.1948, que trata da superfície urbana, e os artigos 1.524 a 1.542 do CC português.

¹² Tratam da superfície, no Direito espanhol, o *Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana*, aprovado pelo *Real Decreto Legislativo n. 1*, de 26.06.1992, e, ainda, a *Ley n. 6*, de 13.04.1998. A respeito da superfície no direito espanhol, v. Manuel Albaladejo. *Derecho Civil III. Derecho de Bienes. Derechos Reales en Cosa Ajena*, vol. 2, Barcelona: Libreria Bosch, 1974, p. 209.

¹³ Esse entendimento advém da interpretação conferida ao art. 553, primeira parte, do CC francês, que data de 1801, segundo o qual, **salvo prova em contrário**, todas as construções, plantações e obras existentes num terreno presumem-se feitas pelo proprietário às suas expensas e a ele pertencer. Segundo a doutrina e os tribunais gauleses, na ressalva **salvo prova em contrário** está implícito o direito de superfície (cf. Baudry-Lacantinerie, *apud* José Guilherme Braga Teixeira, *O Direito Real de Superfície*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 43).

Civil platino¹⁴. Alguns países asiáticos, tais como Japão e Coréia, admitem a superfície, disciplinando-a de forma basicamente idêntica¹⁵.

3. NOÇÕES FUNDAMENTAIS DA TEORIA GERAL DA SUPERFÍCIE

O sentido etimológico do vocábulo “superfícies” exprime o plano ou face superior ou exterior de uma certa coisa. Quanto à extensão física ou limitação material do direito que lhe é concernente, a superfície deve ser entendida como um plano, destituído de profundidade, espessura ou altura. O fato de a obra superficiária se estender naturalmente além desses limites, tanto em linha ascensional quanto em profundidade, não desnatura tal noção, porque diz respeito à *amplitudo dominii*, ou seja, ao conteúdo do direito atribuído ao superficiário¹⁶.

Em linhas gerais, em que pesem as particularidades previstas em algumas legislações que o contemplam, o direito de superfície pode ser definido como o direito real, perpétuo ou temporário, de ter como sua, separadamente da propriedade do solo, uma construção ou uma plantação erguidas sobre terreno alheio, sejam estas preexistentes ou resultantes do exercício de uma concessão para construir (*ad edificandum*) ou para plantar (*ad plantandum*).

São dois, comumente, os sujeitos da relação superficiária: o proprietário do solo, como concedente, e o superficiário, este na qualidade de concessionário. Outorga, aquele primeiro, a este último, o direito de construir ou plantar na superfície de terreno de sua propriedade (concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum*), ou ainda, nas legislações que o admitem, a propriedade separada de uma construção ou plantação preexistente. Tanto as construções e plantações que resultarem do exercício desse direito quanto aquelas preexistentes, alienadas separadamente, tornam-se propriedade do superficiário, remanescendo, porém, o solo (compreendido o subsolo) e espaço aéreo, no domínio do concedente.¹⁷ Algumas legislações, v.g. as da

¹⁴ Reza o art. 2.502 do CC argentino: “Art. 2.502 - 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 sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer”.

¹⁵ Assim, dispõe o art. 265 do CC japonês, tal qual o art. 279 do CC coreano, que “a superficiary is entitled to use the land of another person for the purpose of owning structures or bamboos or trees thereon”

¹⁶ Cf. Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, vol. XI, tomo I, 1ª ed. bras., São Paulo: Ed. Max Limonad, 1955, p. 412.

¹⁷ Este último, conforme assinala Arditi, tem uma propriedade que está partida: “tiene la propiedad del suelo pero no tiene la propiedad de lo que se sustenta en esse suelo y emerge de él” (*El Derecho de Superficie*, Santiago de Chile: Editorial Andres Bello, 1972, p. 22).

Itália e da Alemanha, admitem que a constituição do direito abranja, também, obras no subsolo¹⁸.

Denomina-se *res superficiaria* ou coisa superficiária o objeto do direito de superfície, ou seja, a construção ou plantação preexistente ou resultante do exercício da concessão.

No que tange à natureza jurídica do direito de superfície, pode-se afirmar, com escólio em ASCENSÃO¹⁹, MESSINEO²⁰ e PEREIRA LIRA²¹, que se trata de um direito real complexo, com distintas facetas, conforme se tenha em mira um ou outro sujeito da relação superficiária.

Destarte, vista sob o ângulo do *dominus soli*, a superfície tem a natureza jurídica de um direito de propriedade incidente sobre o solo (e subsolo) e o espaço aéreo, uma vez que, sobre essas partes do imóvel, pode exercer todos os poderes inerentes ao domínio (uso+gozo+disposição). De outra parte, sob o ponto de vista do superficiário, a superfície pode assumir dupla configuração: direito real sobre coisa alheia, enquanto mera concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum*, e verdadeiro domínio (direito de propriedade), com todos os poderes que lhe são ínsitos, em relação às construções ou plantações preexistentes ou resultantes do exercício da referida concessão.

Por força do princípio da acessão, o *dominus soli* adquire a propriedade das construções erguidas sobre o seu terreno por terceiro. A superfície age, precisamente, suspendendo esse efeito aquisitivo da acessão, o que torna possível, enquanto vigente o direito, a coexistência de duas propriedades paralelas: uma, a do proprietário do terreno, abrangendo o solo, subsolo e espaço aéreo, e outra, a do superficiário, que incide sobre a *res superficiaria*, que é a obra por ele realizada sobre o terreno.

¹⁸ A Lei federal n. 10.257, de 10.07.2001, o Estatuto da Cidade, atualmente em vigor no Brasil, diz expressamente, no art. 21, §1º, que o direito de superfície pode abranger o direito de utilizar o subsolo.

¹⁹ Segundo Ascensão, devemos distinguir na superfície “dois direitos reais compostos, portanto direitos reais que integram em si vários direitos reais simples, que naquele perdem a sua autonomia” (O Direito de Superfície Agrícola, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 4, abril/junho, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978, p. 162-163).

²⁰ Para Messineo, o direito de superfície assume duas figuras distintas, uma vez que pode ter origem em dois procedimentos distintos. A primeira figura consiste na propriedade da superfície, separada da propriedade do solo e surge mediante a alienação de uma construção já existente, separadamente da propriedade do solo. A segunda figura, mais freqüente que a anterior, tem origem na concessão *ad aedificandum* (direito de edificar), pela qual o proprietário do solo constitui, em favor de alguém, um direito autônomo de fazer e manter, sobre o solo, uma futura construção (in *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, 9ª ed. riv. e ag., vol. Secondo, Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1965, p.534-535).

²¹ Ob. cit., p. 53 *usque* 56.

A propriedade do superficiário sobre a *res superficiaria* é resolúvel ou temporária, posto que subordinada a uma condição resolutiva que pode ser o termo final contido no título constitutivo ou mesmo uma causa a este superveniente. Operando-se o evento resolutivo, ocorre a denominada reversão, oportunidade em que os bens superficiários passam a integrar o domínio do proprietário do terreno.

De um modo geral, a despeito do tratamento diversificado que o assunto tem merecido por parte das legislações que a contemplam, a superfície pode ser convencionada pelas partes em caráter temporário ou perpétuo. Tendo em vista o papel social que hoje se atribui à propriedade, a tendência que se observa, atualmente, entre os doutrinadores, é a da rejeição da perpetuidade da superfície, já que a limitação temporal, nas relações atinentes à propriedade, afigura-se um meio eficiente de se obstaculizar a especulação imobiliária, possibilitando um aproveitamento mais equânime e efetivo das terras.

O direito de superfície pode ser constituído a título gratuito ou oneroso na maioria das legislações que regulam o instituto. A fixação de um cânon ou salário a ser pago pelo superficiário é deixado ao arbítrio das partes, que também convencionarão quanto ao momento e a forma em que se dará tal pagamento. A natureza jurídica da contraprestação ajustada, a nosso ver, é a de uma obrigação *propter rem*²².

A superfície pode ser constituída por quaisquer das vias contratuais aptas à transferência da propriedade de um bem imóvel. Destarte, pode o direito de superfície ser constituído mediante contrato de compra e venda, permuta e doação²³, espécies contratuais que configuram atos translativos de domínio. Resta afastada, portanto, a possibilidade de se constituir a superfície mediante locação, que é um contrato que gera apenas um direito de crédito, nunca direitos reais. Cumpre observar que as particularidades da modalidade comercial escolhida devem se adequar às da superfície, as quais podem variar de um ordenamento jurídico para outro. Admite-se, ainda, a constituição da superfície por disposição de última vontade e por usucapião, notadamente o ordinário, que pressupõe um título constitutivo outorgado a *non domino* e boa-fé. Na legislação alemã há expressa disposição nesse sentido.

²² De fato, são três as características da obrigação *propter rem*, elencadas por Maria Helena Diniz, perfeitamente identificáveis no solário: “1º) vinculação a um direito real, ou seja, a determinada coisa de que o devedor é proprietário ou possuidor; 2º) possibilidade de exoneração do devedor pelo abandono do direito real, renunciando o direito sobre a coisa; 3º) transmissibilidade por meio de negócios jurídicos, caso em que a obrigação recairá sobre o adquirente. P. ex.: se alguém adquirir, por herança, uma quota de condomínio, será sobre o novo condômino que incidirá a obrigação de contribuir para as despesas de conservação da coisa” (in *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 2º vol., Teoria Geral das Obrigações, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 12).

²³ V. a respeito Wolff, ob. cit., p. 8.

Para que tenha validade *erga omnes*, o contrato de superfície deve ser registrado no Registro de Imóveis competente, exigindo-se, em muitos ordenamentos jurídicos, para formalização do ato, a escritura pública.

No tocante aos modos de transmissão da superfície, há que se distinguir se se trata de simples concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum* ou de verdadeiro direito de propriedade sobre a construção ou plantação. Enquanto titular de simples concessão - de um *jus in re aliena*, portanto - o superficiário pode alienar o seu direito, mediante contrato de cessão de direitos, e transmiti-lo a seus herdeiros por sucessão legítima ou testamentária. No que diz respeito à coisa superficiária, seja ela preexistente ou resultante do exercício da concessão, pode o superficiário dela dispor livremente, separada do solo, posto que titular de verdadeiro domínio sobre a mesma.

Dessa alienabilidade, tanto do direito relativo à concessão quanto da obra superficiária, decorre, como corolário, a possibilidade de, sobre tais direitos, o superficiário constituir outros direitos reais, notadamente os de garantia, os quais se extinguem, em regra, com o advento do termo pactuado no respectivo título constitutivo. Em contrapartida, também o *dominus soli* pode instituir outros direitos reais em relação à parte do imóvel que lhe concerne.

Além do decurso do prazo, são causas de extinção comumente elencadas pelas legislações: a) a expropriação pelo poder público; b) a renúncia ou o abandono; c) a confusão. Na codificação italiana, o não-uso é apontado como causa da extinção (prescrição) da concessão *ad aedificandum*. Quanto ao perecimento da coisa como causa extintiva, há que se distinguir se o perecimento é do solo ou da *res superficiaria*. Apenas na primeira hipótese dar-se-á a extinção do direito, haja ou não construção ou plantação, já que, na segunda hipótese, existirá sempre a possibilidade de o superficiário reerguer a coisa superficiária, se não houver pacto contrário.

Dado o seu caráter resolúvel, se a extinção da superfície decorrer de causa alheia ao título, produzirá efeitos *ex nunc*, prevalecendo, pois, os direitos reais instituídos em favor de terceiros. As legislações portuguesa e espanhola determinam expressamente que, caso a extinção da superfície se dê antes do termo previsto no título, os direitos constituídos sobre a superfície ou sobre o solo continuarão a onerar separadamente as duas partes, como se não houvesse a extinção.

Extinta a superfície, seja pelo advento do termo ou em decorrência de causa alheia ao título constitutivo, opera, em favor do *dominus soli*, a reversão, pela qual ele se torna proprietário da construção ou plantação, quer tenham sido estas realizadas pelo superficiário no exercício da concessão ou por ele previamente adquiridas. Conforme o ordenamento jurídico em foco,

poderá ou não haver um correspondente direito do superficiário à indenização.

O superficiário dispõe, na condição de possuidor da *res superficiaria*, dos meios de proteção possessória geral, que podem ser judicialmente invocados em sua defesa. Destarte, em face do direito positivo brasileiro, ser-lhe-iam cabíveis as ações de interdito proibitório, manutenção e reintegração de posse. Na qualidade de proprietário da coisa superficiária, pode fazer uso, igualmente, das medidas defensivas do domínio, que são as ações petitórias. Pode valer-se, dessa forma, das ações reivindicatória, negatória e confessória, e, ainda, das ações de embargos de terceiro, de nunciação de obra nova, de dano infecto e de imissão de posse. Enquanto titular de simples concessão *ad aedificandum*, que é um *jus in re aliena*, poderá utilizar-se apenas da ação confessória. Ao concedente também é facultada a utilização da proteção possessória cabível em face do superficiário ou de terceiro, caso venha a sofrer ameaça, turbação ou esbulho na parte do imóvel que corresponda ao seu direito.

Constituída a superfície, atribuem-se ao concedente e ao concessionário, reciprocamente, direitos e obrigações. Ambos têm o direito de usar, gozar e dispor das partes do terreno que lhes couberem, observados os limites do negócio jurídico entabulado, bem como o de constituir ônus reais sobre elas. Têm, ambas os sujeitos, quando forem alienar onerosamente a parte do imóvel que lhes corresponder, o dever de dar preferência ao outro na aquisição. Outrossim, devem, ambos, omitir-se na prática de atos que impeçam o regular exercício do direito do outro. São, porém, deveres exclusivos do superficiário: a) o pagamento do cânon, quando convencionado; b) dar à superfície a destinação pactuada no título; c) efetuar o pagamento dos encargos e tributos incidentes sobre o imóvel como um todo; d) conservar a coisa superficiária.

4. BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE NO BRASIL. PANORAMA ATUAL. O ADVENTO DO ESTATUTO DA CIDADE. O MODELO JURÍDICO ADOTADO PELO NOVO CÓDIGO CIVIL

O direito de superfície vigeu no Brasil desde as Ordenações Filipinas até 1864, quando por força da Lei n. 1.237, de 24 de setembro, foi banido do direito positivo pátrio²⁴. O Código Civil de 1916 não arrolou a superfície dentre os direitos reais que elencou no art. 674. Ante o entendimento de que o rol ali

²⁴ Cf. Orlando Gomes. Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro, Direito Privado (Novos Aspectos), São Paulo: Livraria Freitas Bastos S/A, 1961, p. 81; e Lafayette Rodrigues Pereira. Direito das Coisas, adaptação ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva, 6ª ed., Freitas Bastos S.A., 1956, p. 23, nota 25.

contido é taxativo²⁵ e que, portanto, novos direitos reais só poderiam ser criados por lei, tem-se que o instituto, que tampouco encontrava-se previsto em legislação extravagante, não era admitido em nosso ordenamento jurídico, isto até o advento da Lei federal n. 10.257, de 10 de julho de 2001, que instituiu o nominado Estatuto da Cidade²⁶.

A idéia de restauração do direito de superfície no direito positivo brasileiro remonta ao Anteprojeto de Código Civil de 1963, de autoria de Orlando Gomes²⁷, tendo sido abandonada na revisão sofrida por esse anteprojeto em 1964, bem como no Projeto de Lei n. 3.263, que o sucedeu, de Milton Campos. Posteriormente, foi a proposta retomada no Anteprojeto de 1972, de autoria de Miguel Reale e outros, mantida no Anteprojeto revisto de 1973, cujo sucedâneo foi o Projeto de Lei n. 634, de 1975, posteriormente convertido no Projeto de Lei da Câmara n. 118, de 1984, que originou a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o novo Código Civil brasileiro. Dentre muitas inovações, o novo *Codex* propõe a reintrodução do direito de superfície no ordenamento jurídico pátrio, ao mesmo tempo que dele exclui a enfiteuse, banindo-a do rol dos direitos reais.

O direito de superfície aparece previsto no inciso II do art. 1.225²⁸ da nova codificação e vem contemplado em nove artigos (arts. 1.369 a 1.377), dispostos no Título IV (Da Superfície), Livro III (Direito das Coisas)²⁹.

²⁵ A respeito, v. Silvio Rodrigues. Direito Civil, vol. 5, Direito das Coisas, 23ª ed., Saraiva, São Paulo, 1996, p. 9-10.

²⁶ Cuida, o referido Estatuto, de regulamentar os artigos 182 e 183 da Carta Federal, estabelecendo diretrizes gerais de política urbana e criando instrumentos para a efetivação da função social da propriedade urbana. Dentre os instrumentos implementados pelo Estatuto, aponta-se o direito de superfície, ali concebido, com ligeiras variações, nos mesmos moldes do modelo proposto pelo novo CC, restrito, porém, apenas à propriedade urbana.

²⁷ V. a respeito Orlando Gomes. Memória Justificativa do Anteprojeto de Reforma do Código Civil, in Código Civil - Anteprojeto - Volume 2, editado pelo Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, 1989.

²⁸ Este dispositivo, ao mesmo tempo em que baniu a enfiteuse, inseriu a superfície no rol dos direitos reais por ele admitidos. Confira-se o seu teor: "Art. 1.225. São direitos reais: I - a propriedade; II - a superfície; III - as servidões; IV - o usufruto; V - o uso; VI - a habitação; VII - o direito do promitente comprador do imóvel; VIII - o penhor; IX - a hipoteca; X - a anticrese".

²⁹ "Art. 1.369. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis. Parágrafo único. O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.

Art. 1.370. A concessão da superfície será gratuita ou onerosa; se onerosa, estipularão as partes se o pagamento será feito de uma só vez, ou parceladamente.

Art. 1.371. O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel.

Art. 1.372. O direito de superfície pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros. Parágrafo único. Não poderá ser estipulado pelo concedente, a nenhum título, qualquer pagamento pela transferência.

Art. 1.373. Em caso de alienação do imóvel ou do direito de superfície, o superficiário ou o proprietário tem direito de preferência, em igualdade de condições.

Distinguem-se, no modelo jurídico proposto pelo CC, as usuais figuras do concedente, que é o proprietário do imóvel, e do superficiário, em favor de quem se constitui o direito; este se encontra, aqui, adstrito à mera concessão *ad aedificandum* e *ad plantandum*, não outorgando, pois, ao superficiário, a propriedade separada das construções ou plantações, sejam estas preexistentes ou resultantes do exercício da referida concessão. Também não autoriza obras no subsolo, a exemplo da maioria das legislações que contemplam o instituto, ao contrário, porém, da superfície regulada pela Lei federal n. 10.257, de 10/7/2001, o Estatuto da Cidade, que prevê essa possibilidade.

Apesar de não estabelecer expressamente tal distinção, a superfície prevista no novo CC abrange apenas os imóveis rurais, pois o direito de superfície constituído sobre terrenos urbanos encontra a sua disciplina em lei especial, o já mencionado Estatuto da Cidade³⁰.

Em consonância com a melhor doutrina, o novo CC brasileiro propõe a adoção de uma superfície temporária, afastando a característica da perpetuidade, ainda presente em algumas legislações. Não fixa, entretanto, um limite temporal para a concessão, delegando essa tarefa ao arbítrio das partes.

O direito de superfície regulado pelo CC, tal como na maioria das legislações alienígenas, pode ser constituído a título oneroso ou gratuito, ficando ao arbítrio das partes estipular acerca da forma e do momento em que se dará o pagamento do cânon eventualmente convencionado. A falta de pagamento não importa a extinção da concessão; o concedente tem, na hipótese, apenas o direito de haver as prestações vencidas e os juros de mora.

Para a constituição da superfície, faz-se necessário, como todo *jus in re*, o registro no Registro de Imóveis competente. Exige-se como requisito formal a escritura pública.

A superfície em questão pode ser constituída mediante quaisquer das modalidades contratuais aptas à transferência do domínio de um bem imóvel.

Art. 1.374. Antes do termo final, resolver-se-á a concessão se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para que foi concedida.

Art. 1.375. Extinta a concessão, o proprietário passará a ter a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário.

Art. 1.376. No caso de extinção do direito de superfície em consequência de desapropriação, a indenização cabe ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito real de cada um.

Art. 1.377. O direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público interno, rege-se por este Código, no que não for diversamente disciplinado em lei especial”.

³⁰ Acerca do direito de superfície contemplado no Estatuto da Cidade, confira-se, de minha autoria, O Direito de Superfície à Luz do Estatuto da Cidade, Curitiba: Ed. Juruá, 2001.

Resta afastada, por força da sua temporariedade, a doação, uma vez que a perpetuidade é inerente a essa via negocial. A temporariedade, parece-nos, exclui também a possibilidade de se constituir a superfície por disposição de última vontade, em vista do disposto no art. 1.911 do novo CC, que reproduz o art. 1.665 do Código Civil vigente, segundo o qual “a designação do tempo em que deva começar ou cessar o direito do herdeiro, salvo nas disposições fideicomissárias, ter-se-á por não escrita”. Em se tratando de simples concessão *ad aedificandum* - de mero *jus in re aliena* - não se admitindo, destarte, nesse modelo, a coexistência de propriedades separadas, não se vislumbra a possibilidade de se adquirir a propriedade destacada da superfície, mediante usucapião. Este necessariamente alcançaria a superfície e o solo.

Dentre os deveres atribuídos ao superficiário, incumbe, consoante o art. 1.371 da nova codificação, o de arcar com o pagamento dos tributos e encargos que incidirem sobre o imóvel como um todo.

Uma vez constituído, o direito de superfície pode ser transmitido pelo superficiário por ato *inter vivos*, a qualquer título, e o concedente não poderá exigir qualquer pagamento pela transferência. Da alienabilidade do direito decorre que pode ser o mesmo objeto de penhor. Com a morte do superficiário, o direito de superfície é transmitido a seus herdeiros, por sucessão legítima ou testamentária.

Não prevê, o texto do novel CC, a possibilidade de o superficiário alienar o prédio por ele construído ou a plantaçaõ cultivada no exercício da concessão, como se fossem propriedades autônomas. Deriva, da inalienabilidade da *res superficiaria*, separadamente da propriedade do solo, a impossibilidade de o superficiário instituir ônus reais sobre ela.

Tanto o *dominus soli* quanto o superficiário, quando pretenderem alienar, respectivamente, o imóvel ou o direito de superfície, deverão dar preferência ao outro na aquisição. Infere-se, do texto da lei, que o concedente, tal qual o senhorio direto na enfiteuse, detém a nua-propriedade do imóvel, podendo aliená-lo como um todo. Ao superficiário, por sua vez, faculta-se apenas a alienação do direito que lhe corresponde.

Os poderes atribuídos ao concedente encontram-se assim delimitados: a ele cabem o uso e o gozo das partes do imóvel sobre as quais não incidir o direito de superfície, o que vale dizer que poderá utilizar-se tanto das áreas circunvizinhas àquela da superfície, quando esta não abranger toda a extensão do imóvel, quanto do subsolo e do espaço aéreo. Poderá, no entanto, dispor de todo o imóvel, compreendida a superfície.

Dos poderes inerentes ao superficiário, restam-lhe o uso e o gozo da superfície ou da *res superficiaria*, enquanto durar a concessão. Uma vez extinta esta, tais poderes se consolidam nas mãos do proprietário do imóvel,

que volta a ter o domínio pleno sobre o terreno ou sobre a construção ou plantação erguidas sobre o mesmo, no exercício da concessão. A lei faculta às partes, nessa hipótese, a fixação de uma indenização para o superficiário.

Prevê, o novo *Codex*, as seguintes causas de extinção da superfície: a) o decurso do prazo convencionado para sua duração; b) antes do termo final, se o superficiário der ao terreno destinação diversa da pactuada; c) pela desapropriação. Nesta última hipótese, a indenização será devida ao proprietário e ao superficiário na proporção do direito de cada um.

Admite-se a constituição do direito de superfície em terrenos de propriedade de pessoas de direito público interno, às quais se aplicarão as disposições do novo CC, enquanto não forem implícita ou expressamente revogadas por lei especial.

Por fim, na qualidade de possuidor da superfície ou da *res superficiaria*, poderá o superficiário invocar quaisquer dos meios de proteção possessória existentes para defender a sua posse. Como titular de um *jus in re aliena*, poderá, a exemplo do usufrutuário, valer-se da ação confessória para restaurar-se no exercício do seu direito. Também o concedente poderá utilizar-se dos interditos cabíveis, em relação à parte do imóvel que lhe concerne, tanto em face do superficiário quanto de terceiro.

5. CONCLUSÃO

Em síntese, o direito de superfície concebido pelo novo Código Civil brasileiro tem a configuração de um direito real limitado de uso e fruição, ou seja, de um *jus in re aliena*. Pode ser definido como o direito real de construir ou plantar sobre terreno rural alheio, pelo qual se obtém o direito de usar e gozar da construção ou plantação resultante do exercício dessa concessão, durante o tempo determinado no título que lhe deu causa, remanescendo, porém, com o concedente, o direito de dispor do imóvel como um todo. O modelo jurídico adotado pelo legislador pátrio, diversamente daquele contemplado na maioria das legislações estrangeiras, não admite a propriedade da superfície destacada da propriedade do solo, vedando a alienação e, conseqüentemente, a instituição de ônus reais sobre a obra superficiária - construção ou plantação - por parte do beneficiário do direito, o que poderá restringir a utilização do instituto.

BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil III*. Derecho de Bienes. Derechos Reales en Cosa Ajena. Vol. 2, Barcelona: Libreria Bosch, 1974.

ALBERTARIO, Emilio. *Corso di Diritto Romano*. Possesso e Quasi Possesso. Milano: Giuffrè Editore, 1946.

ARDITI, Alejandro Borzutsky. *El Derecho de Superficie*. Santiago de Chile: Editorial Andres Bello, 1972.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito de Superfície Agrícola. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 4, abril/junho, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978.

BARBOSA, Diana Coelho. *O Direito de Superfície à Luz do Estatuto da Cidade*. Curitiba: Editora Juruá, 2001.

BETTI, Emilio. *Istituzioni di Diritto Romano*. Vol. I, 2.ed. Padova: CEDAM, 1942, v.1.

BIROCCHI, Italo e LAMPIS, Maria Cristina. Verbetes "superficie". Direito Intermedio. *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XLIII, Milano: Giuffrè Editore, 1990.

BULFONI, G. B. Verbetes "superficie (diritto di)". *Enciclopedia Giuridica Italiana*. Vol. XV, Parte III, sotto la direzione di Pasquale Stanislao Mancini, Milano: Società Editrice Libreria.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito das Coisas. 4º vol., 5ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Teoria Geral das Obrigações. 2º vol., São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

FREITAS, Antônio Teixeira de. *Código Civil*. Esboço. Vol. 4, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1952.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. *Direito Privado (Novos Aspectos)*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1961.

_____. Memória Justificativa do Anteprojeto de Reforma do Código Civil. *Código Civil. Anteprojeto*. Volume 2, Senado Federal, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1989.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*. Vol. XI, Tomo I, 1ª ed. bras., São Paulo: Ed. Max Limonad, 1955.

GONZÁLEZ, Blas Pérez y ALGUER, José. *Derecho de Cosas*, por Martín Wolff. Traducción española con anotaciones, Tercer tomo, Volumen segundo, Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1971.

LIRA, Ricardo-Cesar Pereira. *O Moderno Direito de Superfície* (Ensaio de uma Teoria Geral). Separata do Vol. 35 da Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 1979.

MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*. 9ª ed. riv. e ag., Vol. Secondo, Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1965.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. Adaptação ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva, 6ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S. A, 1956.

REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código Civil de 1972. *Código Civil - Anteprojeto*. Vol. 5, tomo 1, Senado Federal, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1989.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Direito das Coisas*. Vol. 5, 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

SITZIA, Francesco. Verbete "superfície". *Diritto Romano. Enciclopedia del Diritto*, XLIII, Milano: Giuffrè Editore, 1990.

TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *O direito real de superfície*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Cosas*. Tomo III, Vol. 2º, 3ª ed., traducción española con anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1971.

Códigos consultados:

Brasil: Código Civil e legislação civil em vigor - Theotonio Negrão com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

Canadá: Code Civil du Québec - Règlements relatifs au Code Civil du Québec et lois connexes, 3e. édition, Québec: Les Éditions Yvon Blais Inc., 1995.

Chile: Código Civil - Edición Oficial, 8ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1984.

China: Code Civil de la République de Chine - traduits du Chinois par Ho Tchong-Chan, Zi-Ka-Wei près Changai: Imprimerie de l'Orphelinat de T'ou-Sè-Wè, 1930.

Colômbia: Código Civil - por Jorge Ortega Torres, novena edición, actualizada, Bogotá: Editorial Temis, 1973.

Coréia: Korea - The Civil Code - versão em inglês doada pelo Consulado Geral da Coréia, em 20.02.86, ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Biblioteca Setorial Espínola.

Equador: Código Civil con Jurisprudencia, conforme a la 7ª edición oficial, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1985.

Grécia: Code Civil Hellénique - traduction de l'Institut Hellénique de Droit International et Étranger par Pierre Mamopoulos, Athènes: Presses de l'Institut Hellénique, 1956.

Holanda: Nouveau Code Civil Néerlandais - Le Droit Patrimonial, traduit par P.P.C. Haanappel et Ejan Mackaay, sous les auspices du Ministère de la Justice des Pays-Bas, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990.

Itália: Codice Civile e leggi collegate - a cura di Giorgio di Nova, Bologna: Zanichelli, 1989.

Japão: The Civil Code of Japan (Translation), Ministry of Justice, Japan, 1972, edição doada pelo Consulado do Japão ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Biblioteca Espínola.

Peru: Código Civil - por Fernando Gusmán Ferrer, Tomo III, De los Derechos Reales - Del Derecho de las Obligaciones, segunda edición no oficial, Lima: Editorial Imprenta Amauta S.A., 1971.

Uruguai: Código Civil de la Republica Oriental del Uruguay - 2ª edición, Montevideo: Barreiro y Ramos S.A., 1971.

Venezuela: Código Civil - edición oficial, Caracas:Imprenta Nacional, 1982.

(*) A autora é mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP.