



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



**Direito de superfície e sua formação contratual:
entre a autonomia da vontade e a tipicidade dos
direitos reais**

ROBERTO PAULINO DE ALBUQUERQUE JÚNIOR

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
Área de Concentração: Direito Privado

Recife
2006

ROBERTO PAULINO DE ALBUQUERQUE JÚNIOR

**Direito de superfície e sua formação contratual:
entre a autonomia da vontade e a tipicidade dos
direitos reais**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre.

Área de concentração: Direito Privado

Orientadora: Prof. Dra. Fabíola Santos Albuquerque

Recife
2006

Albuquerque Júnior, Roberto Paulino de

Direito de superfície e sua formatação contratual: entre a autonomia da vontade e a tipicidade dos direitos reais / Roberto Paulino de Albuquerque Júnior. – Recife : O Autor, 2006.

151 fls.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2006.

Inclui bibliografia.

1. Direito de superfície - Direito real. 2. Contrato - Direito de superfície - Brasil. 3. Tipicidade - Brasil. 4. Autonomia da vontade - Brasil. 5. Direito de construir - Brasil. 6. Política urbana - Aspectos jurídicos - Legislação - Brasil. 7. Brasil. [Estatuto da cidade (2001)]. 8. Brasil. [Estatuto da terra (1964)]. 9. Função social da propriedade - Brasil. 10. Boa-fé - Brasil I. Título.

347.218.2
347.2

CDU (2.ed.)
CDD (22.ed.)

UFPE
BSCCJ2006-003

A Roberto, pelo exemplo a ser seguido.
A Maria Helena, pelo amor incondicional.
A Tiago e Isana, pela amizade.
A Ticiane, por cada instante juntos.
E agora a João Pedro, com ternura e esperança.

AGRADECIMENTOS

À Profa. Dra. Fabíola Santos Albuquerque, pela orientação atenciosa, paciente e sempre disponível.

À Profa. Dra. Larissa Leal, pelo estímulo e pelas lições, com saudades de meus dias de estágio-docência.

Aos mestres que me apoiaram desde o princípio de minha carreira acadêmica, em especial à Profa. Msc. Conceição Albuquerque e à Profa. Dra. Vera Della Santa.

A Bruno Quintas, Manoela Quintas e Manoel Quintas, por tudo, com gratidão especial.

Aos tios Ana Maria e João Paulino, pela hospedagem nos dias cruciais de redação desta dissertação e pela presença marcante em todos os momentos da minha vida.

A Jaime Monteiro da Cruz, tio querido e editor dedicado deste trabalho.

Aos amigos fiéis, sempre presentes apesar de minhas ausências, e a todos os familiares não citados textualmente, mas sempre lembrados.

Aos funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito e da Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, por ter proporcionado os recursos materiais para o desenvolvimento desta pesquisa.

“Si come l’occhio non s’aderse
in alto, fisso a le cose terrene
cosí giustizia qui a terra il merse.”

(“Como o olhar nosso alturas não fita,
fixo nos bens que o mundo só contém,
aqui Justiça a olhar para o chão nos dita.”)

Dante Alighieri, *La divina commedia*, Purgatorio,
XIX, 118 (trad. Italo Eugenio Mauro).

“Shylock: What judgment shall I dread, doing no
wrong?
You have among you many a purchased slave,
Which, like your asses and your dogs and mules,
You use in abject and in slavish parts,
Because you bought them: shall I say to you,
Let them be free, marry them to your heirs?
Why sweat them under burthens? let their beds
Be made as soft as yours and let their palates
Be season’d with such viands? You will answer
‘The slaves are ours’: so do I answer you:
The pound of flesh, wich I demand of him,
Is dearly bought; ’tis mine and I will have it.
If you deny me, fie upon your law!
There is no force in the decrees of Venice.
I stand for judgment: answer, shall I have it?”

William Shakespeare, *The merchant of Venice*, act
IV, scene I.

RESUMO

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **Direito de superfície e sua formatação contratual**: entre a autonomia da vontade e a tipicidade dos direitos reais. 2006. 151 f. Dissertação de Mestrado. Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

O direito real de superfície guarda intensa dependência de sua regulamentação contratual. A margem de atuação da vontade das partes é tão acentuada que de fato chega a modelar ativamente a estrutura da relação jurídica real, seu objeto e suas características. Conseqüentemente, a teoria da superfície exige repensar o princípio da tipicidade dos direitos reais, que em sua concepção tradicional repele o autogeramento no campo do direito das coisas. Constatou-se que, no direito contemporâneo, o mencionado princípio assume contornos diversos. Persiste a vedação à livre criação de figuras reais atípicas, por serem estas dispostas em *numerus clausus* pelo ordenamento, mas dentro de cada tipo pré-determinado existe um espaço para o molde contratual. Assim, em matéria de direito de superfície, deve o contrato respeitar suas linhas básicas – suspensão da acessão e domínio autônomo sobre a coisa implantada – mas pode determinar numerosos aspectos, concernentes tanto ao conteúdo da superfície em si, quanto a relações acessórias de natureza *propter rem*. Esta atividade criativa não é ilimitada, submetendo-se a dois tipos de controle: o primário, que verifica o respeito aos elementos nucleares do tipo, e o secundário, que filtra as inovações de conteúdo e os deveres acessórios. Tal controle secundário deve ser baseado em critério de legitimidade constitucional, orientado por dois cânones fundamentais, a função social da propriedade e a boa-fé objetiva. O resultado deste processo de modelação contratual será o concreto estatuto superficiário.

Palavras-chave: direito de superfície – contrato superficiário – autonomia da vontade.

ABSTRACT

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **Surface property and its negotial regulamentation**: between self-ruling and strict nature of property relations. 2006. 151 f. Master degree. Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

Surface property maintains a extreme dependence to its negotial regulamentation. The space left for individuals will is so deep that it gets, in fact, to actively model the structure of the property relation, its object and characteristics. In that way, surface property's theory demands the redimensioning of the principle of the strict nature of property relations, that traditionally repeals contractual freedom in the field of property. It has been observed that, in contemporary law, this principle gains different lines. The creation of new relations is still forbidden, but inside of each predefined relation there's a space for negotial modeling. Therefore, in matter of surface property, the contract must respect its basic lines – suspension of accession effects and an autonomous domain over the implant – but its allowed to determine numerous issues, concerning to surface property content as well as to accessory relations, of *propter rem* nature. This creative activity isn't unlimited, suffering two types of control: primary control, which verifies the respect to the essencial aspects of the surface property relation, and secondary control, which filters the increase of content and the accessory relations. Such secondary control must be based upon a constitutional legitimacy criteria, guided by two fundamental canons, property's social function and objective good faith principle. The result of this creative process will be the concrete surface property form.

Keywords: surface property – surface property contract – contractual freedom.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| INTRODUÇÃO..... | 10 |
| 1. Teoria geral do direito de superfície..... | 16 |
| 1.1 Premissa básica: a acessão imobiliária e o princípio <i>superficies solo cedit</i> | 16 |
| 1.2 Noções sobre o direito real de superfície..... | 20 |
| 1.3 A superfície como relação complexa..... | 31 |
| 1.4 Conteúdo mínimo da superfície e estatutos superficiários: introdução ao problema..... | 37 |
| 2. Análise dogmática da superfície no direito brasileiro vigente..... | 43 |
| 2.1 Código Civil e Estatuto da Cidade: compatibilização..... | 43 |
| 2.2 Objeto do direito de superfície..... | 48 |
| 2.3 Formas de constituição do direito de superfície..... | 54 |
| 2.4 Direito de preferência na alienação da superfície ou do imóvel..... | 59 |
| 2.5 Repercussões fiscais..... | 60 |
| 2.6 Direitos e deveres do fundeio e do superficiário..... | 61 |
| 2.7 Extinção do direito de superfície..... | 62 |
| 3. Outras perspectivas para o direito real de superfície..... | 66 |
| 3.1 Superfície e enfiteuse..... | 66 |
| 3.2 Co-superfície e co-superfície edilícia..... | 68 |
| 3.3 Superfície e multipropriedade imobiliária..... | 70 |
| 3.4 Superfície e direito de vizinhança..... | 73 |
| 3.5 Superfície e sua correlação com outros instrumentos urbanísticos..... | 75 |
| 3.6 Superfície pública..... | 76 |
| 4. A abertura do princípio da tipicidade dos direitos reais para a autonomia da vontade no direito contemporâneo e os princípios que sobre ela atuam..... | 79 |
| 4.1 Autonomia da vontade: noção prévia..... | 79 |
| 4.2 O princípio da tipicidade dos direitos reais e sua relação com a autonomia da vontade..... | 82 |
| 4.3 O princípio da função social da propriedade, seu papel na intervenção da autonomia privada na tipicidade real e sua incidência no contrato superficiário..... | 94 |
| 4.4 O princípio da boa-fé objetiva, seu papel na intervenção da autonomia privada na tipicidade real e sua incidência no contrato superficiário..... | 101 |
| 5. O contrato superficiário..... | 115 |
| 5.1 Proposta de uma teoria geral: a flexibilização do tipo pela autonomia da vontade, sob um controle principiológico..... | 116 |
| 5.2 Cláusulas necessárias: a regulamentação essencial, supletiva do regramento legal..... | 124 |
| 5.3 Cláusulas voluntárias: a regulamentação acessória..... | 126 |
| 5.4 Cláusulas vedadas: o expurgo dos excessos..... | 130 |
| 5.5 Problematizando estatutos superficiários..... | 132 |
| CONCLUSÃO..... | 136 |

| | |
|---------------------------------|-----|
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 140 |
|---------------------------------|-----|

INTRODUÇÃO

A reinserção do direito real de superfície no ordenamento jurídico brasileiro, por obra do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) e do novo Código Civil de 2002, deu causa a muitas indagações doutrinárias, cuja origem se pode situar sobretudo na regulamentação positiva deficitária e na pouca tradição do instituto em nosso direito.

Entre os temas de maior interesse ligados à matéria, certamente se encontra o contrato de constituição da superfície.

Na doutrina, é patente que o instrumento negocial que institui a figura jurídica real em tela ocupa um papel de enorme relevância, dado que a ele compete delimitar sua “extensão e efeitos”.¹

Isso significa que o contrato tem de indicar objeto, forma de contraprestação, termo final, além de detalhar as regras que irão reger a situação jurídica superficiária, contendo

(...) 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.²

De fato, muitos aspectos relevantes concernentes a esta relação jurídica real são deixados em aberto pela lei, exigindo das partes sua concreta determinação. Por outro lado, existe a necessidade de suprir omissões existentes na disciplina legal e a possibilidade de optar por afastar o conteúdo de normas dispositivas.

Tão amplo é o espaço destinado à autonomia privada na constituição contratual da superfície, podendo existir modelos superficiários bem distintos entre

¹ CAVALCANTI, Marise Pessôa. **Superfície compulsória**: instrumento de efetivação da função social da propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 15.

² LIRA, Ricardo Pereira. O moderno direito de superfície: ensaio de uma teoria geral. **Elementos de direito urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 69.

si, que se impõe a conclusão de que existe uma efetiva penetração da vontade das partes estipulantes no próprio tipo do direito real.

Este postulado, que pode ser extraído de qualquer exame breve da matéria, gera no intérprete uma perplexidade imediata. Afinal, um dos dogmas mais vigorosos do direito civil liberal é o da tipicidade dos direitos reais, estatuidando a doutrina clássica que “os direitos reais são estabelecidos por lei. São figuras de tipo fixo.”³

Em linha de conseqüência, não comportariam estes tipos fixos flexibilização ou mudança.

Afinal, se apenas se admitem os direitos sobre a coisa previstos em lei, consentir com a alteração deles por convenção, de acordo com a doutrina tradicional, seria o mesmo que permitir a criação de figuras reais atípicas ou inominadas.

O choque fica, então, evidente. De um lado, o princípio da tipicidade real e sua tradicional exclusão do auto-regramento da vontade da seara do direito das coisas; do outro, o direito real de superfície e sua clara dependência de uma regulamentação contratual ativa, que não se confunde com a mera adesão a uma figura predisposta pela lei e encerrada em uma estrutura imodificável.

Vedar aos particulares a liberdade negocial inerente à superfície significaria inviabilizar tal direito real entre nós. Permitir seu exercício importa ter de repensar diretamente um dos pilares mais arraigados da teoria do direito civil.

Este trabalho parte da constatação de que a determinação contratual do conteúdo da superfície é um fato irrefutável no direito civil contemporâneo, propondo-se a investigá-la.

³ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. I, 1941, p. 306.

Busca-se, com a pesquisa em tela, identificar e examinar a sistemática da constituição do direito real de superfície mediante contrato, com o escopo de determinar a influência da vontade das partes sobre o conteúdo concreto da relação jurídica real superficiária.

Seu objetivo, desta forma, é determinar até onde pode o contrato efetivamente modelar o direito de superfície, analisando o aparente conflito que este direito real enseja entre a autonomia privada e a tipicidade dos direitos reais, bem como as regras que presidem a atuação da vontade sobre o tipo.

A relevância e a oportunidade de uma pesquisa nos moldes da proposta é manifesta.

Com efeito, a reintrodução do direito de superfície no sistema jurídico pátrio é ainda recente, não havendo uma doutrina unânime e pacificada a seu respeito, quer quanto à sua forma urbanística, regida pelo Estatuto da Cidade, quer quanto à sua forma agrária, disciplinada pelo Código Civil.

Se isso é verdade em relação ao direito superficiário como um todo, aplica-se *a fortiori* no que concerne ao contrato constitutivo da superfície, que não foi, até o presente momento, estudado com maior detalhe, em sede monográfica, entre nós.

Trata-se de tema novo e ainda inexplorado, que se faz importante por abordar campos teóricos que experimentam uma fase de grande transformação, o direito das coisas e o direito das obrigações. Foca-se, de certa forma, o ponto de interseção de ambas, quando do exame das vicissitudes da criação contratual de relações reais, em especial quanto ao direito de superfície.

É necessário, pois, o enfrentamento da temática posta, com a consciência da necessidade de trabalhar com categorias jurídicas renovadas, aptas a oferecer soluções adequadas para os novos problemas que se levantam.

Será utilizado neste trabalho, predominantemente,⁴ o método dedutivo. Considerando que o ponto de partida do trabalho científico é sempre um problema, partiremos do nosso, qual seja, a aparente tensão ou incompatibilidade entre os princípios da tipicidade real e da autonomia da vontade no contrato de superfície, para, analisando seus fatores condicionantes e suas vicissitudes, atingir o objetivo, que é o de extrair as linhas gerais da dogmática contratual da superfície. Como guia, fica a advertência de que o método nas ciências sociais consiste “em experimentar soluções para certos problemas, os problemas com os quais iniciam-se nossas investigações e aqueles que surgem durante a investigação.”⁵

Opta-se por repelir, assim, abordagens indutivistas,⁶ visto que, mesmo tendo o método dedutivo suas falhas,⁷ afigura-se ele o mais preciso disponível para o trato dos problemas presentes em campos como o direito.

A técnica de pesquisa consistirá em levantamento bibliográfico da doutrina nacional e estrangeira a respeito do tema proposto. O descarte do dado jurisprudencial não é opcional,⁸ mas sim forçado pela inexistência de material suficiente para exame, tendo em conta a ainda incipiente vigência do direito de superfície entre nós.

O texto será dividido em cinco capítulos.

⁴ Pois não há método “puro”: impossível manter-se o pesquisador, durante todo o curso do trabalho, raciocinando exclusivamente por dedução, sem eventuais induções, e vice-versa.

⁵ POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. Rio de Janeiro: Universidade de Brasília, 1978, trad. Estevão Martins, p. 16.

⁶ Para uma exposição do método da indução, vale conferir HEMPEL, Carl G. **Aspects of scientific explanation**. New York: The Free Press, 1965, p. 251.

⁷ CHALMERS, A. F.. **O que é ciência, afinal?**. São Paulo: Brasiliense, 2001, trad. Raul Fiker, p. 94.

⁸ A análise de fontes de pesquisa ligadas à prática jurídica é de fundamental relevância, merecendo justas críticas o habitual defeito da pesquisa jurídica de não dar-lhe a devida importância, algo que não ocorre em outros ramos do conhecimento científico (vide ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 8. Recife: UPFE, p. 201-204, 1997, p. 209).

Partindo da idéia de que o contrato superficiário não pode ser estudado sem ter subjacente uma compreensão adequada do próprio direito real de superfície, o primeiro capítulo será destinado a analisar tal figura jurídica real sob a ótica de sua teoria geral, e o segundo examinará a regulamentação positiva da superfície no Brasil.

Vale explicar que, com o intuito de manter o foco do trabalho e evitar um alargamento demasiado do tema, não foram escritos capítulos autônomos acerca do desenvolvimento histórico da superfície ou sobre o instituto no direito comparado.⁹

Tais conhecimentos não poderiam, porém, ser inteiramente dissociados da abordagem do objeto da dissertação no direito contemporâneo, ao menos não sem manifesto prejuízo. Por isso, sempre que se mostrou necessário recorrer a noções históricas ou comparatísticas, foram estas sucintamente expostas e indicadas fontes bibliográficas para aprofundamento.

O capítulo terceiro tratará de tópicos de especial interesse para a dogmática da superfície no Brasil, como os que dizem respeito à sua relação com a enfiteuse e com a multipropriedade imobiliária, entre outros.

Em seguida, no capítulo quarto, será abordada a inserção da autonomia da vontade no campo do direito das coisas e sua correlação com o princípio da tipicidade dos direitos reais, bem como os princípios diretamente ligados à matéria, a saber, a função social da propriedade e a boa-fé objetiva, com atenção ao papel que desempenham na abertura da tipicidade real ao auto-regramento dos sujeitos privados.

⁹ Considerando-se o pressuposto de que o objeto do direito comparado só comporta o estudo dos sistemas jurídicos em vigor, o mais sendo história do direito (DANTAS, Ivo. **Direito constitucional comparado**: introdução, teoria e metodologia. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 74).

Por fim, no último capítulo, descortinadas todas as premissas do estudo da modelação contratual da superfície (a teoria geral do instituto, sua regulamentação positiva, a contraposição entre autonomia da vontade e tipicidade real, a função social da propriedade e a boa-fé objetiva), ingressar-se-á na análise do contrato superficiário e sua função de determinação ativa do conteúdo de tal direito real.

Estes são os lineamentos gerais da presente dissertação. Uma vez devidamente traçados os mesmos, podemos enfim iniciá-la. Alertado fica o leitor, contudo, que o tema é instigante, complexo e cheio de nuances, ainda inteiramente aberto à discussão e à construção doutrinária e jurisprudencial. O texto se propõe, desta forma, a introduzi-lo, identificando seus pontos nevrálgicos e oferecendo, ao final, uma proposta de preenchimento da lacuna doutrinária identificada.

CAPÍTULO I

1. Teoria geral do direito de superfície

1.1 Premissa básica: a acessão imobiliária e o princípio *superficies solo cedit*

Bastante antiga é a construção teórica da acessão, que os clássicos luso-brasileiros reputavam como um instituto de direito natural¹⁰ e que já se via presente na Lei das XII Tábuas¹¹ e nas Institutas de Justiniano.¹²

Decerto não foram as leis que criaram a acessão, mas

os trabalhos dos juristas, com os seus depósitos psicanalíticos e as suas influências econômicas, suas teorias sobre o ser e o vir a ser das coisas, as suas convicções gnoseológicas.¹³

Consiste em um modo originário de aquisição de propriedade, por meio do qual passa a pertencer ao proprietário tudo o que se une ou incorpora a seu bem.¹⁴

¹⁰ Neste sentido, FREIRE, Pascoal José de Mello. **Instituições de direito civil português**. Lisboa: Boletim do Ministério da Justiça, vol. III, 1967, versão portuguesa de Miguel Pinto de Meneses, p. 63; LOUREIRO, Lourenço Trigo de. **Instituições de direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, tomo I, 1871, p. 245.

¹¹ Como se vê em Ulpiano, D. 47, 3, 1: “Lex XII tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare, ... sed in eum, qui convictus est iunxisse, in duplum dat actionem”, ou, na tradução espanhola: “La ley de las XII tablas no permite arrancar ni reivindicar el madero robado empleado en una casa o en las viñas ... pero da acción por el duplo contra el convicto de haberlo empleado.” (GARCÍA, César Rascón; GONZÁLES, José María García. **Ley de las XII Tablas**. 3 ed. Madrid: Tecnos, 2003, pp. 14-15). Sobre as mudanças no direito de propriedade advindas da Lei das XII Tábuas, é proveitosa a consulta a COULANGES, Numa Denis Fustel de. **The ancient city: a study on the religions, laws, and institutions of Greece and Rome**. Kitchener: Batoche Books, 2001, trad. Willard Small, p. 265.

¹² Já na tradução brasileira, Livro II, Título I: “ §29. Aquele que construir em seu solo utilizando material alheio é considerado proprietário do solo, porque tudo aquilo que é usado na edificação cede ao solo (...) §30. No caso oposto, isto é, se alguém construir uma casa em solo alheio, utilizando seu material, pertencerá a casa construída ao proprietário do solo (...) §31. Se tiver Tício plantado no seu terreno uma planta pertencente a outra pessoa, a ele (Tício) passará a pertencer a planta; mas se, ao contrário, plantou uma planta sua no solo de Mévio, a planta passará a ser de Mévio (...) §32. Pela mesma razão porque as plantas que aderem à terra pertencem ao solo, entendem-se que pertencem ao solo os grãos que são semeados” –JUSTINIANUS, Caius Petrus Sabbatius. **Institutas do imperador Justiniano**. Bauru: Edipro, 2001, trad. Edson Bini, pp. 63-64.

¹³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, tomo XI, 2001, p. 214.

¹⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Op. cit.*, p. 155.

Em razão de sua eficácia, quando duas coisas, pertencentes a proprietários diversos, unem-se em uma só sem possibilidade de separação sem dano, a propriedade da coisa acessória é adquirida pelo senhor da coisa principal.¹⁵

Utilize-se uma explanação mais precisa e detalhada:

Dá-se *acessão*, *accessio*, sempre que alguma coisa, ou parte integrante essencial, ou não essencial, de alguma coisa, que existe só e independente, portanto como coisa distinta, ou que existe, só, porém como pertença, vem formar parte integrante de outra; e.g., a planta que nasce em meu jardim. Cessam, para a coisa que acede, a existência e a independência; com essa perda de existência, e não só da independência, por parte do objeto, é que desaparece o objeto de qualquer outra relação jurídica de propriedade ou de obrigação que acaso existisse. O dono da coisa a que a outra acede passa a ser, desde o momento da adesão, o proprietário também da outra. Se era todo, ou parte do objeto de outra relação jurídica de propriedade, não importa. A *acessão* é modo originário de adquirir propriedade imóvel.¹⁶

A doutrina oferece classificações diversas para o fenômeno da *acessão*. Fala-se em *acessão* discreta ou contínua; de móvel a móvel, de móvel a imóvel, de imóvel a imóvel; natural ou industrial.¹⁷ Dentro destas divisões, ingressam as espécies tradicionalmente empregadas pelos Códigos, a saber: *acessão* por formação de ilhas, aluvião, avulsão, álveo abandonado, construções, plantações, confusão, comistão e adjunção.

Não é difícil perceber, mesmo após uma enumeração sucinta como a empreendida no parágrafo anterior, que a sistematização da matéria se ressentia de falta de clareza.

¹⁵ GAMBARO, Antonio. **La proprietá**. Milano: Giuffrè, 1990, p. 334. Observe-se que a idéia de inseparabilidade na *acessão* não é de ordem física, mas econômica, conforme assinala ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre a superfície e a acessão**. Braga: Livraria Cruz, 1973, p. 46.

¹⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Op. cit.*, p. 193.

¹⁷ Cf. ESPÍNOLA, Eduardo. **Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 222.

Baralharam os civilistas situações diversas e por isso já se anotou que a reunião das várias categorias de acessão sob a mesma idéia geral correspondeu a “um processo de indução lógica mal feita e sem valor”.¹⁸

Ao debruçarmo-nos sobre a superfície, porém, podemos com proveito selecionar da profusa disciplina da acessão o capítulo que constitui nosso ponto de partida, que reside na acessão de móvel a imóvel, mediante construções e plantações.

Esta forma de acessão é baseada no tradicional princípio romano *superficies solo cedit*,¹⁹ por força do qual a construção ou plantação feita em solo de outrem a ele acede, incorporando-se-lhe definitivamente.²⁰

Houve no direito brasileiro uma opção pelo modelo romanístico em detrimento da concepção germânica, segundo a qual nem sempre exercia o solo a *vis atrativa*.²¹ Esta opção não deixa de refletir um sinal da deferência do sistema jurídico para com a propriedade imóvel.²²

A acessão das construções e plantações incorporadas ao imóvel passa-se no mundo fático²³ e opera seus efeitos jurídicos automaticamente, independentemente da manifestação de vontade do proprietário do solo.²⁴

Neste ponto, separam-se com rigor o direito brasileiro e o direito português, no qual a acessão da coisa construída ou plantada só ocorre após o exercício de um

¹⁸ COGLIOLO, Pietro. **Lições de filosofia e de direito privado**. Belo Horizonte: Líder, 2004, trad. Henrique de Carvalho, p. 148.

¹⁹ A superfície cede ao solo, em tradução literal. Em sentido mais restrito, faz-se também referência à locução *quod inaedificatur solo cedit*, ou seja, a edificação cede ao solo.

²⁰ LIRA, Ricardo Pereira. *Op. cit.*, p. 2.

²¹ COGLIOLO, Pietro. *Op. cit.*, p. 148.

²² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 47.

²³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Op. cit.*, p. 242.

²⁴ GAZZONI, Francesco. **Manuale di diritto privato**. 7 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, p. 228. Saliendo a desnecessidade de concurso da vontade do beneficiário, ver PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Coisas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 118.

direito formativo conferido pelo ordenamento ao beneficiário da acessão, não havendo incorporação *ipso facto*,²⁵ como há entre nós.

Em nosso direito civil a regra geral é, pois, que o princípio *superficies solo cedit* faz unir ao solo tudo o que nele é implantado de forma perene.²⁶

Não se cogita do elemento psicológico para a aquisição. A boa-fé ou má-fé do construtor ou semeador não guardam importância para a acessão em si, determinando apenas o direito à indenização, quando a lei o prevê.²⁷

Outro ponto importante é o de que, optando a lei pelo princípio *superficies solo cedit* e pela automática acessão dos bens implantados dele decorrentes, eventuais negócios jurídicos que pretendam afastá-lo terão, *a priori*, efeito meramente obrigacional, sendo despidos de eficácia no plano real.²⁸

Quanto ao específico fundamento da acessão, identificá-lo simplesmente no princípio de que o acessório segue o principal seria uma tautologia.²⁹

A idéia dominante na matéria é a de que um sistema que adotasse como princípio geral a separação da coisa acessória em relação à principal,

²⁵ A respeito, ver ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 50 e 55; FERNANDES, Luís A. Carvalho. **Lições de direitos reais**. 4 ed. Lisboa: Quid Juris, 2005, pp. 332-333.

²⁶ As coisas que puderem ser removidas sem prejuízo à sua integridade sequer suscitam a discussão, sem embargo de poder o proprietário reclamar indenização pelos danos que sofrer em virtude do implante (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 68).

²⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Op. cit.*, p. 217-218. Deve-se ter em conta, inclusive, que a indenização é regida não pelos princípios atinentes à propriedade, mas por outros, destes diversos (COGLIOLO, Pietro. *Op. cit.*, p. 149), que poderíamos identificar sobretudo na vedação ao locupletamento sem causa. Como regra geral, a acessão independe, pois, de boa fé ou de indenização – a propriedade da coisa plantada ou construída sempre incorpora-se à do solo mesmo que feita de boa-fé e que o proprietário não satisfaça o dever de indenizar. Entretanto, em hipótese especial, prevê o Código Civil, no art. 1.259, que o construtor de boa-fé poderá adquirir a propriedade do solo, se construir em parcela maior do que a vigésima parte deste, indenizando o proprietário. Constitui uma exceção ao princípio *superficies solo cedit*, que a doutrina italiana denomina “acessão invertida”. Cf., a respeito, GAMBARO, Antonio. *Op. cit.*, pp. 340-342.

²⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Op. cit.*, p. 217. A matéria comporta um debate mais amplo na Itália, como se vê em GAMBARO, Antonio. *Op. cit.*, p. 337-338.

²⁹ COGLIOLO, Pietro. *Op. cit.*, 148.

permanecendo-a autônoma, daria causa a uma grave violação da propriedade desta última.³⁰

Além disso, a opção pela incorporação ao solo atende também a outros fins, como o de evitar altos custos administrativos em um sistema registral regido pela publicidade.³¹

Toda a estrutura da acessão ora exposta, contudo, pode ser revogada pelo direito de superfície, chegando a dizer-se que a máxima *superficies solo cedit* constitui hoje um princípio relativo, eis que superável através da incidência de tal direito real.³²

Daí a importância de conhecer o arcabouço geral da acessão imobiliária antes de iniciar-se o estudo do fenômeno superficiário, ao qual já podemos passar.

1.2 Noções sobre o direito real de superfície

O direito real de superfície tem origem romana, nascendo da outorga pretoriana de um interdito possessório (o interdito *de superficiebus*) aos titulares de arrendamentos de longo prazo.³³

No período pós-clássico, assume o direito de superfície a feição de direito real sobre coisa alheia, consistente na possibilidade de ter uso e gozo sobre edifício

³⁰ COGLIOLO, Pietro. *Op. cit.*, p. 148.

³¹ GAMBARO, Antonio. *Op. cit.*, p. 339.

³² TRABUCCHI, Alberto. **Instituciones de derecho civil**. Madrid: Edersa, vol. I, 1967, trad. Luis Martinez-Calcenada, p. 491. A relação entre a doutrina da acessão imobiliária e seu correlato princípio *superficies solo cedit* com o direito de superfície é direta – Cf. LONG, George. *Superficies*. In SMITH, William. **A dictionary of greek and roman antiquities**. London: Jonh Murray, 1875, pp. 1078-1079.

³³ Vide, a respeito de tal cronologia, PETIT, Eugène. **Tratado elementar de direito romano**. Campinas: Russell, 2003, trad. José Luís Custódio Porto, p. 385; KASER, Max. **Direito privado romano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, p. 178. Especificamente sobre os arrendamentos de longo prazo, confira-se WEBER, Max. **História agrária romana**. São Paulo: Martins Fontes, 1994, trad. Eduardo Brandão, pp. 128-130.

construído em terreno de outrem,³⁴ não tendo ido além disso a evolução do perfil de tal relação jurídica real no direito romano.

No direito medieval, com o desenvolvimento da teoria da divisão dominial, o superficiário passa a ter domínio separado sobre o objeto de seu direito, que não mais se restringia às faculdades isoladas de usar e gozar,³⁵ abrangendo amplos poderes de disposição, inclusive com a possibilidade de constituição fracionada em graus como na enfiteuse.

Esta evolução, de direito real sobre coisa alheia para verdadeira forma dominical autônoma (a chamada propriedade superficiária) é que de mais essencial há para apreender do histórico do instituto, uma vez que o tipo da superfície tem sido por vezes tolhido pela doutrina em razão de desnecessária regressão ao estágio romano, quando na verdade suas linhas gerais foram forjadas no direito intermédio e não devem retroceder imotivadamente a patamares anteriores.³⁶

³⁴ MARCHI, Eduardo C. Silveira. **A propriedade horizontal no direito romano**. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 36; BURDESE, Alberto. **Manuale di diritto privato romano**. 4 ed. Torino: UTET, 2000, p. 377; MOTA, Maurício Jorge Pereira da. **Direito de superfície no direito romano**. Trabalho de conclusão de curso apresentado na disciplina propriedade urbana do mestrado em direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/mauricio_mota/mm_2.html>. Acesso em: 05 de maio de 2004.

³⁵ GIACOBBE, Giovanni. La superficie. In CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco; MENGONI, Luigi (dir). **Trattato di diritto civile e commerciale**. Milano: Giuffrè, 2003, p.16; SALIS, Lino. **La proprietà superficiaria**. Padova: Cedam, 1936, p. 37-38.

³⁶ Não ingressaremos de forma mais detida na análise da evolução histórica da superfície, que consumiria uma segunda dissertação. Além das referências citadas, que introduzem bem o panorama de tal direito real em Roma e no direito medieval, podem ser consultados, para exposições gerais: LIMA, Frederico Henriques Viegas de. **O direito de superfície como instrumento de planificação urbana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 15-188; TEIXEIRA, José Guilherme Braga. **O direito real de superfície**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 11-52; BARCA, Alessandro; MARVASI, Corrado. **La superficie**. Milano: Giuffrè, 2004, pp. 5-36. Especificamente para o direito francês e sua consagração consuetudinária do instituto, ver JOSSERRAND, Louis. **Cours de droit civil positif français**. 2 ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, vol. I, 1932, pp. 944-945. Para o direito alemão, no qual o BGB viria a consagrar um regramento superficiário que Pontes de Miranda classificou como “forma reduzida de superfície” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello e Cia., 1928, p. 221), e uma ordenança de 1919 conferiria amplo tratamento a tal direito real, pode-se consultar WOLFF, Martin. **Derecho de cosas**. In ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin. **Tratado de derecho civil**. 3 ed. Barcelona: Bosch, tomo III, vol. II, 1971, trad. Blas Pérez, pp. 1-13; HEDEMANN, J. W. **Tratado de Derecho Civil: derechos reales**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, vol. II, 1955, trad. Jose Luis Dies Pastor e Manuel Gonzáles Enriquez, p. 308-314. Uma tradicional

No Brasil, fez fortuna o conceito de Clóvis Beviláqua, para o qual a superfície “consiste no direito real de construir, assentar qualquer obra ou plantar em terreno de outrem”,³⁷ que transparece uma perspectiva claramente romanística, denotando um mero direito real sobre coisa alheia.

Ver a superfície como um direito a usar e gozar de bem imóvel localizado em chão alheio significa abdicar do salto teórico dado durante o medievo, tornando-a uma espécie de usufruto parcial.³⁸

Decerto não nos é necessário buscar um conceito propriamente dito,³⁹ fechado e abstrato como todo conceito, mas é preciso e possível traçar as linhas gerais do tipo da superfície no direito contemporâneo.⁴⁰

exposição sistemática da superfície no direito italiano, um dos que melhor a disciplinou, pode ser colhida em MESSINEO, Francesco. **Manuale di diritto civile e commerciale**. 9 ed. Milano: Giuffrè, vol. II, 1965, pp. 532-557. E, por fim, para o último dos ordenamentos jurídicos tradicionais a positivar a superfície na contemporaneidade, fazendo-o de forma detalhada e avançada, veja-se SOUSA, Rabindranath Capelo de; PITÃO, José António de França. **Código Civil e legislação complementar**. Coimbra: Almedina, 1978, pp. 462-483.

³⁷ BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 10 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, vol. III, 1954, p. 182.

³⁸ No mesmo sentido, BARCA, Alessandro; MARVASI, Corrado. *Op. cit.*, p. 288.

³⁹ É típica do século XIX a concepção do direito como um “sistema conceitual logicamente preconstituído” (WILHELM, Walter. **Metodologia giuridica nel secolo XIX**. Milano: Giuffrè, 1974, trad. P. L. Lucchini, p. 94). Hoje, encerrar a compreensão de uma figura jurídica em um conceito abstrato é de muito pouca utilidade, embora seja importante proceder com clareza à análise dos elementos principais e das vicissitudes de cada instituto.

⁴⁰ Utilizamos neste trabalho a nomenclatura “direito civil tradicional” para caracterizar o direito civil típico do Estado liberal, estabelecido sobre o papel central das grandes codificações e marcadamente patrimonializado e hierarquizado, e “direito civil contemporâneo” para o direito civil do Estado social, constitucionalizado, repersonalizado, despatrimonializado e igualitário. A literatura a respeito é copiosa. Exemplificativamente, pode-se consultar, a respeito das características do direito civil liberal, LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 36, nº 141, jan./mar. 1999, p. 103; IRTI, Natalino. **Códice civile e società politica**. Bari: Laterza, 1995, pp. 23-25. Focando as novas perspectivas do direito civil contemporâneo sob uma ótica mais conservadora, é válida a exposição de LARENZ, Karl. **Derecho civil**: parte general. Madrid: Editorial Revista de derecho privado, 1978, trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picaeva p. 44-84; para uma análise mais atual, confira-se FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000 p. 222-232 e p. 323-325; MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**. São Paulo, n. 65, jul./set. 1993, pp. 21-32; para uma inserção do debate sob perspectiva mais abrangente, SALDANHA, Nelson. Sobre o ‘direito civil constitucional: notas sobre a crise do classicismo jurídico. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, vol. 36, 2001, especialmente pp. 90-92.

A superfície é direito real mediante o qual se suspende os efeitos da acessão. Neste diapasão, tem-se a feliz imagem de José de Oliveira Ascensão, para o qual a superfície é a outra face da medalha em relação à *accessio*: “só cai na superfície o que escapar à acessão”.⁴¹

Inoperante a acessão, passa a existir um domínio autônomo sobre um determinado imóvel, distinto do domínio incidente sobre o solo. Tem-se, assim, “coisa própria incorporada em solo alheio.”⁴²

A superfície pode ter por objeto uma construção ou uma plantação. Alguns sistemas legislativos vetam a utilização de tal direito quanto às culturas vegetais;⁴³ isto reflete, contudo, uma opção de política legislativa, que não encontra apoio na teoria da superfície, uma vez que, estando as plantações sujeitas à acessão, podem sujeitar-se por igual ao regime superficiário, se não houver incidência de norma proibitiva.

Na realidade, embora certos autores⁴⁴ considerem que a constituição de superfície sobre plantações represente um risco, acarretando o surgimento de todo tipo de discórdia no meio rural, pensamos que tal visão não corresponde à realidade e ignora as amplas possibilidades que o instituto pode assumir também no meio agrário.

⁴¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito de superfície agrícola. **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**. São Paulo, a. II, n. 4, abril/junho 1978, p. 147.

⁴² ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: reais**. 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, no prelo. Chama-se superficiário àquele em benefício do qual a superfície é constituída; fundeiro, ou simplesmente proprietário, ao dono do terreno; e implante ou propriedade superficiária ao objeto da superfície.

⁴³ Neste sentido, o art. 956 do Código Civil Italiano: “Non può essere costituita o trasferita la proprietà delle piantagioni (821) separatamente dalla proprietà del suolo.” Em tradução livre: não pode ser constituída ou transferida a propriedade das plantações separadamente da propriedade do solo.

⁴⁴ Assim, por exemplo, Caio Mário, para quem na superfície “o direito ao plantio é sempre gerador de desavenças” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. IV, 2004, p. 245).

É comum na doutrina portuguesa a afirmação de que a constituição sobre plantações deve se restringir a culturas vegetais duradouras, não podendo ser aplicada a outras mais efêmeras, sazonais.⁴⁵ O fundamento principal de tal opinião, embora não seja expresso, parece residir na repulsa a um direito real dotado de pouca estabilidade, dada a breve duração do objeto vegetal da superfície.

Sem desmerecer a preocupação apontada, não parece adequado adotar-se tal limitação. Se plantações não-permanentes incorporam-se ao solo por acessão, não há obstáculo para a suspensão de seus efeitos mediante superfície. A perspectiva mais conservadora inviabilizaria toda uma série de possíveis aplicações agrárias do instituto, sabendo-se que nada obsta ao replantio sucessivo,⁴⁶ sem que em momento algum o domínio do implante deixe de pertencer ao superficiário.

Pode-se constituir o direito de superfície sobre um bem já existente ou sobre bem ainda a existir.

No primeiro caso o superficiário exercerá seu direito real limitado diretamente sobre coisa já situada no terreno do fundeio, como uma edificação já realizada. No segundo, efetuará a própria construção ou plantação, e sobre ela incidirá a superfície. Chama-se à primeira modalidade simplesmente superfície sobre coisa já existente, ou por cisão, e à segunda, superfície *ad aedificandum* ou *ad plantandum*.⁴⁷

Essa dupla possibilidade na constituição da superfície tem gerado um interessante entendimento.

⁴⁵ Por todos, ver ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito de superfície agrícola, *cit.*, p. 148. Já referindo a pacificidade de tal tese no direito luso e a ela aderindo, ver VIANA, Marco Aurélio S. **Comentários ao novo Código Civil**: dos direitos reais. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. XVI, 2004, pp. 549-550.

⁴⁶ Enquanto vigente o direito de superfície, perecendo o seu objeto, pode ser refeita a construção ou plantação – ARDITI, Alejandro Borzutsky. **El derecho de superficie**. Santiago: Editorial Andres Bello, 1972, p. 172.

⁴⁷ Ver, a respeito, a exposição de LIRA, Ricardo Pereira. *Op. cit.*, p. 56-61. Muito embora se fale em “concessão”, isso não desnatura o caráter contratual da operação de constituição da superfície.

Para certa parte da doutrina, o direito de superfície propriamente dito seria a concessão *ad aedificandum* (ou *ad plantandum*), e o resultado de seu exercício, a propriedade superficiária, não deveria ser com ele confundido.⁴⁸

Tal posicionamento merece revisão. O direito real de superfície engloba os poderes jurídicos de efetuar a construção ou plantação em terreno alheio e de ter sobre tal implante o domínio autônomo daquele incidente sobre o solo: ambos são parte integrante da estrutura básica de uma mesma relação jurídica real.⁴⁹

Faculta-se às partes interessadas, porém, instituir a superfície sem a etapa prévia da construção ou plantação, diretamente sobre um bem já existente. E neste caso não há um novo direito, há superfície, uma vez que se recorre a uma figura real com o mesmo tipo – suspensão da acessão e domínio autônomo em relação ao solo.

É importante não confundir o significado vulgar de superfície⁵⁰ com o seu sentido técnico-jurídico, correspondente ao direito real sob exame.

Deve ser divisado com clareza que o direito de superfície não tem sua incidência restrita à superfície do solo propriamente dita, “o estrato (necessariamente sutilíssimo e, a rigor, sem espessura) da crosta terrestre: isto é, o solo (ou *facies* da terra), que está em contato com o início do espaço atmosférico.”⁵¹

Reafirma-se, neste particular, a noção básica: onde há acessão, pode haver superfície. Logo, não há na teoria da superfície nenhum óbice à instituição de tal

⁴⁸ Assim ARDITI, Alejandro Borzutsky. *Op. cit.*, p. 19; SALIS, Lino. La superficie. In VASSALI, Filippo (dir). **Trattato di diritto civile italiano**. Torino: UTET, vol. IV, t. III, 1949, p. 8.

⁴⁹ No mesmo sentido do texto, falando em “dois momentos” da superfície, FERNANDES, Luis A. Carvalho. **Lições de direitos reais**. 4 ed. Lisboa: Quid Juris, 2005, p. 413.

⁵⁰ “O exterior ou a parte exterior e visível dos corpos (...) o comprimento e a largura considerados sem profundidade” – AULETE, Caldas. **Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Delta, 1968, p. 3843.

⁵¹ MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, p. 532, tradução livre. O sentido jurídico de superfície não se confunde, pois, com seu “sentido geométrico”, “pois a superfície não tem espessura marcada na lei ou na geologia” (GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. São Paulo: Max Limonad, vol. XI, t. I, 1956, p. 405 e 408).

direito tendo por objeto o subsolo ou o espaço aéreo, embora algumas legislações possam restringir tais possibilidades através de proibição expressa.⁵²

De fato, qualquer construção ou plantação efetuada no subsolo acede ao terreno, tornando-se parte integrante do mesmo. Constituído o direito de superfície, suspende-se tal acessão, e coexistirá a propriedade superficiária sobre o implante no subsolo com o domínio do fundeiro sobre o que se situa acima.

A seu turno, a superfície instituída sobre o espaço aéreo viabiliza a expansão de edifícios já existentes, através do chamado direito de sobreelevação, de particular relevância para o direito urbanístico.⁵³

Uma vez realizada a obra e levada a cabo a sobreelevação, ter-se-á a propriedade superficiária sobre os pavimentos erguidos, distinta do domínio incidente sobre o restante do edifício, o que conduzirá necessariamente a um condomínio edilício (ou propriedade horizontal, se preferida tal nomenclatura).⁵⁴

Nada impede, e aqui saltam aos olhos as amplíssimas possibilidades do instituto, a coexistência de diversas concessões superficiárias sobre o subsolo, o solo propriamente dito e o espaço aéreo.

Exemplificando, em um mesmo terreno pode ser concedido a um indivíduo direito de superfície por sobreelevação de edifício nele existente; a outro, a superfície para efetuar construção no subsolo, um estacionamento, digamos; e, ainda, a um terceiro, superfície para levantar outra edificação em parte ainda inaproveitada do mesmo lote.

⁵² Abordaremos a disciplina positiva brasileira a este respeito no tópico 2.3, abaixo.

⁵³ Vide, entre outros, LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Op. cit.*, pp. 305-306; SALIS, Lino. Il condominio negli edifici. In VASSALI, Filippo. **Trattato di diritto civile italiano**. Torino: UTET, vol. V, t. III, 1950, pp. 126-155.

⁵⁴ FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Op. cit.*, p. 426.

Em tese, pode o direito sob análise ser constituído com termo determinado ou indeterminado.⁵⁵ Novamente confronta-se uma opção de política legislativa, havendo textos legais que vedam a indeterminação de prazo e outros que a permitem expressamente.⁵⁶

No entanto, se em princípio não há óbices técnicos a uma previsão legal que autorize a constituição da superfície sem prazo definido, deve-se ter em conta que a disciplina legal que o permita não merece aplauso.

Com efeito, a superfície, no direito contemporâneo, guarda uma estrutura cuja consequência lógica é a temporariedade, por força de sua própria *ratio essendi*.

O recurso ao dado histórico é apropriado neste particular. Se no direito romano a superfície surgiu como uma forma de conferir tutela mais eficiente aos arrendamentos de longo prazo, e no direito intermédio ela foi uma das figuras que possibilitaram a superposição de direitos sobre a terra, em meio à profusa estrutura fundiária medieval, no direito contemporâneo sua readoção tem a finalidade de oferecer combinações que permitam o aproveitamento mais racional da terra.

É um direito real flexível por natureza, que em sua ductibilidade permite maior eficiência na ocupação do solo rural e urbano.⁵⁷ Muito pouco racional se afigura trazer de volta um antigo instituto com apoio em tais propósitos, e, ao mesmo tempo,

⁵⁵ Lembre-se que a indeterminação de prazo não significa perpetuidade, uma vez que o direito pode ser extinto por outras razões além do termo. Neste sentido, LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Direitos reais à luz do Código Civil e do direito registral**. São Paulo: Método, 2004, pp. 275-276.

⁵⁶ O Código civil português permite a superfície sem prazo determinado (art. 1.524), assim como, no Brasil, o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01 – art. 21). Exigem o termo expresso, por exemplo, o direito positivo austríaco (cf. WOLFF, Martin. *Op. cit.*, p. 7) e o Código Civil Brasileiro (art. 1.369). A possibilidade de coexistência entre os dois diplomas nacionais será objeto de nossa análise mais adiante, no segundo capítulo deste trabalho.

⁵⁷ Entre outros, ARDITI, Alejandro Borzutsky. *Op. cit.*, pp. 211-212; TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *Op. cit.*, p. 90-91. Abordaremos estas possibilidades com mais detalhamento no decorrer desta dissertação.

dotá-lo de um regramento que permita constituição por prazo indeterminado,⁵⁸ o que as mais das vezes engessa a utilização do imóvel por parte do fundeiro, e conduz a uma indesejável semelhança com a enfiteuse.

Por isso, falham as propostas legislativas que prevêm a possibilidade de uma relação superficiária perpétua, sem embargo da possibilidade de posterior verificação de sua compatibilidade concreta para com a normativa constitucional vigente em cada ordenamento jurídico, o que no Brasil representa um delicado problema, sobre o qual nos debruçaremos mais adiante, no capítulo II.

Vale consignar que, independentemente do prazo para a extinção da superfície, pode haver um termo autônomo direcionado especificamente para a concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum*, de modo a que o direito a plantar ou construir se extinga se as obras não forem ultimadas dentro do prazo.⁵⁹

Com ou sem termo, ao extinguir-se o direito de superfície, automaticamente torna a adquirir plena eficácia o mecanismo da acessão, ocorrendo o fenômeno da reversão, mediante o qual a coisa implantada em propriedade superficiária consolida-se no domínio do fundeiro.⁶⁰ Tem-se aqui uma conseqüência do princípio da elasticidade potencial do domínio.⁶¹

A reversão encerra uma das mais importantes características da superfície, sendo inerente ao instituto a incorporação da construção ou plantação ao patrimônio do fundeiro quando da extinção do direito real. E é exatamente em razão desta

⁵⁸ Como bem observam Barca e Marvasi, “aquilo que representa uma exceção para a propriedade, a sua temporariedade, é a norma para o direito de superfície” (BARCA, Alessandro; MARVASI, Corrado. *Op. cit.*, p. 204, tradução livre).

⁵⁹ Em alguns sistemas positivos, esta previsão já vem insculpida na lei, como no art. 1.536 do Código Civil português ou no art. 954 do Código italiano.

⁶⁰ Entre outros, ver LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Op. cit.*, p. 370; ARDITI, Alejandro Borzutsky. *Op. cit.*, p. 174.

⁶¹ Acerca de tal norma principiológica, vide MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, tomo XI, *cit.*, p. 10.

natural absorção do implante em acessão que muitas legislações não estabelecem qualquer indenização ao superficiário pelas benfeitorias realizadas.⁶²

A concessão da superfície pode dar-se a título gratuito ou oneroso. Na segunda hipótese, fixa-se um cânon, também chamado *solarium*, que pode ser pago periodicamente ou em parcela única, constituindo uma obrigação *propter rem*.⁶³

Não deve parecer despida de plausibilidade prática a hipótese de estabelecimento a título gratuito de tal direito real.

Com efeito, a superfície graciosa pode servir aos interesses do fundeiro que, sem intenção de alienar o imóvel e nem condições de conferir-lhe aproveitamento econômico concreto, deseje fugir a sanções legais como o parcelamento compulsório, a progressividade fiscal ou mesmo a carência de tutela jurídica por descumprimento da função social da propriedade.⁶⁴

Por outra parte, a perspectiva de reversão, principalmente nos ordenamentos jurídicos em que esta não é necessariamente seguida de indenização, pode muito bem ser o bastante para remunerar o fundeiro e tornar vantajosa a concessão do direito.

Imagine-se um direito de superfície de duração de, digamos, vinte anos, destinado à construção de um edifício para estabelecimento de uma empresa em área de grande escassez de terrenos. Para o superficiário, representa a possibilidade de viabilizar seu empreendimento a custo muitas vezes mais baixo que o envolvido em uma venda e compra, e para o fundeiro, a certeza de receber o

⁶² Com detidas referências bibliográficas, ver BARBOSA, Diana Coelho. **Direito de superfície**: à luz do Estatuto da Cidade. Curitiba: Juruá, 2004, p. 113.

⁶³ No direito português, há expressa indicação legislativa que torna subsidiariamente aplicáveis ao cânon superficiário as disposições legais que tratavam da matéria em relação à enfiteuse – cf. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Op. cit.*, pp. 420-421.

⁶⁴ Esta última consequência é unanimemente reconhecida pelos civilistas contemporâneos e a analisaremos com mais detalhe adiante, no tópico 4.3.

prédio pronto quando da extinção do direito real, auferindo grande lucro quando da consolidação de seu domínio. As possíveis combinações são inúmeras.

Três as formas de constituição do direito de superfície: por ato de última vontade, por usucapião e por contrato.⁶⁵ A primeira modalidade não inspira maior discussão. A segunda, prevista expressamente em certos diplomas legais,⁶⁶ suscita aceso debate no direito brasileiro, e a ela nos dedicaremos quando da análise específica da superfície positivada no Brasil. A terceira, porém, deve ser de logo introduzida nesta sede, por ser a mais importante e por dizer respeito diretamente ao tema proposto nesta dissertação.

A rápida análise empreendida neste tópico já desvelou a enorme flexibilidade do direito de superfície, que, longe de assumir uma feição rígida e imutável, permite configurações diversas, embora preservando a essência nuclear do tipo.

É exatamente através do contrato que tais escolhas são feitas, determinando em boa parte o concreto conteúdo do direito real.

De fato, cabe às partes estipulantes efetuar diversas opções necessárias à determinação de conteúdo da relação superficiária. Além de cláusulas tradicionais, como, *v.g.*, as que delimitam objeto, prazo, termo, forma de remuneração, haverá ainda a necessidade de dispor a respeito do uso do subsolo, efeitos do inadimplemento, destinação dada ao imóvel, possibilidade de reconstrução, indenização quando da resolução da propriedade superficiária, pertenças, *etc.*⁶⁷

⁶⁵ Por todos, confira-se SALIS, Lino. Propriedade superficiária, *cit.*, pp. 280-294.

⁶⁶ Consulte-se o art. 1538 do Código Civil português, por exemplo.

⁶⁷ BENASSE, Paulo Roberto. **Direito de superfície e o novo Código Civil brasileiro**. Campinas: Bookseller, 2002, pp. 103-111.

Não se pode esquecer, ainda, que infinitas são as possibilidades de pactuação de obrigações acessórias, as quais, dado o caráter real da relação jurídica, terão natureza *propter rem*.⁶⁸

Assim, mesmo nos ordenamentos jurídicos nos quais há um bom texto legislativo para regradar a superfície,⁶⁹ dispensando-se muitas das cláusulas acessórias que em outros como o nosso têm de ser expressamente previstas, ainda assim será preciso que o instrumento contratual contenha, pelo menos,

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.⁷⁰

Os critérios que presidem esta modelação contratual da superfície constituem o ponto central de nosso tema e serão retomados mais à frente.

Quanto à extinção, questão à qual retornaremos quando da análise dogmática da superfície no direito brasileiro, assente-se que se aplicam as regras gerais da teoria do direito das coisas, sem embargo da já referida possibilidade de reconstrução quando do perecimento do implante, bem como da automática reversão da propriedade superficiária, que cai de logo no domínio do fundeiro.⁷¹

1.3 A superfície como relação complexa

Mesmo quando abraça uma concepção contemporânea de superfície, apoiada na noção de domínio autônomo sobre o implante e distinto daquele

⁶⁸ HEDEMANN, J. W. *Op. cit.*, p. 312.

⁶⁹ Como na Itália ou em Portugal, por exemplo.

⁷⁰ LIRA, Ricardo Pereira. *Op. cit.*, p. 69.

⁷¹ Podem ser consultadas com proveito, a respeito das causas extintivas da superfície, as exposições de GIACOBBE, Giovanni. *Op. cit.*, pp. 146-167, e BENASSE, Paulo Roberto. *Op. cit.*, pp. 118-120.

incidente sobre o imóvel, peca a doutrina por não explorar as possibilidades que advêm da visualização do direito de superfície como uma relação jurídica real⁷² complexa.⁷³ Tal dificuldade tem de ser ultrapassada, como etapa preliminar do estudo da matéria.

Discutir a noção de relação jurídica real complexa conduz, necessariamente, ao conceito de direito real, já que este é o seu aspecto ativo⁷⁴ - o sujeito ativo de uma relação jurídica real detêm um direito real.⁷⁵ Na determinação de quem seja o sujeito passivo reside, principalmente, a velha controvérsia a respeito do tema.

Com efeito, a teoria mais tradicional, chamada realista, concebe o direito real como um poder direto de um indivíduo sobre a coisa, vislumbrando, desta sorte, uma relação jurídica estabelecida exclusivamente entre a pessoa e o bem.⁷⁶

No século XIX, tal corrente teórica caiu em desuso, devido à assunção da intersubjetividade como pressuposto básico das relações jurídicas. Passou então a teoria denominada personalista a entender o direito real como um poder de evitar

⁷² Entende-se por relação jurídica real aquela que tem objeto imediato um bem, ou seja, relações jurídicas que envolvem direitos reais. Vide, a respeito, a lição de Pontes de Miranda (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Op. cit.*, pp. 35 e 106). Não utilizamos a expressão na acepção mais restrita manejada por Ascensão, que considera relações jurídicas reais apenas as relações jurídicas *propter rem* (ASCENSÃO, José de Oliveira. **As relações jurídicas reais**. Lisboa: Livraria Morais, 1962, pp. 115-116).

⁷³ Alguns autores tradicionais chegaram a qualificar a superfície como relação complexa (entre eles, LIRA, Ricardo Pereira. *Op. cit.*, p. 56), mas em um sentido diverso do utilizado neste texto. Para eles, a complexidade adviria da conjunção entre as faculdades de construir e de ter o domínio sobre o implante, inerentes à superfície e já examinadas anteriormente; nossa exposição, embora não ignore tal situação, segue em outro sentido.

⁷⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Op. cit.*, p. 33.

⁷⁵ Ou, para utilizar uma nomenclatura mais atual e com menos ranço individualista que a de direito subjetivo, uma situação jurídica real. Confira-se, neste particular, o detalhado estudo de CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**. São Paulo: Saraiva, 1985, especialmente pp. 50-85.

⁷⁶ MESQUITA, Manuel Henrique. **Obrigações reais e ônus reais**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 42. A teoria realista, sem embargo de seu acento fortemente romanístico, foi adotada por alguns autores relativamente recentes, como TURH, Andreas Von. **Derecho civil: teoria general del derecho civil alemán**. Buenos Aires: Depalma, vol. I, 1946, trad. Tito Ravà, p. 1956.

ingerências externas sobre a coisa, caracterizado por uma obrigação passiva universal.⁷⁷

Embora tenha se generalizado a adoção da teoria personalista, fato é que, vistas em sua pureza, ambas as perspectivas guardam incongruências.⁷⁸

Esta conclusão não deve surpreender o intérprete, dado que o realismo reflete uma visão romanística do direito real, ao passo em que o personalismo deriva diretamente de uma abordagem tipicamente pandectística. Aplicados quase que sem adaptações, de fato não podem oferecer soluções para os problemas do direito contemporâneo.

Assim é que Manuel Henrique Mesquita, por exemplo, anota que a tese personalista, ao utilizar a noção do sujeito passivo universal vinculado a um dever de abstenção, abstrai os deveres positivos impostos ao titular do direito real.⁷⁹

Por outro lado, a teoria realista, adotada sem reservas, também não facilita a inserção de tais deveres e complica, sobretudo, a contemplação da função social.⁸⁰

Encontra-se uma construção original a respeito da matéria na doutrina nacional.

Com efeito, para Ricardo Aronne, a forma mais eficiente de superar as insuficiências das concepções teóricas tradicionais é conciliá-las, através de uma perspectiva renovada que parte da distinção e autonomia conceitual entre o domínio e as diversas titularidades, das quais a propriedade é um exemplo.

⁷⁷ MESQUITA, Manuel Henrique. *Op. cit.*, pp. 47 e 52. Esta posição tornou-se amplamente majoritária, constando dos trabalhos de civilistas clássicos como LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 56.

⁷⁸ ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio**: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 33.

⁷⁹ MESQUITA, Manuel Henrique. *Op. cit.*, p. 55.

⁸⁰ Manuel Henrique Mesquita adota uma espécie de “neo-realismo”, baseado em uma idéia de ordenação direta do poder do indivíduo sobre o bem, afastando a relacionalização e divisando um dever geral de abstenção de perturbação do exercício como reflexo da soberania do *dominus* (MESQUITA, Manuel Henrique. *Op. cit.*, pp. 57-59, 61 e 71).

Resgatando a noção realista, afirma que na esfera real há o domínio, junção de todos os direitos⁸¹ possíveis sobre um bem, exercidos diretamente sobre a coisa, sem um sujeito passivo.⁸²

Enquanto o domínio é uma relação direta entre o indivíduo e a coisa, a propriedade tem por objeto uma relação entre indivíduos.⁸³ A propriedade instrumentaliza o domínio pleno e por os conceitos são complementares.⁸⁴

Desdobrando-se o domínio, obtém-se outros direitos reais, consistentes em uma ou mais de suas faculdades.⁸⁵ Assim como o domínio pleno é instrumentalizado pela propriedade, esses outros direitos sobre a coisa são instrumentalizados pelos demais regimes de titularidades,⁸⁶ como a superfície, o usufruto, a habitação, *etc.*

Ocorre que, para Aronne, enquanto o domínio e seus desdobramentos são propriamente direitos reais, por exercidos diretamente sobre a coisa, a propriedade e as demais titularidades operam na via das obrigações, como vínculos pessoais, intersubjetivos, tendo em conta o caráter ao seu ver obrigacional do dever de abstenção.⁸⁷

Por essa linha de raciocínio, não se exerce usufruto sobre o bem, mas sim as faculdades reais de uso e fruição, que são um desdobramento do domínio. Já o usufruto é exercido como titularidade, *erga omnes*, através dos deveres positivos e negativos decorrentes de efeitos obrigacionais.⁸⁸

⁸¹ Melhor do que a nomenclatura direitos, utilizada por Ricardo Aronne, é a de faculdades, tradicionalmente enunciadas como de usar, gozar e dispor, embora essa enumeração não seja exaustiva – cf. ARONNE, Ricardo. *Op. cit.*, p. 111.

⁸² IDEM, IBIDEM, p. 115 e 89.

⁸³ IDEM, IBIDEM, p. 165.

⁸⁴ IDEM, IBIDEM, p. 109.

⁸⁵ ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**: das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 186.

⁸⁶ IDEM, IBIDEM, p.137.

⁸⁷ IDEM, Propriedade e domínio, *cit.*, pp. 88, 94 e 101; IDEM, Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados, *cit.*, pp. 129-130 e 188-189.

⁸⁸ IDEM, IBIDEM, p. 199.

O domínio e seus desdobramentos são absolutos, têm caráter real e são exercidos diretamente sobre a coisa, enquanto que as titularidades têm natureza obrigacional, sendo intersubjetivas, relativas e dinâmicas.⁸⁹

No resgate da diferença entre propriedade (e demais titularidades) e domínio (e seus desdobramentos) concilia-se a teoria realista com a teoria personalista.

Entende o referido autor que, desta forma, atende-se às necessidades oriundas da repersonalização do direito civil, viabilizando a funcionalização dos direitos sobre os bens, que comportam não apenas a direta utilização da coisa, mas também as relações interpessoais decorrentes deste uso.⁹⁰

Embora a proposta revele possibilidades interessantes, nos parece um exagero retirar parte substancial do conteúdo da relação jurídica real da própria esfera da realidade, obrigacionalizando-a.

A teoria em questão cinde o incindível, fracionando aspectos diversos da mesma figura jurídica ao separar o domínio, ou seus desdobramentos, das interações intersubjetivas, identificadas como titularidades.

Discorda-se, neste ponto, da pretensa impossibilidade de reunir ambas as “instâncias”.⁹¹ E aí se ingressa exatamente na questão da relação jurídica real como uma relação complexa.

Com efeito, a relação real, seja ela qual for, não tem uma só face. A pretensão de buscar essa compleição singular desnaturaria o instituto em uma construção artificial e que não o abrange por inteiro.

Relações reais comportam, necessariamente, a possibilidade de servir-se o titular do direito real diretamente da coisa, eis que se houvesse necessidade de

⁸⁹ ARONNE, Ricardo. Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados, *cit.*, p. 177.

⁹⁰ IDEM, Propriedade e domínio, *cit.*, p. 2.

⁹¹ Apontada por Aronne (ARONNE, Ricardo. Propriedade e domínio, *cit.*, p. 132).

intermediação, teríamos direito a uma prestação e conseqüentemente uma relação de crédito, obrigacional.

Por outro lado, é indiscutível que esse uso direto da coisa conduz não apenas a um dever geral de abstenção de perturbação da parte dos demais indivíduos, mas gera também toda uma série de interações entre o titular do direito real e os terceiros não-proprietários, interações que não decorrem de deveres obrigacionais, mas sim da própria eficácia do direito real.

Existe um diálogo entre centros de interesses opostos, que impõe comportamentos não apenas de abstenção, mas também de cooperação⁹² entre o titular e os que com ele interagem.⁹³

O direito real se insere em uma relação complexa exatamente porque esta impõe inúmeros direitos e deveres em ambos os pólos.⁹⁴ Os terceiros não-proprietários podem exigir condutas do titular, no sentido de funcionalizar o exercício de seu poder, por exemplo, e este poderá exigir não apenas abstenção, mas também a cooperação para atingir tais fins.

Estas considerações são básicas para o estudo das relações reais no direito contemporâneo e não podem ser desconsideradas em matéria de superfície.

Deve-se identificar com clareza que a superfície envolve em seu conteúdo o poder direto do superficiário sobre o implante, o poder direto do fundeio sobre o terreno, as relações *propter rem* estabelecidas pelo contrato e também o elemento externo (que seria denominado por Aronne como titularidade), pouco refletido pela

⁹² Toca-se, neste particular, a questão da função social dos direitos reais, inserida no contexto mais amplo da repersonalização do direito civil. Voltaremos ao tema com mais vigor no tópico 4.3.

⁹³ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 47. Neste ponto avulta a radical transformação operada em relação ao direito civil liberal, no qual a propriedade era apenas um direito de exclusão (HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del derecho civil**: introducción histórico-dogmática. Barcelona: Ariel, 1987, trad. Gonzalo Hernandez, p. 118).

⁹⁴ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Op. cit.*, p. 51.

doutrina mais tradicional. Neste último, ambos os sujeitos, à medida em que se relacionam entre si, se relacionam também com toda a coletividade, envolvendo o cumprimento da função social e diversos outros deveres, como as imposições ambientais, por exemplo.

Este aspecto de complexidade gerado pela oponibilidade *erga omnes* e pela funcionalização do direito de superfície é absolutamente fundamental. É ele que qualifica tal direito real como complexo, para além das estruturas originalmente concebidas para o mesmo em sua teoria tradicional.

Não se pode simplificar artificialmente o que por natureza tem a nota da complexidade, e por isso a relação jurídica superficiária tem de ser contemplada em sua inteireza, permitindo uma compreensão mais precisa do fenômeno sob estudo.

1.4 Conteúdo mínimo da superfície e estatutos superficiários: introdução ao problema

Já vimos no tópico 1.2 que a relação jurídica superficiária revela grande maleabilidade, assumindo, conforme o molde contratual, feições diversas.

Essa mutabilidade conduz, inevitavelmente, a um questionamento: existe um conteúdo mínimo para a superfície? Ou seja, há um núcleo irredutível de conteúdo de tal direito real que reste incólume e intangível às interferências contratuais e mesmo legais?

Perceba-se que não se trata de questionar o conteúdo nuclear do tipo, dado que a superfície será sempre o direito real que suspende a acessão, viabilizando a existência de um domínio apartado do solo, sob pena de, em não o sendo, configurar-se outro direito real; trata-se, na verdade, de verificar se, em sua

concretização, há um *minimum* irreduzível que deve estar presente em toda relação superficiária.

A discussão a respeito do conteúdo mínimo surgiu focada na propriedade, a partir do momento em que esta, afastando-se do paradigma liberal e socializando-se, passou a sofrer restrições enquanto situação jurídica subjetiva.

Sendo a propriedade um direito garantido constitucionalmente, mas ao mesmo tempo dotado de condições de exercício e restrições de conteúdo impostas pelo ordenamento, esta garantia constitucional importaria preservar inclusive da intervenção do legislador uma porção inviolável de sua estrutura, que o particular poderia defender e da qual não poderia ser privado sem indenização.⁹⁵

Trata-se de indagar qual o mínimo conteúdo do direito garantido pelo ordenamento, até onde se poderia restringi-lo sem desnaturá-lo,⁹⁶ sob pena de se praticar, inclusive, desapropriação indireta.⁹⁷

Houve quem afirmasse que o conteúdo essencial estaria exatamente na aptidão do bem para o aproveitamento econômico.⁹⁸ A medida de respeito à garantia proprietária seria atingida através da conservação desta utilização econômica adequada, a qual, se inviabilizada, conduziria à violação do *minimum* e da garantia constitucional.

Outros focaram o conteúdo mínimo no respeito à função social da propriedade⁹⁹ ou à dignidade da pessoa humana.¹⁰⁰ Assim, garantido seria o

⁹⁵ MOTA, Maurício Jorge Pereira da. **Conteúdo mínimo da propriedade**. Disponível em: http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/mauricio_mota/mm_13.html. Acesso em: 12/01/06.

⁹⁶ TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade: o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, vol. 306, 1989, p. 73.

⁹⁷ PINTO, Victor Carvalho. **Direito urbanístico**: plano diretor e direito de propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 276.

⁹⁸ Entre outros, LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Op. cit.*, p. 61.

⁹⁹ Exemplificativamente, TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade, *cit.*, p. 76.

¹⁰⁰ V.g., MOTA, Maurício Jorge Pereira da. *Op. e loc. cit.*

conteúdo tendente a atender à função social ou à dignidade humana – aquele que não se destinasse diretamente a satisfazer tais normas principiológicas seria supérfluo e passível de ablação.

A melhor solução, porém, parece ser a que repudia qualquer conteúdo mínimo *a priori*. O mínimo protegido só pode ser auferido na análise da situação proprietária concreta, que ditará os lineamentos essenciais do direito conforme as exigências subjetivas e objetivas efetivamente presentes.¹⁰¹

Esta proposta, a nosso ver, é inteiramente aplicável à superfície. O conteúdo mínimo da superfície só pode ser delineado frente à concreta situação jurídica superficiária, o que nos remete necessariamente à questão dos estatutos superficiários.

Discutir o direito de superfície sob a perspectiva da multiplicidade estatutária significa, uma vez mais, ter de revisitar a teoria da propriedade, onde foi construída a idéia dos estatutos reais.

A idéia de um conceito único de propriedade era estranha ao direito medieval, no qual coexistiam uma pluralidade de titularidades sobre a mesma coisa, assumindo formas diversas caso a caso.¹⁰²

¹⁰¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, trad. Maria Cristina de Cicco, p. 231. Essa é também a posição mais recentemente adotada por TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. **Temas de direito civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 323.

¹⁰² Por todos, confira-se Paolo Grossi: “no hay duda de que los *dominia* medievales poco tengan que compartir con la propiedad moderna y que para su calificación el mismo término ‘propiedad’ no esté imune de ambigüedad; ni hay igualmente duda de que ningún *dominium* – ni el directo ni el útil – represente la propiedad. (...) La propiedad medieval es una entidad tan compleja y compuesta que aparece incluso indebido su uso en singular – tantos poderes autónomos y inmediatos sobre la cosa, diversos en cualidad según las dimensiones de la cosa que los han provocado y legitimado, cada uno de los cuales encarna un contenido propietario, un dominio (el útil y el directo), y cuyo haz conjunto reunido por casualidad en un solo sujeto puede hacer de él el titular de la propiedad sobre la cosa. Quede bien claro que esta propiedad no es sin embargo una realidad monolítica, su unidad es ocasional y precaria, y cada fracción lleva en si la inclinación a hacerse autónoma y la fuerza para realizar la desmembración.” (GROSSI, Paolo. **La propiedad y las propiedades**: un análisis histórico. Madrid: Civitas, 1992, trad. Angel M. López y López, p. 92 e 108).

Essa indeterminação do conceito proprietário sofreu um câmbio radical quando do advento da modernidade e de sua noção unitária de propriedade.¹⁰³

O direito civil tradicional, construído na forja liberal, assumiu a necessidade de extinguir a estrutura proprietária identificada com o antigo regime e tomou para si um conceito de propriedade individual e solitária,¹⁰⁴ simplificada e abstrata,¹⁰⁵ e por isso imperiosamente unificada.

Tal construção revelou-se anacrônica e insuficiente no direito contemporâneo, no qual a exigência de uma disciplina unitária para situações proprietárias flagrantemente diversas passou a ser repelida.

Fala-se, assim, em “estatutos proprietários”, permitindo que o ordenamento jurídico ofereça um regramento peculiar para o direito real na medida de sua variação objetiva e subjetiva.¹⁰⁶

A profunda diversidade de ordem fática, social e econômica entre, por exemplo, a propriedade agrária e urbanística, de bens de consumo ou de produção, duráveis ou não, desvela a insuficiência de uma tutela forçadamente unificada.¹⁰⁷

Diversos regimes impõem tratamento diverso, e assim o é porquanto a fixação em um sistema unitário findaria por inviabilizar o cumprimento da função social, que deve ser buscada considerando as peculiaridades de cada bem.¹⁰⁸

¹⁰³ A lição de Ruggiero a respeito é esclarecedora, e merece transcrição: “E única é também, no moderno sistema jurídico, o tipo de propriedade (...) nem sobrevivem, depois da queda do feudalismo e do antigo regime, aquelas formas diversas de propriedade servil e propriedade senhorial, da qual nasciam para os possuidores obrigações e sujeições pessoais e resultavam jurisdições dos senhores, poderes soberanos ou políticos e privilégios de toda a espécie em favor dos nobres, dos eclesíasticos, dos conventos e das cidades.” (RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, vol. II, 1958, trad. Ary dos Santos, p. 371)

¹⁰⁴ BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Barcelona: Trotta, 1996, trad. Jesús Ernesto García Rodríguez, p. 47.

¹⁰⁵ GROSSI, Paolo. *Op. cit.*, p. 114.

¹⁰⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, 218-219.

¹⁰⁷ Cf. TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada, *cit.*, pp. 317-318.

¹⁰⁸ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp.160-161.

Tal modelo foi trazido a lume para a propriedade, mas pode e deve ser utilizado no exame da superfície.

Em verdade, a disciplina fragmentária, baseada em estatutos diferenciados e não em uma sistemática unificada, é ainda mais necessária no que toca à superfície do que em matéria de propriedade.

Isto porque a ampla flexibilidade da superfície e as inúmeras possibilidades negociais do instituto fazem com que possam os privados arquitetar um rol muito maior e mais diversificado de estatutos em comparação com a propriedade.

Com efeito, para além das modalidades superficiárias mais óbvias (agrária e urbanística, por exemplo) delimitações contratuais mais sofisticadas¹⁰⁹ inspiram um tratamento diverso e dão origem a estatutos próprios.

Desta forma, a construção teórica dos estatutos superficiários se mostra fundamental para guiar a disciplina concreta do direito de superfície, e para delimitar o seu conteúdo mínimo. É a análise detida do modelo superficiário em questão que irá determinar qual o núcleo intangível da superfície, de cuja fruição o superficiário não pode ser privado e cuja afetação redundará em desapropriação indireta.

Pense-se, por exemplo, em uma superfície agrária consistente em implante periódico e renovado de várias culturas vegetais não duradouras, destinadas todas à utilização em pesquisa genética.

Decerto violaria o seu conteúdo mínimo a proposta de desapropriação, pelo Poder Público, de servidão de passagem que inviabilizasse uma destas culturas, o que poria fim à pesquisa como um todo. É lícito concluir que o particular poderia se opor através das vias judiciais, pleiteando que a passagem se desse por outro local, ainda que mais custoso fosse, para preservação do interesse legítimo que constitui a

¹⁰⁹ Abordaremos diretamente a questão no tópico 5.5, *infra*.

própria finalidade do direito real. Ou, se a passagem fosse inevitável, por envolver um interesse julgado mais relevante através do juízo de ponderação, que postulasse indenização por desapropriação indireta de todo o bem.

Imagine-se, contudo, que a desapropriação de servidão de passagem em questão fosse feita em um terreno no qual a superfície agrária tivesse por objeto uma plantação uniforme de eucalipto, para fins industriais, por exemplo.

Neste caso, a expropriação parcial, para servidão de passagem em um ponto da plantação, não afetaria o objeto da superfície como um todo. E a reparação econômica restituiria o superficiário ao *status quo ante*.

De um exemplo simplório como este, em que sequer se utilizou estatutos superficiários de grande disparidade (poderia-se ter contraposto a uma das hipóteses anteriores a de uma superfície urbanística para construção de um hospital, o que nos poria em circunstâncias bem diversas) se percebe o quão inviável é a pretensão de uma disciplina unificada para a superfície, sendo imprescindível a tutela casuística e personalizada dos diversos estatutos, na medida de suas necessidades específicas.

CAPÍTULO II

2. Análise dogmática da superfície no direito brasileiro vigente

2.1 Código Civil e Estatuto da Cidade: compatibilização

Toda análise da disciplina positiva da superfície no sistema jurídico brasileiro deve iniciar-se por uma definição básica, a da legislação que a rege. É válido, assim, empreender uma breve retrospectiva acerca da instituição de tal situação jurídica real em nosso ordenamento, para que se tenha uma visão precisa do problema.

O direito de superfície foi abolido no Brasil por obra da Lei 1.237, de 1864.¹¹⁰ Sua vigência anterior a ela é atestada pela doutrina da época, em meio ao caos de fontes normativas que regiam o direito civil brasileiro antes da Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas.¹¹¹

A comissão revisora do projeto primitivo de Beviláqua por pouco não logrou restaurar o instituto, que, constando do projeto revisto, seria suprimido em meio aos trabalhos legislativos, consagrando-se parecer notório de Benedito de Souza.¹¹²

Redivivo o movimento codificatório a partir dos anos 60, novamente cogitou-se a volta da superfície, com previsão expressa no anteprojeto de Orlando Gomes de 1963 e consagração no Projeto de 1975, que viria a se tornar o Código Civil de

¹¹⁰ LIRA, Ricardo Pereira. *Op. cit.*, p. 86.

¹¹¹ Sobre a complexidade do estudo das fontes do direito civil brasileiro antes da Consolidação, vide MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Fontes e evolução do direito civil brasileiro, *cit.*, p. 100-101. A respeito da superfície existente no domínio da Coroa sobre o pau-brasil, já revogado à época do advento do texto consolidado, FREITAS, Augusto Teixeira de. *Op. cit.*, p. 55; entendendo que não houve direito de superfície no Brasil antes do século XXI, LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Op. cit.* p. 66, com o qual não concordamos.

¹¹² BEVILÁQUA, Clóvis. *Op. cit.*, pp. 181-182.

2002, não sem antes vir a ser disciplinada pela Lei 10.257/01, conhecida como Estatuto da Cidade.¹¹³

O atabalhoado “esquecimento” do Estatuto da Cidade pelo Código Civil, que entrou em vigor pouco tempo depois daquele, sem definir estratégia alguma para a solução dos choques e contradições recíprocas instalados, suscitou importante debate em matéria de superfície, o de definir qual a sua legislação de regência, principalmente porque existem diferenças importantes entre as duas leis.¹¹⁴

No enfrentamento da questão, postou-se a doutrina de forma divergente, surgindo correntes contrapostas.

Para uma primeira linha de pensamento, a superveniência do Código Civil teria revogado automaticamente os dispositivos que tratam da superfície no Estatuto.¹¹⁵

Outros se posicionaram pela coexistência dos dois diplomas.¹¹⁶

¹¹³ Nenhum dos dois textos legais é adequado, pecando ambos por falhas e omissões que serão melhor abordadas a seguir. Não merece censura a opinião de Braga Teixeira, segundo o qual o Projeto de 1975 teria regrado a superfície “tímida, falha, insuficiente e insatisfatoriamente” (TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *Op. cit.*, p. 52). O baixo nível dos trabalhos legislativos em questão é inaceitável quando se recorda que ao tempo da redação do primeiro já se tinha disponíveis extensos subsídios comparativos, especialmente nos Códigos Cíveis italiano e português, de 1942 e 1966. Recorde-se ainda que, bem antes da promulgação do Código Civil e do Estatuto da Cidade, foram elaborados detalhados anteprojetos para uma disciplina brasileira do direito de superfície por Ricardo Pereira Lira (apresentado na VIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, em 1980, e constante de sua obra aqui citada – LIRA, Ricardo Pereira. *Op. cit.*, p. 381 e segs) e José Guilherme Braga Teixeira (em tese de livre-docência, publicada em 1993 e também já citada – TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *Op. cit.*, p. 117 e segs). Não se reclamava a sofisticação de uma abordagem inovadora: um pouco mais de atenção ao farto material disponível inequivocamente já teria conduzido a um resultado substancialmente mais proveitoso.

¹¹⁴ Estas diferenças serão devidamente abordadas mais à frente.

¹¹⁵ Assim, entre outros, GAGLIANO, Pablo Stolze. **Código Civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2004, vol. XIII, p. 25; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *In* FIUZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1.210; BENASSE, Paulo Roberto. *Op. cit.*, p. 106.

¹¹⁶ Neste sentido, AGHIARIAN, Hércules. **Curso de Direito Imobiliário**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 77; BARBOSA, Diana Coelho. O direito de superfície no novo Código Civil brasileiro. **Revista jurídica 9 de julho**. São Paulo, n. 1, jul. 2002, p. 124; LIRA, Ricardo Pereira. O direito de superfície e o novo Código Civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, vol. 364, nov./dez. 2002, p. 263; com análise mais complexa, propugnando a aplicação conjunta dos dois textos legais, GÓMEZ, J. Miguel Lobato. A disciplina do direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro, Padma, vol. 20, out./dez. 2004, pp. 92-100.

Desnecessário observar que a posição adotada interfere substancialmente em qualquer análise acerca do direito real de superfície, conforme se defina ser o mesmo regido pelo Código Civil e pelo Estatuto da Cidade ou apenas pelo primeiro, e em que termos.

Como dito, não houve revogação expressa da Lei 10.257/01 pelo Código Civil. Deve-se investigar, assim, a possibilidade de uma revogação tácita, hipótese que é abraçada pelos que defendem o desaparecimento da normativa do Estatuto acerca da superfície, com base na regra *lex posterior derogat priori*.

Ocorre que, para que tal linha de raciocínio fosse válida, seria necessária inteira regulação da matéria ou incompatibilidade absoluta da disciplina nova para com a antiga.¹¹⁷ Além disso, não pode a lei anterior constituir uma matéria específica em relação à generalidade da legislação nascente, por força da outra regra tradicional, segundo a qual *lex specialis derogat lex generalis*, sendo considerada lei especial aquela que acresce ao objeto da lei geral elementos específicos de individualização.¹¹⁸

Neste sentido, uma lei que trata da superfície para aplicação exclusiva a solo urbano é indiscutivelmente lei especial quando posta ao lado de outra destinada a reger o direito de superfície de forma abstrata e inespecífica, sem apontar o seu âmbito de incidência.

Não se pode negar que, na hermenêutica contemporânea, os critérios de lei posterior e lei anterior, lei geral e lei especial podem se mostrar insuficientes e ultrapassados, principalmente em situações de mais complexa contraposição de fontes normativas. Mas o fato é que, em matéria de direito real de superfície, o

¹¹⁷ ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, vol. I, 1999, p. 64.

¹¹⁸ DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 74.

cânone da especialidade soluciona precisamente o problema e indica a razão da manutenção do Estatuto da Cidade.

Cumpra recordar o próprio sentido teleológico que informa a incolumidade da lei especial frente à lei general, que é a continuidade da evolução do ordenamento jurídico, oferecendo disciplina diversa e especializada para situações desiguais.¹¹⁹

Deve-se ter em consideração, ainda, que a Constituição Federal, em seu artigo 182, expressamente resguardou à ocupação do solo urbano um tratamento diferenciado conforme as suas vicissitudes próprias, do qual faz parte a edição do Estatuto.

Neste contexto, o regramento distinto da superfície no campo e na cidade é um sinal de maturidade e aperfeiçoamento de nosso sistema jurídico, que editou o Estatuto da Cidade (e, anos atrás, o Estatuto da Terra) por reconhecer que o trato legislativo da propriedade urbanística e agrária reclama objetivos e soluções jurídicas diversas. Sobrepor o Código Civil à Lei 10.257/01, de forma brusca e imotivada, constituiria um claro retrocesso, de efeitos sobejamente prejudiciais.

Além disso, não é demais lembrar que os partidários da revogação do Estatuto da Cidade trabalham apenas com o critério cronológico, evidentemente insuficiente neste caso. Não é possível defender a supressão do regramento estatutário da superfície sem uma consistente fundamentação que conduza à conclusão da inexistência de especialidade.

Na ausência de opinião sólida neste sentido, ou seja, não havendo uma corrente teórica embasada que sustente não ser o Estatuto lei especial quando

¹¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 8 ed. Brasília, UNB, 1996, trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, p. 96. É característica marcante do direito contemporâneo e do Estado constitucional a pulverização da legislação infra-constitucional, cada vez mais voltada a regular interesses setoriais (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 5 ed. Marid: Trotta, 2003, trad. Marina Gascón, p. 36).

confrontado com o Código Civil, é preferível a manutenção dos dois regimes, aplicando-se o Estatuto aos imóveis urbanos e o Código aos imóveis rurais.

¹²⁰ Chamemos à primeira espécie superfície urbanística, e, à segunda, superfície agrária.

É-nos preciso, porém, delimitar com exatidão o critério que será utilizado para determinar se um imóvel objeto de direito de superfície é considerado urbano ou agrário.

Neste sentido, parece mais adequado fazer a distinção com base no critério da destinação, que prevalece no direito agrário, ao contrário do da localização, de uso corrente no direito tributário.¹²¹

Não é a mera localização que torna o imóvel rural, mas sim a atividade nele realizada, que deve ter natureza agrária.¹²² Afasta-se, assim, a regra fiscalista da localização, que não atenderia devidamente às necessidades concretas do direito de superfície.

Desta forma, sujeita-se à sistemática agrária, regida pelo Código Civil, a superfície que tenha por objeto plantações ou edificações em imóvel destinado a atividades agrárias, tais como agricultura e pecuária. Por sua parte, as superfícies destinadas à edificação em terrenos que não têm tais finalidades serão urbanísticas.¹²³

¹²⁰ Esta é a mesma conclusão do Enunciado nº 93, da I Jornada de Direito Civil do STJ.

¹²¹ Vide, a respeito, MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito agrário brasileiro**. 5 ed. Goiânia: AB Editora, 2004, pp. 37-47; CAMARGO, Luciano Dias Bicalho. Imposto sobre a propriedade territorial rural – ITR. In BARROSO, Lucas Abreu, *et alii* (org). **O direito agrário na Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 141-145. A teoria da destinação como critério básico do direito agrário tem, inclusive, consagração positiva, como se vê do art. 4º, I, da Lei 8.629/93: "Imóvel Rural é o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agroindustrial".

¹²² Sobre a atividade agrária, podem ser colhidas considerações substanciais em ROMAGNOLI, Emilio. **L'impresa agricola**. Torino: UTET, 1986, pp. 1114-1150.

¹²³ Julgamos profundamente inoportuno exigir a existência de um plano diretor no local para qualificar a superfície como urbanística (opina no sentido por nós rejeitado GÓMEZ, J. Miguel Lobato. *Op. cit.*,

Da seleção de tal critério, frise-se, exsurge a impossibilidade de constituição de superfície urbanística *ad plantandum*, ou sobre plantações já existentes, porquanto isso conduziria ao regime de superfície agrária.¹²⁴

Por outra parte, a superfície agrária permite ambas as modalidades, uma vez que a estipulação do direito para a construção de um prédio em imóvel rural não desnatura sua destinação.

Perceba-se ainda que, dada a incidência de critérios diversos para determinar os regimes fiscal e superficiário, é possível que uma superfície urbanística esteja situada em imóvel assujeitado ao recolhimento de ITR, ao passo em que sobre um fundo utilizado para a concessão de superfície agrária pode se dar incidência de IPTU, peculiaridade que, afinal, afeta em geral os institutos de direito agrário.

2.2 Objeto do direito de superfície

Posta a premissa da dualidade de regimes, é de se ver que, no que concerne ao objeto do direito de superfície, registram-se discrepâncias entre a modalidade agrária e a urbanística, que exigem atenção por parte do intérprete.

O problema do objeto, aliás, talvez se revele um dos mais cruciais da dogmática da superfície no Brasil, por força das armadilhas a que certas posições extremistas podem conduzir, levando mesmo à inviabilização do instituto.

Ao tratar do direito de superfície, o Código Civil praticamente positivou o conceito de Clóvis Beviláqua, já referido, ao expressar em dicção claramente

p. 100), porquanto é sabido que, na prática jurídica brasileira, ainda existem localidades urbanas desprovidas de tal imprescindível instrumento.

¹²⁴ Em sentido diverso, LIRA, Ricardo Pereira. O direito de superfície no novo Código Civil, *cit.*, p. 264.

conservadora que “o proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou plantar em seu terreno”.¹²⁵

Por sua parte, o legislador urbanista optou por uma fórmula mais ampla e menos problemática, ao estatuir que “o proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno.”¹²⁶

À primeira vista, tem-se que o Estatuto da Cidade corretamente esquivou-se de fornecer definições, empregando o termo aberto para preenchimento pela doutrina; o Código Civil, *a contrario sensu*, definiu e mal, visto que remete a uma noção de superfície como direito real em coisa alheia, destinado à edificação, uso e gozo de construção ou plantação em terreno de outrem, sem referir o domínio autônomo que é inerente ao instituto desde, pelo menos, o direito intermédio.

Aqueles que esperaram da doutrina uma solução enérgica e acertada para a problemática instaurada decerto se decepcionaram, deparando-se com interpretações pouco felizes, como uma breve revisão pode indicar.

Defendeu-se que, em razão da oração “o proprietário poderá conceder a outrem o direito de construir ou plantar”, a superfície agrária só poderia ser constituída sob a modalidade *ad aedificandum* ou *ad plantandum*, falecendo a possibilidade de instituição por cisão.¹²⁷

Por outro lado, aferrando-se à leitura simplista que acima mencionamos, não faltou quem afastasse a possibilidade de propriedade superficiária autônoma, tanto na superfície agrária quanto na urbanística.¹²⁸

¹²⁵ Art. 1.369, *caput*, primeira parte.

¹²⁶ Art. 21, *caput*, primeira parte.

¹²⁷ COSTA, Dilvanir José da. **Sistema de Direito Civil à Luz do Novo Código**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 530; LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 275 e 276. Houve até mesmo quem, abraçando tal entendimento, o estendesse à superfície urbanística (LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Op. cit.*, pp. 216 e 300), sobre a qual não pesa tal deslize redacional.

¹²⁸ Dí-lo expressamente, BARBOSA, Diana Coelho. O direito de superfície no novo Código Civil brasileiro, *cit.*, p. 124-125; BARBOSA, Diana Coelho. Direito de superfície: à luz do Estatuto da

Por fim, há parecer de Braga Teixeira no sentido de que o Estatuto da Cidade, ao tratar do direito de superfície, sequer o teria feito no plano dos direitos reais, instituindo um modelo superficiário meramente obrigacional.¹²⁹

São desnecessárias tantas restrições ao objeto do direito de superfície, principalmente porquanto embasadas em uma exegese estrita e inflexível das imperfeições e omissões legais. Impor à figura jurídica real em tela tantos empecilhos significa inviabilizá-la por completo, frustrando a própria razão de sua reincorporação ao nosso direito positivo e as amplas possibilidades que encerra, no sentido de uma exploração mais racional e produtiva do solo urbano e rural.¹³⁰

Partindo-se da premissa fundamental de que toda norma deve ser interpretada, dada a superação incondicional da parêmia *in claris cessat interpretatio*, não nos parece possível dissociar o direito de superfície consagrado no Código Civil e no Estatuto da Cidade de sua teoria geral contemporânea e dos próprios objetivos constitucionais ligados à matéria.

Se o legislador brasileiro optou, nos anos de 2001 e 2002, por instituir um direito real e chamá-lo de “direito de superfície”, assumiu, conscientemente ou não, toda a carga semântica que este termo traz consigo.

Nunca é demais lembrar, com Pontes de Miranda, que “quando se trata de direito privado contemporâneo, poucos se dão conta de que há mais de dois mil

Cidade, *cit.*, p. 137. Implicitamente, vez que considera a superfície “direito real que o proprietário de dado imóvel urbano ajusta com o superficiário, mediante contrato por instrumento público, por tempo determinado ou indeterminado, gratuita ou onerosamente, a utilização do solo, do subsolo e do espaço aéreo relativos a seu terreno”, ou seja, algo coincidente com o tipo do direito real de uso, longe de constituir a chamada propriedade superficiária, GASPARI, Diógenes. **O Estatuto da Cidade**. São Paulo: NDJ, 2002, p. 116.

¹²⁹ Neste sentido TEIXEIRA, José Guilherme Braga. O direito de superfície recriado pela Lei 10.257/01. **Revista de Direito Imobiliário**. São Paulo: RT, nº 51, ano 24, jul-dez. de 2001, p. 45 e segs. Do mesmo autor, TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *In* ALVIM, ARRUDA; ALVIM, Theresa (orgs.) **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro, Forense, vol. XII, 2004, p. 261.

¹³⁰ Vide a nota de pé de página 56, *supra*. Discordamos categoricamente, assim, de Arnaldo Rizzardo, para o qual o direito de superfície seria uma forma superada de proveito do solo, inferior até mesmo ao regime de enfiteuse (RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 862).

anos se vem elaborando toda a doutrina de que desfrutamos.”¹³¹ Quando uma lei se refere a direito de superfície, não há como abstrair todo o peso de uma tradição milenar que, se um dia nasceu de uma relação meramente obrigacional, ou significou apenas um direito sobre coisa alheia, hoje inequivocamente diz respeito a um direito real limitado que importa suspensão da acessão e constituição de domínio autônomo sobre a *res superficiaria*.

Não define o Código Civil o preciso conteúdo da hipoteca, por exemplo, e nem por isso a doutrina enfrenta qualquer dificuldade em delimitá-lo.

Para instituir uma relação jurídica real que dissesse respeito apenas à possibilidade de construir e exercer uso e gozo sobre a construção, teria o Código (ou o Estatuto) de criar do zero um novo direito real, e isso não foi feito. Não foi positivado em nenhum dos dois diplomas um novel “direito de edificação autônoma”, mas sim o direito de superfície, e não há técnica legislativa que possa fazer da superfície o que ela não é, assim como não poderia o Código Civil instituir um direito de habitação consistente em explorar economicamente o imóvel mediante pagamento de uma renda periódica.

Não há qualquer sentido, portanto, em renunciar às possibilidades de uma hermenêutica construtiva, mediante a qual, em vez de traçar um panorama restrito e limitado da superfície, prendendo-se às imperfeições da lei, possa a doutrina superá-las, extraíndo de tal direito real todo o potencial que seu arcabouço dogmático e teórico permitem. Somente assim será possível atender aos valores constitucionais que tal direito real pode promover e instrumentalizar.

¹³¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo I, *cit.*, p. 22.

Não há motivo, pois, para divergir da afirmação de que no direito brasileiro a superfície é direito real e dá origem à propriedade superficiária, como verdadeiro domínio autônomo sobre o implante, independente do solo.¹³²

Por outro lado, não há qualquer vedação legal à constituição da superfície sobre bem já existente, tanto no meio agrário, quanto no urbanístico. Se existe a possibilidade de suspensão da acessão por meio de tal direito real, não há porque impedir a constituição por cisão, ao lado das concessões *ad aedificandum* e *ad plantandum*.¹³³

Do texto de regência da superfície urbanística deflui mais liberdade para com a utilização do subsolo, que já é mencionada expressamente (art. 21, §1º); na superfície agrária, o uso do subsolo há de ser “inerente ao objeto da concessão” (art. 1.369, parágrafo único).

De qualquer sorte, deverá constar do contrato superficiário a individualização do objeto da concessão, de modo que a extensão ao subsolo deverá ser especificada no instrumento negocial. O juízo de “inerência” tem mais que ver com os objetivos traçados pela autonomia da vontade das partes¹³⁴ que a uma baliza legal abstrata.

Se não for prevista expressamente tal extensão, poderá ela ser considerada implícita ou não, a depender do objeto acordado. Caso não seja compatível com a previsão contratual, o alargamento objetivo ao subsolo será considerado desvio de finalidade.

Apenas o Estatuto da Cidade (art. 21, §1º) mencionou expressamente a possibilidade do direito de sobrelevação, silenciando a respeito o Código Civil.

¹³² Neste sentido, entre outros, GÓMEZ, J. Miguel Lobato. *Op. cit.*, p. 72.

¹³³ No mesmo diapasão, o Enunciado 250, da III Jornada de Direito Civil do STJ.

¹³⁴ Dentro dos limites que mais à frente teremos ensejo de analisar.

Aplica-se aqui o mesmo raciocínio anteriormente exposto, não sendo razoável interpretar a omissão como veto, principalmente se a constituição da superfície sobre o espaço aéreo é perfeitamente integrada à sua teoria geral. Nada impede, pois, a sobrelevação mediante direito de superfície também no regime agrário.¹³⁵

Assim como visto quando nos debruçamos sobre a teoria geral do instituto, no capítulo anterior, deve-se concluir que, após a ampliação do edifício por sobrelevação, vigorará um condomínio edilício entre o superficiário, que exercerá propriedade superficiária sobre a parte acrescida, e o fundeio, que terá a titularidade do restante do prédio.

Na hipótese da sobrelevação se dar em um edifício no qual já exista propriedade horizontal, a solução será a mesma.

Nem por isso, contudo, se deve chegar à conclusão de que todo condomínio de unidades autônomas constitua hipótese de superfície,¹³⁶ tese aliás já refutada por Pontes de Miranda há décadas.¹³⁷ Condomínios edilícios ordinários nada têm que ver com a superfície, não havendo razão para se imiscuírem desnecessariamente os institutos, guardando cada qual sua individualidade própria.

Um dos poucos pontos em que o Código Civil ofereceu ao direito real sob comento melhor disciplina que a Lei 10.257/01 consiste na vedação do prazo indeterminado (art. 1369), uma vez que o Estatuto da Cidade permite a constituição *sine die*.

A indeterminação de prazo é, como já visto, amplamente criticável. Já tivemos ensejo de observar neste trabalho que a superfície contemporânea é, por regra,

¹³⁵ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Op. cit.*, p. 306.

¹³⁶ Defendida por BENASSE, Paulo Roberto. *Op. cit.*, pp. 144-147.

¹³⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito predial**. 2 ed. Rio de Janeiro: José Konfino, vol. II, 1953, p. 35.

temporária, uma vez que a expectativa de reversão tem um papel importante na dinâmica da referida relação real.

Cumpramos observar, porém, que a previsão do Estatuto da Cidade é de duvidosa constitucionalidade. A nosso ver, viola, claramente, o princípio da função social da propriedade, posto que engessa por tal modo as faculdades do domínio do fundeiro que pode levar a uma enfiteuse disfarçada, sobretudo se a concessão é gratuita, o que deixa o direito quase sem contrapartida.

É certo que a análise do tema reclamaria um exame mais detido, mas nos parece que o dispositivo seja, de fato, inconstitucional.

Ambos os diplomas permitem a concessão gratuita ou onerosa (NCC, art. 1.370; EC, art. 21, §2º), em parcela única ou não. Sem razão, portanto, Arnaldo Rizzardo, para quem a superfície não admite remuneração periódica.¹³⁸

2.3 Formas de constituição do direito de superfície

Todas as três formas de constituição do direito de superfície apontadas em nossa síntese da teoria geral do instituto são cabíveis no direito positivo brasileiro: testamento, contrato e usucapião.

A forma testamentária não é prevista expressamente no Código Civil ou no Estatuto da Cidade. Mas nada impede que o testador destine a um herdeiro ou legatário a propriedade superficiária de um imóvel, separada do solo, que caberia a outro sucessor, ou mesmo que deixe para alguém uma concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum*, o que representa reservar a um herdeiro específico ou indistintamente ao monte hereditário um bem gravado.

¹³⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 863.

É imprescindível, porém, que o ato de última vontade especifique com detalhes o objeto superficiário, bem como o seu beneficiário.

O contrato é, contudo, a forma padrão de constituição do direito de superfície. Ambos os diplomas referem-se a escritura pública, levada a registro no Cartório de Imóveis.

Trata-se, efetivamente, de negócio jurídico bilateral, e não de ato unilateral, como poderia-se imaginar frente à redação do Código e do Estatuto (“o proprietário pode conceder...”).¹³⁹

Há, aqui, um deslize legislativo. Para acentuar a imperiosidade do registro, que confere efeitos reais e oponibilidade *erga omnes*, insculpiram os legisladores de 2001 e 2002 em seus atos normativos a necessidade da constituição por escritura pública registrada.

Observe-se, no entanto, que o próprio domínio, direito real nuclear que é, pode ser constituído por instrumento particular quando se tratar de bem imóvel de valor inferior a 30 salários mínimos, o que expõe a discrepância de tratamento,divisada por Luiz Guilherme Loureiro.¹⁴⁰

A nosso ver, a melhor interpretação é a que, por razoabilidade, estende a regra excepcional à superfície, eis que, quem pode o mais (transferir domínio), pode o menos (constituir direito real limitado de superfície), o que prestigia o instituto, por impedir que sua utilização se torne inviável em imóveis de valor baixo, devido à exigência do instrumento público.

Ambos os diplomas permitem a cessão do direito, bem como a transmissão hereditária.

¹³⁹ GASPARINI, Diógenes. *Op. cit.*, p. 118.

¹⁴⁰ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 277.

O contrato pode vedar a transmissibilidade *inter vivos*, mas é cogente o preceito que a exige na sucessão *mortis causa*.¹⁴¹ Não se pode obstacular a transmissão hereditária, prevendo, por exemplo, uma imediata extinção do direito na hipótese de falecimento do superficiário, ou a renúncia antecipada ao mesmo pelos herdeiros, o que esbarraria na proibição dos pactos a respeito de herança de pessoa viva (CC, art. 426).

É relevante observar que, por operação do princípio da *saisina*, a transmissão *mortis causa* ocorre logo na abertura da sucessão, ou seja, com a morte do *de cuius*, sendo o registro, embora obrigatório, meramente declaratório e não constitutivo.¹⁴²

O parágrafo único do art. 1.372 do Código Civil veda a estipulação de qualquer quantia a ser devida ao fideiussor pelo superficiário quando da transferência de seu direito. Não se encontra a mesma restrição ao estabelecimento de *laudêmio* no regramento da superfície urbana.

Diana Coelho Barbosa¹⁴³ vê como absolutamente válida a previsão do *laudemium* em contrato superficiário urbano. Venosa pensa diferentemente,¹⁴⁴ posto que interpreta o dispositivo do Código Civil como sendo subsidiariamente aplicável.

Não há porque considerar a vedação ao pagamento de uma prestação pela transferência como inerente ao desenho contemporâneo do direito de superfície. Trata-se de opção de política legislativa, que pode, sim, diferir nos dois diplomas, e por isso a superfície urbanística permite tal ônus, desde que haja previsão contratual neste sentido.

¹⁴¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Op. cit.*, p. 36.

¹⁴² LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 278.

¹⁴³ Neste sentido, BARBOSA, Diana Coelho. *Direito de superfície: à luz do Estatuto da Cidade*, *cit.*, p. 143.

¹⁴⁴ VENOSA, Silvio. **Direito civil: direitos reais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, vol. V, 2003, p. 395.

A constatação da viabilidade técnica, contudo, não deve ser tomada no sentido de elogio a tal característica da disciplina estatutária, que é indubiosamente equivocada.

Com efeito, prestações como laudêmios e ltuosas são resquícios do feudalismo,¹⁴⁵ que não convém perpetuar em um sistema contemporâneo de direitos reais. Andou mal o legislador urbanístico em não repetir a disposição estampada no art. 1.372, parágrafo único, do Código Civil.

Por fim, temos a aquisição por usucapião,¹⁴⁶ cuja compatibilidade com a normativa da superfície no Brasil não é unânime, uma vez que nenhuma das duas leis tratou da matéria, criando o cisma na doutrina.¹⁴⁷

Sem embargo da tese contrária, que restou vencida em nosso direito,¹⁴⁸ não é necessária a previsão legal expressa para que um direito real seja usucapível. Assim é que se consolidou, na teoria e na prática, a aquisição por usucapião de diversos direitos reais aos quais a lei não havia prescrito tal modalidade.¹⁴⁹

¹⁴⁵ TEIXEIRA, José Guilherme Braga. Comentários ao Código Civil brasileiro, *cit.*, p. 282.

¹⁴⁶ Sobre o tema, confira-se. anterior trabalho nosso (ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas introdutórias sobre superfície e usucapião. **Revista de Direito Imobiliário**, n. 60, p. 11-29, 2006) no qual nos detivemos com mais detalhe sobre as variáveis envolvidas na conclusão que ora apresentamos.

¹⁴⁷ Contrários à possibilidade do usucapião da superfície no ordenamento brasileiro, vide, entre outros: BARBOSA, Diana Coelho. O direito de superfície no novo Código Civil brasileiro, *cit.*, p. 124; DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, vol. IV, 2004, p. 436. Favoráveis à viabilidade de tal forma aquisitiva, entre outros: GAGLIANO, Pablo Stolze. *Op. cit.*, p. 29; LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 279.

¹⁴⁸ Pontes de Miranda entendia que a previsão legal era imprescindível. Ao seu ver, depois do advento do Código Civil, inexistia usucapião de enfiteuse ou usufruto no direito brasileiro (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, tomo XVIII, 1957 pp. 76- 77; em idêntico sentido, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das Ações**. Campinas: Bookseller, t. 2, 1998, p. 143 e 145).

¹⁴⁹ Compilando diversas indicações doutrinárias e jurisprudenciais, SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de Bens Imóveis e Móveis**. 4 ed. São Paulo: RT, 1997, pp. 95-102; especificamente sobre a possibilidade de usucapião de penhor e anticrese, NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Usucapião**. 6 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 56.

A articulação doutrinária neste sentido foi, entretanto, puramente casuística, de modo que não se firmou um critério geral para determinar se um direito real pode ou não ser usucapido.

Essa lacuna parece ser preenchida satisfatoriamente pela idéia de que, sendo os direitos reais limitados compostos a partir da limitação do domínio, mediante destacamento dos poderes que o integram, deve-se aplicar a esses direitos reais limitados, que nada mais são do que relações jurídicas reais criadas a partir do domínio, os mesmos princípios que o regem,¹⁵⁰ inclusive quanto às formas de aquisição.

Assim, todo direito real limitado pode ser adquirido por usucapião, desde que atenda a alguns requisitos lógicos, como incidir sobre coisa devidamente inserida no tráfico jurídico¹⁵¹ e suscetível de posse aparente.¹⁵²

Desta forma, desde que o imóvel não seja qualificado como coisa fora do comércio, existindo a posse de superfície, é, a nosso ver, plenamente viável tal modo de adquirir-se o direito real, tanto sob o regime urbanístico quanto sob o regime agrário, seguindo-se o exemplo do direito comparado.

A hipótese de maior viabilidade prática é a de usucapião ordinário, com justo título,¹⁵³ embora a modalidade extraordinária não possa ser *a priori* excluída.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Essa tese, que constitui o fundamento próprio do usucapião de direitos limitados, independentemente de previsão legal, é defendida por RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, vol. I, 1992, p. 403; também por FRANCISCO, Caramuru Afonso. **Do Registro de Imóveis e seu Cancelamento**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 72.

¹⁵¹ Excluindo-se as chamadas coisas fora do comércio.

¹⁵² Sem a visibilidade externa da posse, não há como configurar-se o usucapião, razão pela qual as servidões não-aparentes não admitem tal forma aquisitiva.

¹⁵³ Neste sentido, TEIXEIRA, José Guilherme Braga. O direito real de superfície, *cit.*, p. 80.

¹⁵⁴ Novamente remetemos ao nosso trabalho já mencionado na nota 145, no qual aprofundamos a questão do usucapião extraordinário (ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino. *Op. e loc. cit.*).

Atente-se a que devem se considerar aplicáveis ao usucapião de superfície os prazos previstos no Código Civil, inclusive com as causas de redução previstas nos parágrafos únicos dos arts. 1.238 e 1.242.

2.4 Direito de preferência na alienação da superfície ou do imóvel

A superfície é livremente alienável, podendo superficiário e fundeiro, em linha de princípio, transferirem seus direitos reais se assim desejarem.

Atendendo a tal circunstância, tanto na superfície urbanística (EC, art. 22), quanto na agrária (NCC, art. 1.373), existe direito de preferência recíproco entre proprietário e fundeiro, para o caso de qualquer dos dois pretender alienar a superfície ou o domínio a terceiros.

Os dispositivos não estabelecem uma prerrogativa de autorização para qualquer das partes,¹⁵⁵ mas apenas o oferecimento em iguais condições, após o qual, se não houver interesse por parte daquele a quem cabe a preempção, prosseguirá normalmente o negócio de transmissão da titularidade sobre o solo ou a superfície.

Se, quando da alienação, não houver o oferecimento àquele que tiver direito de preferência, em iguais condições às pactuadas com o terceiro comprador, há nulidade relativa do negócio, iniciando-se prazo decadencial de dois anos para a ação anulatória.¹⁵⁶

¹⁵⁵ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Op. cit.*, p. 302.

¹⁵⁶ Código Civil, art. 179 – cf. LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 281.

2.5 Repercussões fiscais

O Código Civil preceitua, em seu art. 1.371, que o superficiário responderá pelos encargos e tributos que gravarem o imóvel. O texto do Estatuto da Cidade é de redação mais apurada e técnica, apontando (art. 21, §3º) que caberão ao superficiário os tributos que incidirem diretamente sobre a superfície, competindo-lhe, ainda, solver os deveres fiscais relativos à área em que se estabeleceu o direito real, proporcionalmente com o fundeiro.¹⁵⁷

Conforme grafado no próprio estatuto, trata-se de preceito dispositivo, podendo as partes pactuarem diversamente a repercussão dos ônus fiscais.

Observe-se, contudo, que tanto no caso da convenção diversa, quanto da livre incidência dos dispositivos legais, a distribuição da responsabilidade pelos deveres tributários é meramente *inter partes*, não sendo oponível ao Fisco na esfera da relação jurídica fiscal.

Isto porque para a alteração do sujeito passivo do tributo seria necessária a edição de lei complementar (CF, art. 146, III, a), e tanto o Código Civil quanto o Estatuto da Cidade foram editados mediante lei ordinária. Atuam, deste modo, como fontes supletivas do contrato superficiário, que a seu turno também não pode ser oposto à Fazenda Pública no que toca à livre distribuição dos ônus fiscais entre fundeiro e superficiário (CTN, art. 123).

De modo que, sendo o contribuinte originário acionado pelo sujeito ativo da relação jurídica tributária, restar-lhe-á apenas o direito de regresso em face do outro contratante que se havia obrigado a satisfazer o débito.

¹⁵⁷ Sem razão Arnaldo Rizzardo, para o qual as previsões são iguais (RIZZARDO, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 864).

2.6 Direitos e deveres do fundeiro e do superficiário

Costuma a doutrina, na análise de direitos reais limitados, elencar os direitos e deveres das partes diretamente envolvidas.¹⁵⁸ É-nos útil repassar os termos deste arcabouço básico das faculdades inerentes à superfície, não sem alertar que, em matéria de direitos e deveres, é fundamental a atenção ao contrato superficiário e às suas disposições.

São direitos do fundeiro:¹⁵⁹ utilizar a parte do imóvel que não seja objeto da superfície, respeitados os termos do contrato; receber o cânon, se onerosa; exercer a preferência; resolver a superfície, se for dada à coisa destinação diversa, ou infringido o contrato;¹⁶⁰ gravar o solo; recuperar o domínio pleno, uma vez extinta a superfície, incorporando as benfeitorias.

Há quem divise¹⁶¹ ainda um direito de fiscalização, exercido no interesse de assegurar-se o fundeiro do estrito cumprimento da destinação da superfície, direito este que teria de ser, de qualquer sorte, devidamente regulamentado através do contrato.

Seus deveres são: não praticar nenhum ato que obste o exercício do direito do superficiário; dar-lhe preferência quando da alienação do solo.

Alinhemos os direitos do superficiário: utilizar a superfície, nos termos do contrato; usar, gozar e dispor do imóvel implantado, detendo-lhe, como detém, o domínio resolúvel; gravar a superfície; exercer a preferência; reconstruir ou replantar, caso pereça o objeto do direito ainda em sua vigência.

¹⁵⁸ Revela muito sobre a teoria tradicional do direito das coisas o fato de inexistir semelhante preocupação quanto ao domínio.

¹⁵⁹ Para os direitos e deveres das partes, ver TEIXEIRA, José Guilherme Braga. O direito real de superfície, *cit.*, p. 75-77.

¹⁶⁰ Veremos as hipóteses de resolução com mais vagar no tópico 2.7.

¹⁶¹ VIANA, Marco Aurélio S. *Op. cit.*, p. 555.

Quanto aos deveres: adimplir o cânon, se onerosa; pagar os tributos, nos termos dos arts. 1.371 e 22 das leis de regência, considerando-se também o disposto no negócio instituidor do direito; dar preferência ao fundeiro na hipótese de transmissão de sua posição jurídica.

José Guilherme Braga Teixeira considera dever do superficiário conservar a obra, não podendo demolí-la.¹⁶² Pensamos diversamente, uma vez que, se existe verdadeiro domínio sobre o imóvel implantado, há o poder de dispor, inclusive pondo fim ao mesmo. Tal solução é tradicional, uma vez que, em Roma, no período justiniano, a enfiteuse não permitia a destruição do bem seu objeto, mas a superfície sim.¹⁶³

Não se trata de questão desimportante, uma vez que pode ter inúmeras conseqüências práticas.

Basta imaginar a seguinte situação: em superfície agrária, a cultura é atingida por algum tipo de problema, por exemplo, peste ou fungo. Se o superficiário desejar, a nosso ver, pode destruir a vegetação implantada e replantá-la,¹⁶⁴ para obter nova safra, livre do vício verificado. A adotar-se a outra posição, só mediante autorização do fundeiro isto poderia fazer-se, o que constitui, evidentemente, uma limitação injustificada ao poder do superficiário de dispor do bem.

Por evidente, a destruição fútil e imotivada infringe, diretamente, à função social da propriedade e não pode ser tolerada.

2.7 Extinção do direito de superfície

¹⁶² TEIXEIRA, José Guilherme Braga. O direito real de superfície, *cit.*, p. 77.

¹⁶³ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 1983, p. 424.

¹⁶⁴ Salvo se existir limitação ambiental em sentido contrário – vide MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Le droit de l'environnement**. 6 ed. Paris: PUF, 2004, pp. 77-83.

A forma de extinção mais corriqueira opera *ipso facto*, através do advento do termo fixado no contrato.

Se se tratar de superfície urbana, constituída por tempo indeterminado (algo que já reputamos inconstitucional, mas que, em tese, é admissível diante do texto legal) só poderá se extinguir em face das demais causas apontadas.

Outra hipótese básica de extinção prevista expressamente em ambos os diplomas é a de dar o superficiário ao imóvel destinação diversa daquela pactuada no instrumento contratual (NCC, art. 1.374; EC, art. 24, §1º). Daí deflui, uma vez mais, a importância da detalhada especificação do objeto da superfície, o qual, se indevidamente estendido, fornecerá fundamento para a extinção do direito.

Perceba-se que tal forma de extinção não é automática, dependendo da atuação do fideiussor, que detém o direito potestativo de pôr fim ao direito real quando desrespeitada a destinação. Nada impede que ele não exerça esta faculdade, por tolerância ou liberalidade; neste caso, com a passagem do lapso temporal bastante, poderá o superficiário usucapir o conteúdo extra que inicialmente não integrava o feixe de poderes postos à sua disposição.

Deve-se considerar ainda a possibilidade de desapropriação, sendo imperiosa a indenização ao fideiussor e ao superficiário, no valor correspondente ao direito de cada um (NCC, art. 1.376).¹⁶⁵

Ponto fulcral respeitante à extinção do direito real de superfície toca à possibilidade de findar o mesmo pelo descumprimento das obrigações contratuais. A Lei 10.257/01 previu expressamente tal possibilidade, em seu art. 24, II, mas o Código Civil silenciou sobre a questão.

¹⁶⁵ Não há dispositivo sobre a desapropriação no Estatuto da Cidade. A solução ofertada pelo Código Civil é, todavia, uma imposição da equidade e dos preceitos que regem a matéria da desapropriação no direito administrativo, pelo que é lógica a sua extensão à superfície urbanística.

Pensamos que, dado o forte elemento negocial presente na superfície, é de se aplicar tal causa extintiva mesmo no silêncio do regramento agrário.¹⁶⁶

A modelação contratual, como veremos com mais detalhe adiante, integra o próprio conteúdo do direito real, que é verdadeiramente determinado pela autonomia das partes.

Emprestar aos deveres contratualmente previstos apenas a possibilidade de execução significaria despí-los, ainda que indiretamente, de sua eficácia real.

Teríamos, na relação jurídica superficiária, duas “instâncias” reservadas ao contrato, uma meramente obrigacional, e outra propriamente real. Se dada destinação diversa, ocorreria extinção; caso contrário, a mera execução coativa.

A possibilidade de extinção por descumprimento das obrigações previstas privilegia a realidade do instituto e se amolda perfeitamente ao papel ativo conferido ao contrato na teoria geral contemporânea da superfície, pelo que deve se considerar aplicável mesmo na ausência de disposição legal específica.¹⁶⁷

De qualquer forma, nada obsta a que os contratantes, na superfície agrária, se resguardem de interpretações diversas prevendo expressamente a extinção em caso de descumprimento dos deveres previstos no contrato.

Existe a possibilidade de extinção por confusão, por resilição bilateral (distrato) e por abandono do imóvel pelo superficiário, bem como por sua morte sem deixar herdeiros.¹⁶⁸

Nenhum dos dois regramentos legais estabelece prazo máximo para o início da construção ou plantação, no caso de concessão *ad aedificandum* ou *ad*

¹⁶⁶ Em sentido diverso, BENASSE, Paulo Roberto. *Op. cit.*, p. 105.

¹⁶⁷ A respeito da possibilidade de extinção por violação positiva do contrato superficiário, ver ponto 4.2, *infra*.

¹⁶⁸ *Op. cit.*, p. 118 a 120.

plantandum, o que é um erro grave, que destoa da experiência legislativa dos sistemas que nos precederam, notadamente do português e do italiano.

Se as partes, porém, optarem por efetuar tal previsão no instrumento contratual, teremos aí mais uma hipótese de extinção, que se poderia chamar de extinção por caducidade.

Após o fim do direito, a permanência do superficiário no imóvel caracteriza posse injusta, passível de reintegração.¹⁶⁹

Deve ser salientado ainda que a extinção, salvo previsão diversa no contrato, restabelece totalmente o princípio da acessão, independentemente de qualquer indenização ao superficiário (NCC, art. 1.375; EC, art. 24), previsão que, ademais, já vimos ser inerente à teoria geral da superfície e que foi corretamente incorporada em nosso ordenamento.

Nada obsta, porém, a pactuação em contrário, devendo o contrato especificar de que forma se dará o ressarcimento (em valor pré-fixado ou a arbitrar, em parcela única ou em várias, *etc.*).

¹⁶⁹ VENOSA, Silvio. *Op. cit.*, p. 397.

CAPÍTULO III

3. Outras perspectivas para o direito real de superfície¹⁷⁰

3.1 Superfície e enfiteuse

Uma das questões mais interessantes e mais subestimadas a respeito do direito de superfície no Brasil é exatamente a sua suposta relação com o direito real de enfiteuse.

Com efeito, autores há para os quais a superfície, ao ser incluída no Código Civil, teria substituído a enfiteuse,¹⁷¹ que teria sido extinta com o advento da mesma lei.¹⁷²

A relação de substituição, porém, parece infundada, assim como infundada se revela a proposição pertinente à extinção da enfiteuse, quando objeto de uma apreciação mais acurada.

A superfície não guarda necessariamente qualquer relação com a enfiteuse,¹⁷³ além do mero fato de serem ambas classificadas como direitos reais de gozo, nem deve tampouco ser tomada aquela como substituta desta.

Quer se dizer com isso que, mesmo que o Código Civil de fato tivesse operado tal extinção, ainda assim a linha de raciocínio que enxerga uma relação de

¹⁷⁰ Procuraremos, neste capítulo, problematizar algumas questões interessantes em relação à dogmática do direito de superfície no Brasil que não têm sido objeto de mais detida atenção (ou em alguns casos não têm sido objeto de atenção alguma) por parte de nossa doutrina majoritária. Naturalmente, os limites de espaço viabilizam apenas a introdução aos temas propostos, sem possibilidade de esgotamento ou mesmo de uma incursão mais aprofundada.

¹⁷¹ Neste sentido, entre outros, VENOSA, Silvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 378; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Op. cit.*, p. 19.

¹⁷² Assim Geraldo Neves, para quem o novo texto “extinguiu a enfiteuse particular” (NEVES, Geraldo. **Código Civil brasileiro de 2002**: principais alterações. Curitiba: Juruá, 2003, p. 120).

¹⁷³ GONÇALVES, Luís Cunha. *Op. cit.*, p. 415.

causa e efeito entre adoção de um direito real e banimento de outro, com conseqüente vínculo de substituição, demonstra pouca validade.

Seria o mesmo, guardadas as devidas proporções, que asseverar a substituição da constituição de renda sobre imóveis como direito real pelo direito de promitente comprador, já que uma foi retirada da lista codificada de situações reais ao mesmo tempo em que o outro ingressou nela.

Desta análise deflui uma conclusão de manifesto interesse, a de que a superfície não pode ser tomada como uma espécie de “enfiteuse atualizada”, sendo um instituto autônomo e que, principalmente, não reclama aplicação subsidiária das regras que disciplinam o aforamento.

Isso é fundamental para que, ao se relacionar enfiteuse e superfície, não se venha a carrear para esta uma interpretação antiquada oriunda da referência àquela.

Acresça-se ainda que a própria idéia de que a enfiteuse teria sido extinta pelo Código Civil não guarda relação com o texto legal, porquanto o art. 2.038 apenas impede a constituição de novas enfiteuses, bem o subenfiteuticamento das remanescentes e a cobrança de laudêmio por sua transmissão.

Se as enfiteuses privadas ainda existentes não sofrem qualquer alteração além das acima indicadas, e as públicas continuam regidas pela legislação especial (art. 2.038, §2º), é adequado concluir que a situação da enfiteuse no direito brasileiro restou praticamente imodificada, sem embargo de seu lento desaparecimento ao longo do tempo, com o advento das causas extintivas próprias (algo que, ademais, já viria a ocorrer com ou sem o preceito legal apontado).

Afinal, embora não se possa atestar sem um levantamento estatístico prévio a inexistência absoluta de constituição de enfiteuses e subenfiteuses privadas nos

últimos anos da vigência do Código Civil de 1916, certo é que as mesmas eram, no mínimo, bastante raras.

Logo, proibir-se tais constituições, além de não significar a efetiva extinção de tal situação real no sistema jurídico brasileiro, não representa uma inovação relevante na disciplina do direito enfiteutico entre nós, que fica, repita-se, praticamente intocada.

Percebe-se, pois, que nem houve uma efetiva extinção do direito de aforamento, nem tampouco existe conexão deste com a superfície, teses que convém rejeitar com clareza.

3.2 Co-superfície e co-superfície edilícia

A possibilidade de uma superfície com mais de um titular, que por falta de terminologia mais elegante chamaremos co-superfície, é indiscutível, devendo se considerar implícita na normativa positiva da matéria.¹⁷⁴

No entanto, é possível ainda cogitar da constituição de uma figura superficiária que contemple unidades autônomas, que se poderia chamar co-superfície edilícia.¹⁷⁵

Neste sentido, a constituição de um direito de superfície para a construção de um prédio poderia dar origem a uma propriedade superficiária com vários titulares, em que haveria áreas comuns e áreas exclusivas, tudo isto determinado com base no contrato superficiário e na própria convenção condominial (ou co-superficiária).

¹⁷⁴ A respeito da co-superfície, no direito alemão, pode ser consultado com proveito WOLFF, Martin. *Op. cit.*, p. 5.

¹⁷⁵ Discorre a respeito de tal possibilidade, no direito português, FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Op. cit.*, p. 415-416.

Sem embargo da existência de opinião em sentido contrário,¹⁷⁶ não vemos, no ordenamento jurídico brasileiro, empecilhos concretos a qualquer das duas hipóteses, nem mesmo no que toca à permanente possibilidade de divisão da situação condominial *pro indiviso*,¹⁷⁷ que não constitui um impedimento propriamente técnico, mas apenas prático.

De fato, se os contratantes houverem por bem instituir o regime superficiário em co-titularidade, nada os impedirá, sendo certo apenas que sobre o mesmo penderá a limitação temporal legal da indivisibilidade forçada e a possibilidade de divisão posterior a qualquer tempo.

Por outro lado, se na co-superfície simples ainda se discute a compatibilidade do instituto com a possibilidade de divisão e a limitação temporal, na modalidade edilícia, essas dificuldades sequer devem ser cogitadas, visto inexistirem.¹⁷⁸

De mais a mais, foge a qualquer senso mínimo de razoabilidade permitir a construção de prédios de apartamentos em regime de superfície e exigir que tenham eles um único proprietário.

Tal solução seria um retrocesso discrepante da praxe imobiliária atual e tampouco se reveste da necessária fundamentação jurídica, sendo indiscutível que, em sede de superfície urbanística, a co-superfície edilícia constitui uma das mais importantes possibilidades de uso do instituto.

¹⁷⁶ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Op. cit.*, pp. 311-313.

¹⁷⁷ Código Civil, art. 1.320.

¹⁷⁸ Sobre a sistemática do condomínio edilício no Código Civil de 2002, em cotejo com a disciplina anterior, confira-se BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. Contornos do condomínio edilício no novo Código Civil. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo, v. 53, jul./dez., 2002, pp. 60-67; é válida ainda a remessa ao clássico de PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, pp. 57-227.

3.3 Superfície e multipropriedade imobiliária

É intuitiva a associação entre direito de superfície e multipropriedade imobiliária.

A afinidade entre as situações reais em questão é manifesta, uma vez que ambas espelham com precisão a nova fase do direito das coisas, por serem fortemente influenciadas pela autonomia da vontade e permitirem estruturas variadas e versáteis de utilização do solo.

A multipropriedade imobiliária viabiliza o aproveitamento econômico compartilhado de um imóvel através de uma divisão temporal, ao invés da tradicional divisão espacial,¹⁷⁹ permitindo que cada multiproprietário se utilize da coisa, com exclusividade, durante um pré-determinado período do ano.¹⁸⁰

Teve sua origem nos Estados Unidos e na Europa, com a finalidade de solucionar a necessidade empresarial de viabilizar o desejo da classe média por uma segunda residência destinada ao lazer, obstado contudo pelos altos custos da aquisição do domínio pleno sobre um imóvel diverso do de sua moradia habitual.¹⁸¹

Podemos tomar de empréstimo uma explanação mais trabalhada do instituto a Gustavo Tepedino,¹⁸² que assim o definiu:

¹⁷⁹ A construção jurídica da multipropriedade não deixa de confirmar no direito contemporâneo a sentença de Nelson Saldanha, referindo-se à percepção do tempo de antigos grupamentos humanos: "O tempo teve (como ainda tem) de ser tomado como um outro espaço, e de ser, assim cortado em pedaços (...)" (SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**. Rio de Janeiro: Atlântica Editora, 2005, p. 20).

¹⁸⁰ A respeito, cf. TASSONI, Giorgia. Multiproprietà. **Rivista di diritto civile**. Padova: CEDAM, ano XXXI, nº 4, 1988, p. 478 e segs.; OLIVEIRA JÚNIOR, Dario da Silva; CHRISTOFARI, Victor Emanuel. **Multipropriedade e timesharing**: aspectos cíveis e tributários. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 1; TEPEDINO, Gustavo. **Multipropriedade imobiliária**. São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 1-3. Expusemos com mais espaço nossas opiniões sobre o instituto em trabalho anterior – ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. A multipropriedade imobiliária hoteleira e o direito internacional privado. **Unijus**. Uberaba, vol. 9, n. 10, 2006, pp. 131-142.

¹⁸¹ SOARES, Danielle Machado. **Condomínio de fato**: incidência do princípio da autonomia privada nas relações jurídicas reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 72.

¹⁸² TEPEDINO, Gustavo. Multipropriedade imobiliária, *cit.*, p. 1 e 3.

Com o termo multipropriedade designa-se, genericamente, a relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, repartida em unidades fixas de tempo, de modo que diversos titulares possam, cada qual a seu turno, utilizar-se da coisa com exclusividade e de maneira perpétua. (...) Através da multipropriedade imobiliária, diversos proprietários repartem o aproveitamento econômico de certo imóvel em turnos intercorrentes, geralmente semanas anuais, destinando-os discriminadamente a cada um dos titulares, com exclusividade e em caráter perpétuo, de tal sorte que a cada multiproprietário corresponda o direito de aproveitamento econômico de uma fração espaço-temporal, incidente sobre determinada unidade imobiliária em período certo do ano, sem o concurso dos demais.

Como se vê, envolve diversas posições jurídicas em feixe, com os respectivos direitos subjetivos, pretensões, ações e exceções de mais de um indivíduo em face da coisa e dos demais multiproprietários, sempre ocupando cada qual uma posição diversa e sujeita às alterações periódicas que integram o seu funcionamento natural, tudo isso sem prejuízo das relações com os terceiros não-proprietários.¹⁸³

Além disso, a situação real em tela suscita acesa discussão a respeito de sua natureza jurídica e sua pretensa atipicidade, porquanto não se subsume à forma tradicional da propriedade,¹⁸⁴ nem tampouco à estrita estrutura do condomínio.

Neste particular, filiamo-nos à teoria introduzida, no Brasil, por Gustavo Tepedino,¹⁸⁵ segundo a qual a multipropriedade, embora assuma características próprias, traduzindo uma pluralidade de relações proprietárias sobre a mesma base imóvel material, individualizadas através do elemento temporal, deve ser disciplinada pelas regras que tratam da chamada propriedade horizontal ou condomínio edilício.

¹⁸³ A exposição deixa entrever sem dificuldades a imediata inserção da multipropriedade imobiliária no contexto de relação real complexa, abordado no tópico 1.3, acima.

¹⁸⁴ Ao menos não na forma tradicional de propriedade que conhecemos, forjada no direito pós-clássico romano e retomada na modernidade. Ver, a respeito das origens e do desenvolvimento romanístico da *proprietatis*, que originou o conceito consolidado no direito liberal, KASER, Max. *Op. cit.*, p. 137-141; sobre a propriedade no direito moderno, confira-se HESPANHA, António Manuel. Prática social, ideologia e direito nos séculos XVII a XIX. **Vértice**, Coimbra, n. 340, 1972, pp. 18-20.

¹⁸⁵ TEPEDINO, Gustavo. Multipropriedade imobiliária, *cit.*, pp. 106-110.

Existe, assim, um direito real de multipropriedade, que nasce da regulamentação convencional do uso compartilhado de um imóvel, durante um período específico do ano, por cada um dos multiproprietários, que em sua fração temporal exerce sobre a coisa domínio pleno e exclusivo. Essa regulamentação convencional é feita com apoio na autonomia da vontade dos multiproprietários, que assume intensa importância na determinação do conteúdo da situação jurídica real sobre o imóvel.¹⁸⁶

A individualização do objeto do direito faz-se, pois, com o acréscimo do dado temporal ao espacial: a unidade (a), durante o lapso temporal (b), reconhecendo-se uma dimensão espaço-temporal da identificação da coisa.¹⁸⁷

Vê-se, pois, que a multipropriedade é obtida através da flexibilização do tipo da propriedade horizontal, de acordo com os critérios de intervenção da autonomia privada na tipicidade real que estudaremos mais à frente nos capítulos IV e V.

Tendo em vista a existência da multipropriedade no direito brasileiro,¹⁸⁸ que sucintamente abordamos, bem como a já mencionada afinidade entre a superfície e o *time sharing*, é possível a combinação de ambos os institutos.

Com efeito, não há óbices à constituição do que se poderia denominar de multipropriedade superficiária, instituindo-se a multipropriedade sobre um imóvel erguido em regime de direito de superfície.

¹⁸⁶ A respeito, cf. MORELLO, Ugo. **Multiproprietà e autonomia privata**. Milano: Giuffrè, 1984, p. 71 e segs.

¹⁸⁷ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. Multipropriedade imobiliária. **Seleções Jurídicas**, Rio de Janeiro, abril de 1998, p. 16.

¹⁸⁸ Sem prejuízo das discussões doutrinárias a respeito da natureza jurídica do instituto, é um fato que o chamado *time sharing* vem sendo utilizado entre nós há já algum tempo, freqüentando, inclusive, os repertórios de jurisprudência de nossos tribunais, como uma rápida pesquisa indica (TJRJ, 4ª CC, AC nº 1996.001.03315, rel. Des. Semy Glanz, julg. 30/10/1996; TJPR, 1ª CC, proc. nº 078369700, rel. Des. Ulysses Lopes, julg. 31/08/1999; TJRS, 19ª CC, AC nº 70002204675, rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga, julg. 19/08/2003; TJRS, 9ª CC, AC nº 70012528519, rel. Des. Iris Helena Medeiros Nogueira, julg. 05/10/2005; TJRS, 20ª CC, AG. Nº 70012921862, rel. Des. Carlos Cini Marchionatti, julg. 21/09/2005; TJRS, 3ª Turma Recursal Cível, rec. 71000533653, rel. Des. Maria de Lourdes Galvão Braccini de Gonzalez, julg. 13/07/04).

Assim como é possível instituir uma co-superfície edilícia em uma propriedade superficiária, ou seja, fracionar a superfície em múltiplas titularidades por meio de um critério espacial, é viável dividir o uso do imóvel implantado através do critério temporal, permitindo a cada um dos multiproprietários superficiários a utilização do bem em determinado período do ano.

Isso seria feito através dos mesmos métodos da multipropriedade tradicional, ou seja, basicamente através do contrato de constituição e da convenção.

A junção permitiria a redução dos custos do empreendimento multiproprietário, que prescindiria da mais custosa aquisição da propriedade plena do imóvel para a instituição da multipropriedade.

Teríamos, assim, possibilidades amplíssimas de combinações negociais, favorecendo o melhor aproveitamento do imóvel, pelo que a correlação aqui sugerida se faz por certo pertinente e abre um flanco interessante para o debate.

3.4 Superfície e direito de vizinhança

Apesar da pouca penetração da doutrina neste ponto, é certo que a relação jurídica superficiária conduz necessariamente a situações de vizinhança não apenas entre o superficiário e os terceiros postos em vicinidade com seu imóvel,¹⁸⁹ mas também com o próprio fundeiro, o que suscita uma série de questões interessantes.

Afinal, tendo em vista a coexistência dos dois direitos sobre um mesmo terreno, podendo, a depender da configuração concreta da superfície, existir posse ativa do fundeiro sobre parte do terreno concomitantemente à posse superficiária,

¹⁸⁹ Até aí foi BENASSE, Paulo Roberto. *Op. cit.*, p. 112.

resta claro que surgirão conflitos de vizinhança e que eles terão de ser compostos através das regras próprias da matéria.¹⁹⁰

Não existe no direito brasileiro dispositivo legal semelhante ao art. 1.529 do Código Civil português, que constitui *ope legis* as servidões necessárias para o exercício da superfície. Assim, devem ser buscadas as soluções na disciplina ordinária da vizinhança.

Neste sentido, por exemplo, pode o superficiário opor ao fundeiro (e vice-versa) o direito de fazer cessar interferência (*immissio*) prejudicial (CC, art. 1.277); de ter para si passagem forçada, caso encravado o prédio de sua titularidade (CC, art. 1.285); de instalar cabos e tubulações (CC, art. 1.286), particularmente importante em função dos atuais meios de comunicação; de demarcar e dividir os prédios (CC, art. 1.297 e 1.298, entre outros).

Naturalmente assume grande importância a normativa contratual acerca da, digamos, “convivência” entre as duas situações jurídicas, de modo que os contratantes podem (e, acresça-se, é bem útil que o façam) fixar previamente as condições e os mecanismos que lhes pareçam adequados para dirimir eventuais conflitos, atuando os preceitos legais apenas subsidiariamente.

Não seria correto, porém, pré-excluir a aplicação das normas de vizinhança, relegando os partícipes de uma situação superficiária em que não haja tratamento

¹⁹⁰ San Tiago Dantas rejeitava a aplicação das técnicas de solução dos conflitos de vizinhança quando as partes conflitantes estivessem ligadas por “um vínculo jurídico especial”, cujo regramento contratual deveria presidir a composição do conflito (DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **O conflito de vizinhança e sua composição**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 260). Pensamos de forma diversa, já que a coexistência das titularidades de fundeiro e superficiário conduz a claros problemas de vicinidade e a doutrina admite que os conflitos de vizinhança não precisam se dar necessariamente entre proprietários, aceitando sua aplicação a um amplo espectro que inclui até mesmo o detentor (neste sentido, DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **O direito de vizinhança**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 58-61; ver ainda FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, vol. XV, 2003, p. 11).

contratual da matéria à ausência de normativa específica, obrigando-os a solucionar as divergências pelos métodos da responsabilidade civil comum.

3.5 Superfície e sua correlação com outros instrumentos urbanísticos

Nenhuma análise da superfície urbanística no direito brasileiro em vigor pode prescindir do exame, ainda que breve, de sua utilização ao lado dos demais instrumentos de política urbana.

De logo, é íntima a ligação entre a superfície urbanística e o plano diretor,¹⁹¹ devendo aquela atender aos objetivos e limites traçados neste.

Vale salientar que a superfície pode ser manejada no plano como um recurso para facilitar a instalação de equipamentos urbanos destinados a atender às necessidades da população.¹⁹²

Por outro lado, a doutrina urbanística tem se manifestado no sentido de reconhecer a superfície como um instrumento apto a transferir volume de edificação e coeficiente de aproveitamento urbanístico através de solo criado, sendo certo que o direito de superfície apresenta vantagens neste sentido, inclusive no que toca à publicidade registral.¹⁹³

Assim, se um terreno urbanístico só pode ser edificado até uma determinada altura, por exemplo, a solução será a utilização do volume de edificação existente em solo alheio.

¹⁹¹ Embora já tenhamos opinado que não é a planificação um requisito para a existência de superfície urbanística, solução que se impõe em um país no qual muitas cidades não dispõem de plano diretor.

¹⁹² Neste sentido, GÓMEZ, J. Miguel. *Op. cit.*, p. 101. É bem menos custosa a instalação de um parque ou área de lazer comunitária, por exemplo, sem a necessidade de aquisição do terreno onde se localiza.

¹⁹³ LIMA, Frederico Henrique Viegas de Lima. *Op. cit.*, p. 235. A temática em questão já é recorrente na doutrina italiana, sob a rubrica de “cessione del diritto di cubatura edificatoria” – vide GIACOBBE, Giovanni. *Op. cit.*, pp. 185-188; com referências jurisprudenciais, inclusive, ver BARCA, Alessandro; MARVASI, Corrado. *Op. cit.*, pp. 472-476.

A superfície instrumentaliza tal transferência por dois modos possíveis:¹⁹⁴ (a) constituindo o proprietário de um imóvel com volume disponível o direito de superfície sobre ele, para que o proprietário de outro que não dispõe de volume remanescente edifique no próprio imóvel da concessão; (b) constituindo, o proprietário, um direito de superfície sobre o imóvel que dispõe de volume livre para mantê-lo sem construção, transferindo o volume para o outro imóvel por alienação, podendo o imóvel objeto da superfície receber obras planas, como uma área verde ou um estacionamento.

Como os instrumentos de política urbanística se entrelaçam para alcançar os objetivos do plano diretor, outras combinações são possíveis, demonstrando a importância do estudo da matéria no direito urbanístico e o potencial do direito superficiário para utilização nesta seara.

3.6 Superfície pública

O Código Civil prevê, em seu art. 1.377, que o direito de superfície constituído por pessoa jurídica de direito público interno será por ele regida, enquanto não for editada lei especial disciplinando a superfície pública.¹⁹⁵

Tal dispositivo tem que ser interpretado com alguma atenção, não podendo ser entendido literalmente, no sentido de que toda superfície de direito público deva submeter-se ao Código até o momento da promulgação da lei específica.

¹⁹⁴ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Op. cit.*, pp. 236-237.

¹⁹⁵ Para Benasse, tal norma já existe, sendo o Decreto-lei 271/67, que foi inclusive referido na exposição de motivos do Código Civil atual (publicada no DOU em 07/08/72) como sendo consagrador de uma forma de superfície. Na realidade, não se tem superfície sob a égide do decreto em tela, mas apenas o que ele textualmente diz criar, um direito real de concessão de uso, no qual não há domínio autônomo independente do solo (em igual sentido, LIRA, Ricardo Pereira. O direito de superfície e o novo Código Civil, *cit.*, p. 252).

Na verdade, enquanto não houver lei sobre o tema em apreço, toda superfície pública de objeto agrário será conduzida à disciplina codificada, ao passo que toda superfície urbanística instituída por pessoa jurídica de direito público será regrada pelo Estatuto da Cidade.

A modalidade urbanística é, aliás, a mais comum quando se fala da utilização do instituto pelo Poder Público.¹⁹⁶ Nada impede, porém, seja o instituto utilizado para finalidades rurais, notadamente como uma forma de redução dos custos dos programas de reforma agrária.

Deve-se ter redobrada atenção a este ponto, para que fiquem marcadas as distinções essenciais acerca do regramento privado e público da superfície, evitando interpretações equivocadas.

Superfície pública é o direito de superfície constituído por pessoa jurídica de direito público, e que por isso reclama um tratamento próprio, tendo em conta que os bens públicos são submetidos a um regime especial, o qual não se confunde com o do direito privado comum.¹⁹⁷

Por isso a preocupação do legislador civil de antever a necessidade de legislação especial para regrar a superfície pública. Enquanto esta não sobrevém, incidem o Código Civil e o Estatuto da Cidade, com as adaptações pertinentes ao regime público, adaptações estas cuja aplicação à superfície é conveniente positivar em um corpo normativo específico.

Por outro lado, é imperioso acentuar que não se confundem as noções de superfície pública e superfície urbanística. Superfície pública é, como dito, a

¹⁹⁶ Assim sinaliza ARDITI, Alejandro Borzutzky. *Op. cit.*, pp. 211-212.

¹⁹⁷ Vide MORÓN, Miguel Sánchez *et alii*. **Los bienes públicos**: régimen jurídico. Madrid: Tecnos, 1997; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 845-901.

constituída por pessoa jurídica de direito público, podendo ser urbanística ou agrária conforme o seu objeto.

Da mesma forma, toda superfície urbanística instituída por particulares será tomada como de direito privado, não sofrendo as limitações próprias do regime público e nem tampouco se submetendo aos ditames da futura legislação sobre superfície pública, se e quando esta vier a ser promulgada.

Fica claro, portanto, que no direito brasileiro existem superfícies públicas agrárias e urbanísticas, e superfícies privadas agrárias e urbanísticas. Afinal, não há sentido em impedir o particular de realizar operações econômicas com o direito de superfície em área urbana, assim como nada obsta a que o Poder Público explore as potencialidades de concessões superficiárias com fins agrários.

Não deve o intérprete baralhar as situações diversas ora minudenciadas e nem tampouco limitar a aplicação da superfície pública, que enquanto não for objeto de uma legislação própria, poderá, como exposto, ser imediatamente posta em prática.

É importante, entretanto, que a mencionada lei especial sobre a superfície pública venha a ser efetivamente aprovada, no intuito de dispor uma regulamentação específica para a modalidade e assim fomentar com mais precisão a sua utilização prática, que os exemplos obtidos no direito estrangeiro demonstram ser promissora.¹⁹⁸

¹⁹⁸ Uma proveitosa exposição da sistemática da superfície pública no direito italiano pode ser colhida em CAPALBO, Angelo. **Trasformazione del diritto di superficie in diritto di proprietà**. Camerino: Halley, 2004, pp. 17-36. Indicações a respeito da legislação portuguesa sobre superfície pública constam de FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Op. cit.*, pp. 411-412. Quanto às perspectivas do instituto no Brasil, pode-se consultar CAVALCANTI, Marise Pessôa. *Op. cit.*, pp. 51-81; LIRA, Ricardo Pereira. O direito de superfície e o novo Código Civil, *cit.*, p. 254).

CAPÍTULO IV

4. A abertura do princípio da tipicidade dos direitos reais para a autonomia da vontade no direito contemporâneo e os princípios que sobre ela atuam¹⁹⁹

4.1 Autonomia da vontade: noção prévia

Antes de abordar a inserção da autonomia da vontade (ou auto-regramento, na terminologia pontiana)²⁰⁰ no âmbito da tipicidade real, é fundamental precisar a própria noção de autonomia existente no seio do direito civil contemporâneo.²⁰¹

Através do referido princípio, reconhece o sistema jurídico aos particulares a possibilidade de juridicizar suas operações econômicas, produzindo efeitos não apenas fático-sociais, mas propriamente jurídicos, o que inclui disponibilizar a tutela estatal em caso de inadimplemento.²⁰²

¹⁹⁹ Os princípios selecionados não encerram, por certo, uma lista fechada, já que seria impossível determinar peremptoriamente todas as normas principiológicas incidentes na operação negocial de constituição da superfície. Outros poderiam, portanto, ser chamados à discussão e a sua ausência neste trabalho tem um sentido apenas de melhor concentrar o objeto da pesquisa.

²⁰⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, tomo III, 2001, p. 81. Pode-se consultar uma análise crítica da teoria pontiana do auto-regramento da vontade em FACHIN, Luiz Edson. Dos atos não negociais à superação do trânsito jurídico clássico em Pontes de Miranda. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, vol. 33, 2000, especialmente pp. 94-95.

²⁰¹ No direito civil liberal o campo aberto à autonomia da vontade era bem maior, hoje experimentando restrições significativas: “à medida que o Estado absorve maior componência de social, reduz-se o espaço de autonomia, amplia-se o de heteronomia” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O contrato: exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 32). Não ingressaremos, todavia, no exame da evolução do auto-regramento da vontade ao longo do tempo, bastando-nos as seguintes noções básicas acerca de seu estado atual. Para a obtenção de maiores subsídios históricos sobre a matéria, remete-se a RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de informação legislativa**. Brasília, a. 41, n. 163, jul./set. 2004, pp. 113-126; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 387-402.

²⁰² GAZZONI, Francesco. **Manuale di diritto privato**. 7 ed. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1998, p.731. No mesmo sentido, PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 11.

É o poder de modelar por si, e não por imposição externa, modificações em seu patrimônio,²⁰³ conferindo-lhes eficácia jurídica.

Existe, pois, um espaço reconhecido pelo direito dentro do qual os privados podem juridicizar seus atos, dando-lhes entrada no mundo jurídico e tornando a sua vontade um elemento nuclear do suporte fático.²⁰⁴ Este espaço é pré-determinado, não sendo ilimitado nem mesmo para a doutrina mais tradicional, pois que o ordenamento jurídico aponta as situações em que pode intervir a vontade e condiciona os seus efeitos.²⁰⁵

O ponto principal repousa exatamente na noção de que o poder reconhecido à vontade como fonte de deveres jurídicos não é “originário e autônomo”, mas “derivado e funcionalizado a finalidades autônomas.”²⁰⁶

Logo, a vontade não produz por si só ou de forma automática os efeitos jurídicos, sendo necessariamente recepcionada pelo sistema, que determina a extensão dos efeitos que produzirá enquanto elemento do suporte fático do ato. A vontade revela-se “infiltrada de regulamentações jurídicas que lhe dão um sentido”.²⁰⁷

²⁰³ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, p. 128. Tradicionalmente, o princípio da autonomia privada é estudado no que toca às relações patrimoniais, e, como teremos ensejo de ver mais à frente, especificamente quanto às obrigacionais. Existem, porém, atos de auto-regramento da vontade que produzem situações jurídicas existenciais – basta pensar, por exemplo, no casamento. Nos manteremos, porém, na seara do direito civil patrimonial, que interessa ao tema ora em foco.

²⁰⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo III, *cit.*, p. 82.

²⁰⁵ IDEM, IBIDEM, pp. 82-83; BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: LZN, tomo I, 2003, trad. Ricardo Rodrigues Gama, pp. 147-148 e 156.

²⁰⁶ NEGREIROS, Tereza. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 228.

²⁰⁷ LORENZETTI, Ricardo. *Op. cit.*, p. 534.

O acordo de vontades não é auto-suficiente, dado que boa parte das disposições contratuais não surgem da intenção volitiva dos contratantes, mas sim da norma e da própria interpretação integrativa.²⁰⁸

O concreto resultado jurídico é, pois, o extraído daquela operação econômica que os particulares desejaram juridicizar, “filtrada” pelas diretrizes postas pelo ordenamento jurídico, que descarta aquilo que não for compatível com as restrições do sistema (por contrariar, *v.g.*, a função social do contrato) e insere conteúdo não previsto inicialmente pelos contratantes (vide, por exemplo, a questão dos deveres acessórios no processo obrigacional, mencionada no tópico 4.4, *infra*).

É importante observar que os limites postos à autonomia privada não são externos e excepcionais, mas sim integram-na como elemento ínsito, expressão direta do significado constitucional do ato de autonomia.²⁰⁹

Esta inserção constitucional do tema conduz, inclusive, à imprescindível noção de que, pressupondo-se a eficácia direta nos direitos fundamentais nas relações de direito privado, são estes um limite negativo ao auto-regramento, gerando a nulidade dos negócios que lhe sejam contrários.²¹⁰

Percebe-se, assim, que a discussão acerca da autonomia da vontade no direito contemporâneo gira substancialmente em torno das restrições e limitações que lhe são impostas pelo ordenamento jurídico, a ponto de se falar em uma tendência ao fechamento da tipicidade contratual no Estado social.²¹¹

O sentido de diminuição da liberdade contratual ganha enorme importância quando se nota que, no direito das coisas, cada vez mais penetra a autonomia da

²⁰⁸ LORENZETTI, Ricardo. p. 537.

²⁰⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 280.

²¹⁰ PRATA, Ana. *Op. cit.*, p. 138. Sobre a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, consulte-se BARROSO, Luis Roberto (org). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

²¹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. O contrato: exigências e concepções atuais, *cit.*, p. 79.

vontade, de modo a inserir-se o auto-regramento no debate acerca da tipicidade real.

Tem-se assim um aparente paradoxo: o anteriormente aberto campo dos contratos fecha-se cada vez mais por imposição das restrições à autonomia dos contratantes, mas o outrora cerrado âmbito dos direitos reais vai admitindo progressivamente a inserção da vontade em seu ambiente.

É relevante assentar, porém, que qualquer discussão acerca da autonomia da vontade no campo real não pode prescindir das considerações anteriormente esboçadas. Ou seja, o auto-regramento da vontade que pode vir a interferir nas relações reais é necessariamente o aqui exposto, consistente em um fenômeno de recepção no qual o direito reconhece à vontade privada os efeitos que forem compatíveis com o ordenamento jurídico, mediante filtragem subordinada, inclusive e sobretudo, ao controle constitucional.

Passaremos a analisar esta tensão entre os dois princípios no tópico seguinte, delineando o princípio da tipicidade dos direitos reais e o processo de sua flexibilização pelo da autonomia privada, matéria fundamental para a compreensão do contrato superficiário e de seu papel como modelador do conteúdo do direito de superfície.

4.2 O princípio da tipicidade dos direitos reais e sua relação com a autonomia da vontade

O princípio da tipicidade dos direitos reais constitui tema de acesa importância, por representar um dos mais tradicionais critérios de distinção entre direitos pessoais e reais.²¹²

De fato, pode-se identificar nesta distinção a “espinha dorsal” do direito civil, como faz Fachin. Temos, de um lado, o que o autor chama de “dinâmica jurídica”, os direitos de crédito, no seio da qual os bens estão em trânsito, e, de outro, a “estática jurídica”, os direitos reais, necessariamente limitados pela clausura dos tipos fixos. O que sai de uma esfera para a outra, ganhando oponibilidade *erga omnes*, tem de render-se à tipificação.²¹³

Trata-se, como dito, de matéria crucial para o desenvolvimento de nosso tema. A doutrina brasileira, no entanto, tem negligenciado seu estudo, limitando-se a proclamar a vigência do princípio da tipicidade, sem maiores incursões analíticas.²¹⁴

Não nos traria dificuldades afirmar, repetindo o conhecimento consolidado, que os direitos reais subordinam-se à tipificação, não constituindo um campo aberto para a livre criação de novas figuras pelos particulares;²¹⁵ difícil, em verdade, é

²¹² Vide MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo XI, *cit.*, p. 90.

²¹³ FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil, *cit.*, pp. 45-46.

²¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. Multipropriedade imobiliária, *cit.*, pp. 82-83. A linha adotada pela maioria dos nossos juristas é, tradicionalmente, a defesa de um sistema fechado de direitos reais, sem contudo fundamentar com clareza esta posição. Assim se vê já em Teixeira de Freitas: “A Legislação Civil, que bem compreendêr as necessidades economicas da época em que vivemos, deve designar taxativamente os direitos reaes, e declarar que não admite outros. Deve sêr parca em concedê-los, deve expô-los á grande luz da publicidade; não se deixando porém dominar por alguma idéia exclusiva, não recusando protecção aos variados interesses da sociedade.” (FREITAS, Augusto Teixeira de. *Op. cit.*, p. CCXII).

²¹⁵ Sem embargo de ter sido sustentada em nosso direito a tese da atipicidade, por uma corrente minoritária que restou vencida (entre outros, SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. 16 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. IX, 1988, pp. 15-16; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, vol. III, 1994, p. 12). Mencionamos especificamente o nosso sistema jurídico porque a tipicidade cerrada dos direitos reais não é um princípio unânime em todos os países, mesmo se restrita à análise à família romano-germânica. Observe-se, exemplificativamente, que o modelo espanhol permite situações reais atípicas (ver, a respeito, GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Direitos reais e autonomia da vontade**: o princípio da tipicidade dos direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 65-81). Também na França se nota um trato bem mais liberal acerca da matéria (para o qual já alertava MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo XI, *cit.*, p. 90), que

estabelecer de forma precisa o que se entende por direito real típico²¹⁶ e quais os seus reflexos concretos na teoria e na prática do direito privado.

O direito das coisas, ao menos sob a ótica de sua teoria tradicional, é severamente marcado pela tipicidade, exigindo-se, para a constituição de um determinado direito real, a “preexistência legal do tipo que as partes quiserem utilizar.”²¹⁷

A tendência para a tipicidade, como assinalou Ascensão, não é contudo um fenômeno exclusivo das relações reais, constituindo uma técnica de uso corrente, aplicada em variados domínios jurídicos, como o direito penal e o campo das sociedades comerciais.²¹⁸

O raciocínio com tipos se apresenta, com efeito, como uma forma de superar um pensamento conceitual abstrato, delimitando previamente elementos específicos que concretizam a figura jurídica tipificada,²¹⁹ sem cuja presença não se admitem os efeitos jurídicos pretendidos.

Exemplificando, temos um conceito abstrato de crime, mas, para a atuação da norma penal, requer-se algo mais, a saber, a presença dos elementos especiais que identificam cada tipo legal, como homicídio ou furto. Não há, assim, “crime inominado”, consistente na ocorrência de um fato qualquer subsumível a esta noção geral de atividade criminosa: é preciso que os requisitos específicos de cada figura delitiva estejam presentes, caracterizando-a. Daí a ineficácia penal das figuras

conduziu alguns autores a julgar viável a utilização do direito de superfície em tal país mesmo sem previsão legal (cf. JOSSERRAND, Louis. *Op. cit.*, pp. 943-944).

²¹⁶ NATUCCI, Alessandro. **La tipicità dei diritti reali**. 2 ed. Padova: CEDAM, 1988, p. 177.

²¹⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 363.

²¹⁸ IDEM. **A tipicidade dos direitos reais**. Lisboa: Livraria Petrony, 1968, p. 19.

²¹⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, trad. José Lamego, pp. 656 e 672. Observe-se contudo que Larenz não considera os direitos reais previstos no BGB como tipos, mas sim “classes”.

criminosas atípicas, nas quais embora haja a lesão a um interesse jurídico, esta não se enquadra em nenhuma das figuras previstas no Código Penal.

Se um determinado instituto subordina-se à tipicidade, é necessário pois que preencha tais requisitos, reúna os elementos de um tipo pré-determinado para nele enquadrar-se. Assim, para que uma sociedade empresarial possa ser considerada como tal e seja dotada de existência, validade e eficácia, carece de apresentar os elementos próprios de um dos “modelos” (tipos) previamente definidos, como sociedade limitada ou anônima.

Por outra parte, se a figura em questão está inserida em um regime de atipicidade, bastará encaixar-se na previsão geral, sem demandar outros traços concretos que a individualizem. Desta forma opera-se com os contratos atípicos ou inominados, que permitem a juridicização de situações econômicas inéditas, bastando o atendimento de requisitos gerais, sem necessidade de prévia particularização de cada figura típica e de seus elementos próprios.

Atente-se a que não se pode baralhar as noções de tipo e suporte fático.²²⁰ O que chamamos suporte fático, *fattispecie* ou hipótese de incidência é o fato ou grupo de fatos que compõe a regra jurídica.²²¹ O suporte fático pode fazer referência a um tipo, mas não se confunde com um tipo.

Deste modo, uma coisa é o tipo, por exemplo, o tipo da anticrese. Outra, definitivamente diversa, é a regra jurídica do art. 1.508 do Código Civil,²²² cujo suporte fático tem como um de seus elementos um direito de anticrese, não sendo, o próprio suporte fático, um tipo.

²²⁰ Neste sentido, CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Lejus, 2000, trad. Antonio Carlos Ferreira, p. 516.

²²¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo I, *cit.*, p. 66.

²²² Art. 1.508. O credor anticrético responde pelas deteriorações que, por culpa sua, o imóvel vier a sofrer, e pelos frutos e rendimentos que, por sua negligência, deixar de perceber.

Fixada a noção do que seja o tipo, podemos compreender o que significa a tipicidade real. E neste ponto é fundamental distingui-la de outro princípio básico do direito das coisas, com o qual tem sido correntemente confundida: o princípio do *numerus clausus*, ou da taxatividade dos direitos reais.

Com efeito, comumente referem-se os nossos civilistas às duas normas principiológicas como se fossem sinônimas,²²³ o que turva as investigações a respeito da matéria.

A análise alcança maior precisão quando se atinge a distinção, tendo em conta que o *numerus clausus* espelha a reserva legal para a criação de novos direitos reais, e a tipicidade significa a subordinação de um determinado direito real à estrutura básica prevista em lei, ou seja, ao tipo.²²⁴

Explanando de forma mais clara, mediante o recurso a exemplos, temos que, pelo princípio do *numerus clausus* impede-se a constituição de um direito real de renda sobre imóvel, não contemplado no rol do Código Civil, nem tampouco em legislação esparsa; pelo princípio da tipicidade real, veda-se a criação de um usufruto que inclua prestação periódica de uma parcela dos rendimentos do bem ao nu-proprietário, elemento alheio ao tipo em questão.

²²³ Consulte-se, por exemplo, a lição de LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. VI, 1964, pp.32-33.

²²⁴ TEPEDINO, Gustavo. Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, tomo II, p. 143; TEPEDINO, Gustavo. Multipropriedade imobiliária, *cit.*, p. 82; GATTI, Edmundo; ALTERINI, Jorge H. **El derecho real: elementos para uma teoria general**. 2 ed. Buenos Aires: Lexis-Nexis, 2005, pp. 82-83. A distinção está posta nos mesmos termos, mas de forma mais didática em André Gondinho: “podemos dizer que o princípio do *numerus clausus* se refere à impossibilidade de criação, pela autonomia da vontade, de outras categorias de direitos reais que não as estabelecidas em lei, ou, ainda, que os direitos reais não podem resultar de uma convenção entre sujeitos jurídicos. Por outro lado, o princípio da tipicidade dos direitos reais significa, em síntese apertada, que o estabelecimento destes direitos não pode contrariar o conteúdo estrutural dos poderes conferidos, pelo ordenamento, ao titular da situação jurídica de direito real.” (GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *Op. cit.*, p. 16). Confira-se ainda, para uma digressão mais aprofundada, ASCENSÃO, José de Oliveira. A tipicidade dos direitos reais, *cit.*, pp. 105-125, bem como TEPEDINO, Gustavo. Autonomia privada e obrigações reais. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, tomo II, pp. 287-292. Registre-se que Alessandro Natucci repudia a cisão entre tipicidade e taxatividade, considerando-a artificiosa (NATUCCI, Alessandro. *Op. cit.*, p. 152), posição com a qual não concordamos.

Já referimos anteriormente, acompanhando a lição de Tepedino, que a doutrina brasileira pouco se detém no estudo da tipicidade dos direitos reais, tratando-a como matéria pacificada e despida de maior relevância. Daí decorre a habitual ausência de incursão em duas questões de grande interesse, a saber, o fundamento da tipicidade, o porquê de serem os direitos sobre as coisas enfeixados em um regime típico, que se pretende excludente da autonomia privada, e a forma por meio da qual esta tipicidade opera, o que significa investigar qual o seu efeito concreto no plano dos direitos reais.

Não raras vezes se encontra na doutrina a afirmação de que um regime fechado de direitos reais pode ser encontrado no direito romano, mas não existiu no direito medieval.²²⁵ Embora pareça correto afirmar que inexistia em Roma a possibilidade de constituir direitos reais novos, a par dos tradicionalmente consagrados,²²⁶ deve-se ter em conta, porém, que a situação na Idade Média não era de plena atipicidade, como se pode imaginar.

Na verdade, como precisamente divisado por Alessandro Natucci, o rol extenso e complexo de figuras reais que caracteriza a época medieval não deve ser tomado neste sentido, mas sim como uma conseqüência da fragmentação dos ordenamentos jurídicos em vigor,²²⁷ sendo os direitos sobre as coisas estabelecidos em número certo e com características próprias em cada esfera de produção do direito consuetudinário.²²⁸

²²⁵ Assim opina, por exemplo, CHATEUBRIAND FILHO, Hindemburgo. Autonomia privada e tipicidade dos direitos reais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº ano 86, nº 745, nov. 1997, p. 42.

²²⁶ Vide PETIT, Eugène. *Op. cit.*, p. 299.

²²⁷ NATUCCI, Alessandro. *Op. cit.*, p. 39.

²²⁸ IDEM, IBIDEM, p. 42.

Não havendo um monopólio centralizado de produção de normas jurídicas,²²⁹ cada localidade possuía seu ordenamento costumeiro e este ditaria o estatuto dos direitos sobre as coisas, afastando a idéia de atipicidade e *numerus apertus*.

Esta constatação é importante porquanto desestabiliza a teoria de que a clausura dos direitos reais seria um fruto da Revolução Francesa, um recurso técnico manejado com o fim de impedir a reorganização do antigo regime.²³⁰

O fundamento dos princípios da taxatividade e da tipicidade repousa não na repulsa a um ordenamento agrário fulcrado em relações reais fracionárias, mas sim no temor das conseqüências negativas da livre criação de direitos absolutos.²³¹

A relação jurídica real, como qualquer outra, não se pode conceber sem “dois lados ou pólos”,²³² e por isso criou-se a teoria do sujeito passivo universal – como todo direito absoluto, *v.g.*, os direitos de personalidade ou de filiação, é o direito real oponível *erga omnes*.

Assim, busca-se, ao vedar ao particular o poder de criar direitos reais além do rol previsto em lei (taxatividade), ou de dilatar os seus limites previamente determinados (tipicidade), resguardar o interesse da coletividade, que estaria sujeita à eficácia de tais direitos, independentemente de seu conteúdo.²³³ O poder de criar estados de sujeição e impô-los a toda a coletividade seria de competência da lei, não dos sujeitos privados.²³⁴

Tem-se, pois, que o princípio do *numerus clausus* dos direitos reais significa a impossibilidade de criar novas figuras reais diversas das listadas na lei; o princípio

²²⁹ Ver, a respeito, ADEODATO, João Maurício. *Modernidade e direito. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 207-208.

²³⁰ Abraça esta tese, aqui combatida, CHATEUBRIAND FILHO, Hindemburgo. *Op. cit.*, p. 42.

²³¹ Entre outros, NATUCCI, Alessandro. *Op. cit.*, p. 154; GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *Op. cit.*, p. 44.

²³² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, tomo XI, *cit.*, p. 87.

²³³ Por isso chegou-se a falar, na doutrina, que o regime dos direitos reais é presidido pela noção de ordem pública (GATTI, Edmundo; ALTERINI, Jorge H. *Op. cit.*, p. 73).

²³⁴ NATUCCI, Alessandro. *Op. cit.*, p. 154.

da tipicidade remete à proibição da inovação dos tipos pré-fixados de direitos reais; e, por fim, que essa estrutura criada para sustentar o direito das coisas tem seu fundamento em um resguardo dos efeitos nocivos que a oponibilidade *erga omnes* de direitos reais anômalos poderia causar. A construção teórica ora descrita, que se solidificou e governa nosso direito civil tradicional, experimenta, porém, severo abalo no direito civil contemporâneo.

Isso ocorreu em razão do surgimento de operações econômicas com bens que não se encaixavam plenamente nos tipos postos, forçando regulamentação jurídica para os interesses envolvidos e pondo em xeque a tradição jurídica, que não lhes oferecia solução.

A realidade impôs ao jurista decidir o que fazer com suportes fáticos envolvendo multipropriedade, shopping center, cemitérios privados com estruturas complexas, condomínios de fato, entre outros.²³⁵

Estas situações não podem ser ignoradas, mas tampouco é adequado analisá-las sob a ótica da antiga perspectiva teórica descrita. Daí a perplexidade do jurista: trata-se de relações reais atípicas, remetidas necessariamente ao campo dos direitos de crédito,²³⁶ ou poderiam ser adaptadas à sistemática do direito das coisas?

Parece razoável identificar, em tal discussão, um descompasso entre os fatos, a saber, as relações econômicas dinâmicas que envolvem bens imóveis, e a disciplina legal.²³⁷ Obviamente, é uma ilusão imaginar que uma técnica jurídica

²³⁵ SOARES, Danielle Machado. **Condomínio de fato**: incidência do princípio da autonomia privada nas relações jurídicas reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 71. No mesmo sentido, TEPEDINO, Teoria dos bens e situações jurídicas reais, *cit.*, p. 144.

²³⁶ O Código Civil Argentino dispõe expressamente, em seu art. 2.052, que os negócios que constituem direitos reais diversos dos por ele enumerados ou dilatam suas figuras típicas produzirão apenas efeitos pessoais. A respeito, cf. GATTI, Edmundo; ALTERINI, Jorge H. *Op. cit.*, p. 84-87. Focando a mesma situação frente ao direito italiano, NATUCCI, Alessandro. *Op. cit.*, p. 206.

²³⁷ Neste sentido, SOARES, Danielle Machado. *Op. cit.*, p. 51-52.

possa racionalizar o mercado, mas é correta a pretensão de obter um regramento jurídico que adequadamente tutele os interesses em jogo,²³⁸ sem se ater a uma sistemática desatualizada e que os põe em risco.

Assim, o princípio do *numerus clausus* persiste em vigor, mas devem ser investigadas as possibilidades contidas no próprio sistema que autorizam a atuação da autonomia privada no campo dos direitos reais,²³⁹ ou seja, que permitam a flexibilização dos tipos reais, no âmbito do princípio da tipicidade.

Larenz já entrevia a desnecessidade de uma coincidência absoluta entre o modelo típico e sua materialização concreta. Segundo ele, para a caracterização do tipo, seria necessária a presença de sua “imagem global”, sendo atípicas as situações que apresentassem “desvios notórios” do esquema típico, existindo, as mais das vezes, “fronteiras fluídas”.²⁴⁰

A chave para a solução do problema posto encontra-se exatamente nesta constatação. Dentro dos tipos pré-definidos de direitos reais, impostos pelo princípio da tipicidade real, existe um largo espaço para retirada e inserção de conteúdo, sem que com isso se viole a norma principiológica em questão ou mesmo o número fechado de direitos reais.

A exposição de Tepedino²⁴¹ a esse respeito é fundamental:

Conforme observado anteriormente, ao lado das regras imperativas, que definem a existência e o conteúdo de cada tipo real, coexistem preceitos dispositivos, atribuídos à autonomia privada, que permitem moldar o interesse dos titulares à situação jurídica real pretendida. Assim, se é inegável que a constituição de um novo direito real sobre coisa alheia, ou de uma forma proprietária com características exóticas, depende do legislador, que, por sua vez, deve ater-se aos limites de utilidade social definidos pela Constituição, certo é que no âmbito do conteúdo de cada tipo real há um vasto território por onde

²³⁸ MORELLO, Umberto. **Multiproprietà e autonomia privata**. Milano: Giuffrè, 1984, p. 129.

²³⁹ TEPEDINO, Gustavo. Multipropriedade imobiliária, *cit.*, p. 83.

²⁴⁰ LARENZ, Karl. Metodologia, *cit.*, p. 666.

²⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução, *cit.*, p. 144-145.

atua a autonomia privada e que carece de controle quanto aos limites (de ordem pública) permitidos para esta atuação.

Nesta ordem de idéias, veda-se a alteração de elementos essenciais do tipo, que conduziria à burla ao princípio do *numerus clausus*, mas é viável modificar o direito real através da introdução de “conteúdo acidental” que não distorça esses elementos essenciais.²⁴² É neste âmbito que atua a autonomia da vontade no campo dos direitos reais.

Há quem defenda que esta parcela de liberdade negocial estaria restrita aos momentos em que a lei expressamente faculta aos particulares a estipulação convencional de determinado aspecto relativo a um direito real.²⁴³

Por essa ótica, a vontade dos envolvidos seria eficaz apenas para moldar os elementos que a lei se abstém de determinar, cometendo-os *expressis verbis* às partes interessadas, como, por exemplo, a onerosidade ou gratuidade da superfície, ou o direito de acrescer no usufruto (art. 1.411).

A teoria é reducionista, devendo ser afastada, inclusive porque tornaria a deixar sem solução concreta problemas como o da multipropriedade imobiliária, que seria remetida ao campo dos direitos pessoais.²⁴⁴

Não é necessária uma autorização legislativa expressa para a intervenção da autonomia da vontade no direito real. É preciso, caso a caso, identificar qual a inovação pretendida e se ela pode ser recepcionada pelo sistema, se se encontra de acordo com ele, ou colide com barreiras inafastáveis, que inviabilizam a flexibilização do tipo.

²⁴² ASCENSÃO, José de Oliveira. A tipicidade dos direitos reais, *cit.*, p. 324-325; MORELLO, Umberto. *Op. cit.*, p. 78, falando em elementos “estruturais”. Ascensão exemplifica, no mesmo trabalho, que o não poder-se alterar os elementos essenciais do tipo implica, por exemplo, na inviabilidade de constituição de penhor sobre imóvel ou de uma superfície em que a propriedade do implante pertença ao fundeiro (*op. cit.*, p. 328).

²⁴³ NATUCCI, Alessandro. *Op. cit.*, p. 240.

²⁴⁴ Remessa esta francamente prejudicial aos interesses dos multiproprietários, como faz ver MORELLO, Umberto. *Op. cit.*, p. 128.

Ascensão aponta assim três tipos de interesses que devem ser considerados na auferição da legitimidade da intervenção volitiva no conteúdo dos direitos reais, a saber: interesses coletivos, de terceiros e dos próprios intervenientes.²⁴⁵

Na defesa dos interesses coletivos, procura-se afastar “formas de aproveitamento socialmente nocivas”; na dos interesses de terceiros, proteger eventuais adquirentes ou indivíduos envolvidos com a eficácia do direito real; na defesa dos próprios intervenientes, a proteção dos hipossuficientes.²⁴⁶

A análise casuística da legitimidade da modelação pretendida, contudo, restaria inquestionavelmente incompleta se esquecido o imprescindível suporte constitucional que a deve presidir, como norte fundamental.²⁴⁷

Mais do que atentar para a compatibilidade da relação real pretendida com os interesses coletivos, de terceiros e dos intervenientes, é imprescindível verificar se a mesma não se choca com os valores postos na Carta Magna e que condicionam todo o sistema do direito privado. Como precisamente aponta Gondinho, faz-se necessário que

a intervenção da autonomia privada no âmbito da modelação de situações jurídicas reais se submeta aos princípios constitucionais, fazendo incidir, nas situações privadas de direito real, os valores existenciais e sociais situados no vértice do ordenamento.²⁴⁸

A Constituição assumiu uma “percepção axiológica centrada na pessoa”,²⁴⁹ que não se pode subestimar. Sem prejuízo da consideração dos interesses infra-constitucionais em jogo, o controle de legitimidade deve ser exercido tendo esta

²⁴⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. A tipicidade dos direitos reais, *op. cit.*, p. 329.

²⁴⁶ IDEM, IBIDEM, *loc. cit.*

²⁴⁷ A autonomia privada como um todo subordina-se diretamente à incidência dos princípios e regras constitucionais, como afirmado no tópico 3.1, *supra*.

²⁴⁸ GONDINHO, André Osório Pinto da Rocha. *Op. cit.*, p. 138.

²⁴⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 190. No mesmo sentido a lição de Maria Celina Bodin de Moraes, para quem “à pessoa humana deve o ordenamento jurídico inteiro, e o ordenamento civil em particular, dar a garantia e a proteção prioritária” (MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 779, set. 2000, p. 59).

concepção como fundamental, e do suporte constitucional devem se extrair as diretrizes principais para analisar e julgar em seu mérito a pretensão de modificação convencional de um tipo real, para determinar se a mesma é aceitável ou viola a sua estrutura inalterável, consistente nos elementos do tipo considerados essenciais.

Quando equacionada a questão de forma minimamente organizada, percebe-se que a aparente tensão entre a autonomia da vontade e a tipicidade dos direitos reais revela, em verdade, complementariedade e interpenetração.

Não há como entender a autonomia da vontade sem a série de restrições e temperamentos que se lhe impõem atualmente, e nem tampouco é mais viável uma compreensão estrita da tipicidade real, que se rende à autonomia privada para adaptar-se às necessidades evidentes da prática negocial.

No direito contemporâneo, como visto, a tipicidade real é moldada pela autonomia da vontade. Os tipos permitem flexibilização pelas partes, desde que submetida tal possibilidade de molde a um controle de legitimidade fulcrado sobretudo na Constituição Federal. Reduz-se, assim, a milenar distância entre direitos de crédito e direitos reais.²⁵⁰

Na persecução deste controle, porém, não pairam isolados os princípios da autonomia e da tipicidade. Para compreender a operacionalização, no seio das relações econômicas, dos valores existenciais ditados pela Lei Maior, impõe-se o estudo de dois princípios de crucial importância, o da função social da propriedade e

²⁵⁰ A ponto de ganhar cada vez mais força uma dicotomia fulcrada, simplesmente, em direitos patrimoniais e existenciais, emergindo um direito civil patrimonial unificado: "Hay que sostener que el Derecho de Obligaciones y el Derecho de Cosas no son compartimientos estancos en la disciplina normativa de la vida económica, ni tampoco sectores autónomos o independientes. Son sólo porciones o fragmentos de una unidad superior que es el Derecho Patrimonial o Derecho de bienes. La unidad no es un mero capricho de orden estético o de *elegantia juris*. Trata de poner de relieve la interconexión entre una y otra rama y de subrayar, lo más rigurosamente que sea posible, que ninguna de ellas puede de verdad comprenderse sin la otra." (DIEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. 2 ed. Madrid: Tecnos, vol. I, 1983, p. 42). Vale conferir, no mesmo sentido, a lição de PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, pp. 201-202.

o da boa-fé objetiva, que se prestam diretamente a fornecer os parâmetros reclamados para a legitimidade da intervenção da vontade no tipo real.

4.3 O princípio da função social da propriedade, seu papel na intervenção da autonomia privada na tipicidade real e sua incidência no contrato superficiário

Embora a locução “função social da propriedade” tenha sido consolidada pela tradição dos estudos de direito civil e constitucional,²⁵¹ ela não deve ser tomada em sentido literal.²⁵²

A função social incide “em todos os campos de titularidade”²⁵³, alcançando, portanto, todo o espectro dos direitos reais, o que inclui, por certo, a superfície. Mantém-se a expressão por seu uso consagrado, mas a advertência da generalização da norma principiológica²⁵⁴ em questão não pode ser desconsiderada e por isso impõe-se a sua consideração em matéria de contrato superficiário.

Tem-se sob análise, sem dúvida, o ponto fulcral da disciplina atual dos direitos sobre os bens. É verdade que, no direito das coisas, ainda há um forte resquício de tradição romanística, “mas, se prosseguirmos na investigação, sob a aparente estrutura romana, encontraremos movimentos conflitantes e violentos (...) o

²⁵¹ Sobre a construção histórica da idéia de função social da propriedade, ver FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988, pp. 14-18; ORRUTEA, Rogério Moreira. **Da propriedade e sua função social no direito constitucional moderno**. Londrina: Uel, 1998, pp. 121-159; MORAES, José Diniz de. **A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 92-106.

²⁵² Ao menos que se tenha em mente a propriedade como noção ampla de patrimônio, presente, por exemplo, na garantia constitucional da propriedade privada, que longe está de aplicar-se apenas ao domínio em sentido estrito – MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda n. I, de 1969**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 392; no mesmo sentido, veja-se GAMBARO, Antonio. *Op. cit.*, pp. 118-119.

²⁵³ FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Código Civil*, *cit.*, p. 30.

²⁵⁴ A função social deve entendida como um princípio propriamente dito (entre nós, com sede constitucional explícita, no art. 5º, XXIII), e não como um mero “complexo de obrigações especiais” – RODOTÀ, Stefano. **Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata**. 2 ed. Bologna: Il Mulino, 1990, p. 266.

velho direito não serve mais”.²⁵⁵ A reestruturação dessas relações no direito contemporâneo²⁵⁶ se dá sobretudo através das amplas possibilidades da função social.

Admitir que a propriedade tem uma função social significa impor limites à liberdade do proprietário, outrora amplíssima quando da vigência do paradigma liberal.²⁵⁷ A depender da realidade política, social e econômica, varia o grau de intensidade do poder conferido ao titular de um direito real pelo ordenamento,²⁵⁸ e a baliza central para a determinação desta intensidade, no direito contemporâneo, é a função social.

Seria uma tarefa impossível determinar com exatidão os contornos da função social da propriedade, justamente porque é impossível enclausurar numa fórmula exata os valores envolvidos na propriedade em si e aqueles com os quais esta se põe em contato.²⁵⁹ Abandonando-se a pretensão de enfeixá-la numa fórmula abstrata e aplicável de forma genérica, é possível analisar o seu funcionamento concreto e suas finalidades práticas no modelo de direito das coisas em vigor.

A função social não é um limite ao exercício do direito real. Não atua como um elemento externo de controle, mas sim como uma característica interna à própria estrutura da situação jurídica real, sendo-lhe inerente e indissociável.²⁶⁰

²⁵⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Sistema de ciência positiva do direito**. Campinas: Bookseller, tomo IV, 2000, p. 286.

²⁵⁶ A estrutura proprietária oferece ao civilista instrumentos para enfrentar uma série de problemas que dificilmente seriam satisfatoriamente solucionados por situações obrigacionais (MATTEI, Ugo. Qualche riflessione su struttura proprietaria e mercato. **Rivista critica del diritto privato**. Napoli, Jovene, a. XV, vol. I, mar. 1997, p. 35), daí a renovada utilização do instituto e a crescente necessidade de sua adaptação às novas demandas da contemporaneidade.

²⁵⁷ Para uma digressão aprofundada a respeito da tensão entre a função social e a redução da liberdade proprietária, veja-se RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, pp. 226-230.

²⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução, *cit.*, p. 136.

²⁵⁹ RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 265.

²⁶⁰ Já foi muito discutida a inserção da função social dentro ou fora da estrutura do direito real, sendo majoritária a primeira tese. A respeito, entre outros, ver PRATA, Ana. *Op. cit.*, p. 164; TEPEDINO, Gustavo; Schreiber, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. **Revista da Faculdade**

Por outro lado, sua incidência não está restrita a nenhum tipo específico de bem. Toda titularidade, como visto, está sujeita à função social; logo, não existe classe de bens “livre” da necessidade de atender aos seus reclamos, e isso inclui os bens de consumo e todos os sujeitos a utilização individual.²⁶¹ O fato de um determinado bem não ter uma utilidade coletiva não exime o titular de direito real sobre ele de exercitar esta titularidade de forma responsável e produtiva.

Indo ao outro extremo, não se deve afastar a propriedade pública do debate acerca de sua função social: também os bens do Estado estão sujeitos à funcionalização de acordo com os valores do texto constitucional, funcionalização esta que não se presume pela mera afetação administrativa.²⁶²

A função social é, sobretudo, um critério de legitimidade – não há garantia à propriedade sem função social na ordem civil-constitucional em vigor.²⁶³ Desta premissa se parte para a conclusão outrora polêmica e hoje corrente de que o proprietário que não cumpre as exigências ditadas pela função social não pode ter a seu favor os meios de tutela postos pelo ordenamento jurídico.²⁶⁴

A função social representa um critério destinado a impedir o desperdício e promover a utilidade e pleno aproveitamento do bem.²⁶⁵ Opera de acordo com o

de Direito de Campos. Campos, ano 6, n. 6, jun. 2006, p. 106; FRANÇA, Vladimir Rocha. Perfil constitucional da função social da propriedade. **Revista de informação legislativa.** Brasília, ano 36, n. 141, jan./mar. 1999, p. 14; GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In TEPEDINO, Gustavo (coord.) **Problemas de direito civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000, 419.

²⁶¹ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. **Temas de direito civil.** 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 320; MORAES, José Diniz de. *Op. cit.*, p. 146-152; GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade, *cit.*, p. 427 e 429.

²⁶² TEPEDINO, Gustavo; Schreiber, Anderson. *Op. cit.*, p. 113-114.

²⁶³ IDEM, IBIDEM, p. 102 e 105.

²⁶⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 229; TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada, *cit.*, p. 328; GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade, *cit.*, p. 420; MATTIETTO, Leonardo. A renovação do direito de propriedade. **Revista de informação legislativa.** Brasília, ano 42, n. 168, out./dez. 2005, p. 193; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Op. cit.*, p. 184.

²⁶⁵ GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade, *cit.*, p. 418. Observe-se que, na construção teórica da funcionalização da propriedade, existe um paradoxal retorno às raízes do

caso concreto,²⁶⁶ através de estratégias de ponderação de valores,²⁶⁷ para determinar se a utilização conferida ao bem é adequada e produtiva, analisando-se as circunstâncias peculiares envolvidas em cada situação de titularidade.

Esta necessidade de análise casuística, impondo-se o descarte de qualquer solução construída *a priori*, remete novamente ao debate acerca da diversidade dos estatutos reais e de suas exigências próprias de disciplina individualizada. Quer isto dizer que, a depender do estatuto proprietário envolvido, diversas serão as exigências ditadas pela função social.²⁶⁸

A funcionalização dos regimes de titularidade impõe, assim, a necessidade de consideração atenta da natureza de seu objeto, bem como dos sujeitos envolvidos, o que envolve particularmente o respeito aos interesses não-proprietários.²⁶⁹

Os terceiros envolvidos com a situação real passam a ocupar posição de destaque na operabilidade dogmática do direito. Sua posição jurídica, que sob um paradigma liberal é meramente secundária, simples componente técnico da construção abstrata da oponibilidade *erga omnes*, tem de ser levada em conta e não pode ser sacrificada pelo exercício do direito por parte de seu titular.

Ou seja, na ponderação concreta da função social da propriedade, influi decisivamente a atuação dos indivíduos com ela relacionados, ainda (e

nosso sistema de direitos reais, que em seu berço, o regime sesmarial, exigia obrigatoriamente o cultivo como fundamento da titularidade sobre a terra, requisito abandonado quando da transição para a propriedade moderna no século XIX – vide, a respeito, o ensaio de VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna**: um estudo de história do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, especialmente pp. 19-20 e 229-233.

²⁶⁶ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Op. cit.*, p. 146.

²⁶⁷ Assumindo grande importância o papel do juiz em sua análise, para dar-lhe operatividade concreta (BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene, 1996, p. 304), devendo ter-se em conta a advertência de que a retórica proprietária foi e continua sendo muito pouco idônea a produzir consensos entre os juristas (MATTEI, Ugo. *Op. cit.*, p. 37).

²⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo; Schreiber, Anderson. *Op. cit.*, p. 111; PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 231; PRATA, Ana. *Op. cit.*, p. 186.

²⁶⁹ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Op. cit.*, p. 159 e 152-154; GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade, *cit.*, p. 405; TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada, *cit.*, pp. 309 e 317.

principalmente) que despidos de uma ligação jurídica formal com o bem.²⁷⁰ Isto nos remete à noção do direito real como uma relação complexa, examinada no capítulo I deste trabalho.

Esta preocupação com os terceiros deixa a descoberto a noção fundamental de que a funcionalização dos direitos reais é um reflexo da opção preferencial da ordem civil-constitucional pelas situações existenciais.

Cumpra com sua função social a propriedade que privilegia os valores existenciais em detrimento dos econômicos,²⁷¹ o que espelha a despatrimonialização do direito civil contemporâneo.²⁷²

Os interesses puramente patrimoniais tornam-se, assim, secundários, de modo que o critério de legitimidade do uso e gozo da coisa deve ser buscado prioritariamente nos cânones de proteção da pessoa humana.

Em última instância, tem-se uma promoção de valores de solidariedade,²⁷³ impensáveis sob o prisma da teoria tradicional dos direitos reais.

Perceba-se que o foco central da disciplina da função social encontra-se exatamente na pauta axiológica que a preside.

Sem embargo da existência de regras expressas na Constituição e fora dela que se destinam a promover e instrumentalizar a função social,²⁷⁴ o tratamento indireto da mesma é mais importante que o direto.²⁷⁵

²⁷⁰ Esse condicionamento do uso da coisa ao respeito dos interesses não-proprietários constitui, para Rodotà, não um critério de balanceamento, mas de seleção de interesses contrapostos (RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 321).

²⁷¹ MATTIETTO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 190; GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade, *cit.*, p. 413; TEPEDINO, Gustavo; Schreiber, Anderson. *Op. cit.*, p. 107.

²⁷² CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Op. cit.*, p. 171.

²⁷³ IDEM, IBIDEM, pp. 172-173.

²⁷⁴ Vide, exemplificativamente, na Carta Magna, o art. 182, §2º, que atrela a função social no meio urbano ao atendimento do plano diretor, e o art. 186, que dispõe os requisitos para a funcionalização dos imóveis rurais; no Código Civil, um bom exemplo é o art. 1.228.

²⁷⁵ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Op. cit.*, p. 183. Para compreender essa afirmação, vale consultar o precedente jurisprudencial comentado por Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, no qual,

De fato, a Constituição, ao privilegiar a pessoa humana e sujeitar o sistema jurídico à sua promoção e defesa, viabiliza os meios para a construção de uma teoria da função social dotada de mobilidade e capacidade de adaptação a exigências essencialmente mutáveis, que não seriam contempladas por uma disciplina enunciada de forma rígida.

Se a propriedade, em sentido amplo, constitui um direito subjetivo dúctil,²⁷⁶ igualmente versáteis e flexíveis não de ser os esquemas dispostos pelo ordenamento para a sua funcionalização. Por isso a normativa principiológica adquire tanta importância, porque viabiliza esta pretensão de renovação.

Esta discussão ganha relevância porquanto a função social deve ser suficientemente maleável para abranger novas situações com as quais o direito se defronta.

Em etapas anteriores da evolução do direito das coisas houve, por exemplo, sério questionamento acerca da compatibilidade da garantia da propriedade com a tutela do meio ambiente, sendo hoje pacífico que o respeito aos interesses difusos ambientais é intrínseco ao direito real, como componente da idéia de funcionalização – só é funcionalizada a propriedade que respeita o meio ambiente.²⁷⁷

Assim como foi a maleabilidade da construção da função social que permitiu a incorporação da proteção ambiental ao seu conteúdo, é a ela que devemos recorrer para alcançar as respostas que nos permitirão funcionalizar situações novas e ainda

mesmo diante da produtividade e do atendimento dos requisitos estampados no art. 186, considerou o TJRS que a propriedade não cumpria com sua função social, porque os proprietários não recolhiam os tributos devidos (TEPEDINO, Gustavo; Schreiber, Anderson. O papel do Poder Judiciário na efetivação da função social da propriedade. In STROZAKE, Juvelino José (org.) **Questões agrárias: julgados comentados e pareceres**. São Paulo: Método, 2002, pp. 91-131).

²⁷⁶ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada, *cit.*, p. 329.

²⁷⁷ Ver, a respeito, ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Direito de propriedade e meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 125; SANTOS, Gustavo Ferreira. Direito de propriedade e direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado: colisão de direitos fundamentais? **Revista de informação legislativa**. Brasília, ano 37, n. 147, jul./set. 2000, p. 24-25; TEPEDINO, Gustavo. Os direitos reais no novo Código Civil. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, tomo II, 2006, p. 158.

não exploradas convenientemente pela doutrina em seu potencial de socialização, como as marcas e patentes²⁷⁸ e monopólios de conhecimento e *know-how* de uma forma geral. No direito contemporâneo, estas formas de titularidade sem necessário suporte físico assumem por vezes um valor muito maior que o da propriedade imobiliária, sendo necessário trabalhar a sua inserção no contexto da função social.

Pois bem, exposta assim uma visão geral da função social dos direitos reais, afigura-se patente a sua ligação com o direito de superfície e sua constituição contratual.

O princípio da função social exerce um importante papel de controle da legitimidade da autonomia da vontade das partes contratantes quando da modelação do conteúdo da superfície.

Aproveitando uma construção tomada de empréstimo a Tepedino,²⁷⁹ será constitucionalmente ilegítimo o estatuto superficiário que dotar o titular da superfície de poderes supérfluos ou deixar de prever os poderes necessários para alcançar a funcionalização do direito.

Extirpa-se do contrato, portanto, toda disposição que for de encontro à função social da superfície, nos termos acima descritos, ou seja, toda previsão que desperdiçar o potencial do imóvel, descurar do interesse de terceiros envolvidos com a superfície, privilegiar interesses patrimoniais em detrimento dos valores existenciais e da dignidade da pessoa humana, *etc.*

Da mesma forma, uma interpretação construtiva pode preencher as lacunas do contrato para promover a pauta axiológica ligada ao princípio da função social.

²⁷⁸ TEPEDINO, Gustavo; Schreiber, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro, *cit.*, p. 110.

²⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada, *cit.*, p. 328.

Naturalmente, esta ponderação de compatibilidade do contrato proposto com a função social não pode ser empreendida *a priori*, com a adoção de um conjunto prévio de proibições pré-concebidas. É necessário recorrer à ponderação concreta de interesses, o que impõe a consideração das circunstâncias de fato que envolvem os sujeitos, o objeto do direito e a utilização pretendida. Esse juízo de conformação do modelo superficiário para com a função social é, porém, inafastável e imprescindível.

4.4 O princípio da boa-fé objetiva, seu papel na intervenção da autonomia privada na tipicidade real e sua incidência no contrato superficiário

Em matéria de direito de superfície, deve estar atento o intérprete à necessidade de se trabalhar com ambos os conceitos de boa-fé, subjetiva e objetiva.

Profundamente diferentes são as duas vertentes de boa-fé, como é de conhecimento corrente no direito privado contemporâneo.²⁸⁰ A boa-fé subjetiva, referida, por exemplo, no casamento putativo e na posse, reflete um estado psicológico, uma “crença interna fundada num erro de fato.”²⁸¹ Já a boa-fé objetiva liga-se a um procedimento correto, aos deveres de conduta impostos ao indivíduo envolvido em determinada relação jurídica²⁸² e é a vigente na seara obrigacional.

²⁸⁰ A boa-fé objetiva vem sendo saudada como se inovação recente fosse. Sua construção, porém, é fruto de uma longa sedimentação histórica, que remonta ao direito romano, até realizar-se a perfeita distinção entre as duas espécies de boa-fé e o desenvolvimento das possibilidades da boa-fé objetiva. Para uma visão adequada desta evolução, que não nos cabe aqui empreender, vide PETRUCCI, Aldo. Orígenes romanísticos de la buena fe objetiva en la contratación mercantil. **Anuario mexicano de historia del derecho**, nº 15, 2003, pp. 601-615; CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001, pp. 53-403.

²⁸¹ LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 56.

²⁸² IDEM, IBIDEM, p. 57.

Age em acordo com a boa-fé subjetiva o sujeito que crê agir corretamente, não tendo conhecimento de qualquer vício jurídico que afete sua situação; a seu turno, está de acordo com a boa-fé objetiva o sujeito que se comporta de acordo com o padrão esperável no caso concreto.

Assim, ao comportamento das pessoas é imposta uma série de deveres e restrições que é conduzida à idéia de boa-fé objetiva.²⁸³

Numa fórmula simplificada, tem-se que a boa-fé objetiva significa que

as relações obrigacionais não devem ser cumpridas de qualquer sorte mas sim de uma forma determinada, e que corresponda a princípios de correcção ou de normalidade do tráfego.²⁸⁴

Esta concepção objetiva da boa-fé incide sobre todo o direito das obrigações,²⁸⁵ em todas as fases do processo obrigacional.

É a boa-fé objetiva um modelo jurídico, não puramente moral, exigindo das partes um comportamento leal e de mútua confiança e agindo de forma dinâmica sobre as relações obrigacionais.²⁸⁶

Para compreender plenamente essa atuação, contudo, é imprescindível abrir rápido parêntese para rever o conceito de relação obrigacional complexa.

Dissemos que a boa-fé objetiva impõe observância a um padrão de conduta aceitável, exigível das partes envolvidas na relação obrigacional. A observação desse comportamento adequado é feita através de processos técnicos definidos, utilizando-se a boa-fé como um critério interpretativo, como medida de exercício de

²⁸³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Op. cit.*, p. 632.

²⁸⁴ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, tomo II, 1990, pp. 256-257.

²⁸⁵ ENNECERUS, Ludwig. Derecho de Obligaciones. In ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Tratado de derecho civil**. 2 ed. Barcelona: Bosch, tomo II, vol. I, 1979, trad. Blás Perez e José Alguer, p. 19.

²⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**. Brasília, a. 35, nº 139, jul./set. 1998, p. 16.

direitos e como fonte de criação de deveres jurídicos.²⁸⁷ A correta operacionalização da boa-fé, nestes termos, depende porém umbilicalmente do conceito de obrigação com o qual se trabalhe.

Com efeito, a teoria tradicional do direito civil concebe a obrigação como uma relação simples e de mão única, em que o credor pode reclamar ao devedor o objeto da prestação acordada.²⁸⁸

A doutrina mais atual, contudo, rompeu com essa visão romanística, admitindo que o

vínculo obrigacional abriga no seu seio não um simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade complexa.²⁸⁹

Descreve-se a obrigação como um processo, ou seja, como um complexo de direitos e deveres, pretensões, obrigações e exceções, que denotam uma relação de cooperação entre credor e devedor, estruturada em várias fases para atingir o fim traçado, que é a satisfação do crédito mediante o adimplemento.²⁹⁰

²⁸⁷ LEAL, Larissa Maria de Moraes. Boa-fé contratual. In LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. **A teoria do contrato e o novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 29; MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 427-428.

²⁸⁸ Neste sentido é a definição clássica de Beviláqua: “relação transitoria de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, em regra, economicamente apreciável, em proveito de alguém que, por acto nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa acção ou omissão.” (BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. 3 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931, p. 14)

²⁸⁹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Op. cit.*, p. 586.

²⁹⁰ SILVA, Clóvis do Couto. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 8-12. Embora Pontes de Miranda trabalhe com a noção de obrigação como um feixe de “direitos acessórios do crédito, direitos formativos, direitos de resolução e de resilição” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, tomo XXII, 1958, p. 13), é a Clóvis do Couto e Silva que se deve creditar a inserção do conceito contemporâneo de obrigação no direito brasileiro, trazendo-o da doutrina alemã (onde Larenz o considera o “sentido hoje reconhecido”, o “tipo normal” de obrigação – LARENZ, Karl. *Metodologia, cit.*, p. 671). Ressalte-se que embora os autores brasileiros ainda não utilizem amplamente o conceito de relação obrigacional complexa, este é de manejo corrente no direito europeu, mesmo nos manuais didáticos (cf. FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Op. cit.*, pp. 257-258; COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 8 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 63).

Concebida a obrigação como um todo complexo, composto de várias partes agrupadas e voltado a um fim concreto, não depende ela exclusivamente de uma dessas partes e por isso assume um caráter dinâmico, evitando rigores formais: sendo o fim atingido, satisfazendo-se devidamente o crédito, foi cumprida a finalidade do processo obrigacional. Por isso existe boa dose de fluidez nessa sucessão de atos, que é eminentemente variável.²⁹¹

Se na estrutura tradicional da relação obrigacional simples a boa-fé encontra sérios obstáculos para seu desenvolvimento e aplicação, na relação complexa pode tal princípio desempenhar plenamente sua função, sem quebra de coerência no sistema.

Afinal, a boa-fé impõe padrões de conduta aceitáveis para o comportamento dos sujeitos envolvidos na obrigação. Se entendemos esta como uma simples relação de crédito e débito, na qual o credor pode exigir a prestação do devedor, como explicar a existência de deveres de conduta por parte do próprio credor, por exemplo?

Na relação obrigacional complexa, como não há a restrição de seu objeto apenas à prestação em si, englobando todo um feixe de situações jurídicas subjetivas justapostas, admite-se a existência de deveres de conduta autônomos, os chamados deveres laterais, anexos ou acessórios, que não se referem diretamente à prestação, mas sim à forma de cumpri-la e à sua preservação.²⁹²

Esses deveres laterais refletem exatamente o escopo de estruturar as exigências impostas ao procedimento das partes, e, repita-se, acabariam

²⁹¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 62-66.

²⁹² SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Op. cit.*, p. 73; CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Op. cit.*, p. 594; SILVA, Clóvis do Couto e. *Op. cit.*, p. 111-114.

deslocados, pairando sem conexão lógica, se inseridos em um contexto de relação obrigacional simples.

Vale articular as características básicas dos deveres laterais:

Como foi dito, eles decorrem de fontes normativas e fáticas diversas, possuem suas eficácias independentemente da nulidade dos negócios subjacentes, podem subjetivar-se tanto na pessoa do devedor como na do credor e não se ligam à espécie de relação obrigacional ou ao tipo de contrato. Além disso, os deveres laterais são tidos genericamente como impossíveis de conhecimento prévio, do que se deflui não portarem, de regra, pretensão primária.²⁹³

Percebe-se, assim, que a matéria dos deveres laterais encontra-se indissociavelmente ligada ao estudo da boa-fé objetiva, e por isso dissemos tratar-se de uma premissa básica para a sua compreensão.

Feito o *discrímen* entre as concepções subjetiva e objetiva, é necessário estabelecer que, se a boa-fé subjetiva é aplicável quando da análise do exercício fático da superfície,²⁹⁴ em matéria de contrato superficiário, deve-se utilizar a boa-fé objetiva.

Assente-se com clareza: não há razão jurídica para afastar a boa-fé objetiva dos contratos que geram direitos reais²⁹⁵ e diversamente não se passa quanto ao contrato constitutivo do direito de superfície. Daí ser importante a sua análise em todas as suas três funções anteriormente mencionadas, plenamente incidentes no contrato superficiário.

²⁹³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Op. cit.*, p. 90.

²⁹⁴ Ou seja, da posse de superfície, abraçando-se a concepção de que a posse é o exercício fático de um direito real (neste sentido, CORDEIRO, António Menezes. **A Posse**: perspectivas dogmáticas actuais. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 129; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, tomo X, 1955, p. 17), contrariamente aos que a conceberam como um direito autônomo (JHERING, Rudolf Von. **Teoria simplificada da posse**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 92 e segs).

²⁹⁵ Pensa no mesmo sentido, embora recorrendo à sua peculiar teoria acerca da estrutura das relações jurídicas reais, que analisamos no tópico 1.3 *supra*, ARONNE, Ricardo. Propriedade e domínio: para um reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais, *cit.*, p. 190.

A primeira da tríade de funções acometidas à boa-fé objetiva é a de diretriz para a interpretação das relações obrigacionais.²⁹⁶

Todo negócio jurídico precisa ser interpretado, para extrair-se o seu sentido e delimitar de que forma irá criar, extinguir ou modificar relações jurídicas. A interpretação busca desenvolver a declaração de vontade das partes para precisar sua idéia central e determinar sua eficácia concreta.²⁹⁷

É certo que de há muito vem a doutrina buscando desenvolver procedimentos seguros para a interpretação negocial,²⁹⁸ e cânones como a noção de bons costumes foram de largo uso para a colmatação das lacunas contratuais e a integração da vontade das partes.

Hoje, contudo, a boa-fé objetiva impõe-se como um critério de uso corrente, por permitir o alcance de resultados mais precisos, uma vez que unifica uma série de recursos hermenêuticos dos quais anteriormente se lançava mão nem sempre com muita clareza, como a equidade, a vedação do enriquecimento sem causa, a solidariedade social, etc.²⁹⁹

Através do chamamento do princípio da boa-fé, pode o intérprete fundamentar a análise da finalidade da relação jurídica sob análise, utilizando-o como parâmetro

²⁹⁶ Confira-se, a respeito, o art. 113 do Código Civil brasileiro, bem como o art. 1336 do vigente Código Civil italiano. Apesar do texto claro do art. 1336, encontra-se entre os italianos um posicionamento contrário à utilização da boa-fé objetiva como critério interpretativo, adotado por Francesco Gazzoni, para o qual a boa-fé não poderia ser utilizada para integração do contrato, mas apenas como parâmetro para sua execução (GAZZONI, Francesco. *Op. cit.*, p. 750).

²⁹⁷ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: LZN, tomo II, 2003, trad. Ricardo Rodrigues Gama, p. 176.

²⁹⁸ Um exemplo clássico são as conhecidas doze regras de Pothier (POTHIER, Robert Joseph. Regras da interpretação dos contratos. *In* ALMEIDA, Cândido Mendes. **Auxiliar jurídico**: apêndice às Ordenações Filipinas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, vol. II, 1985, pp. 482-485).

²⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, *cit.*, p. 436.

para esclarecer o conteúdo da pactuação, que não pode ir em sentido contrário ao comportamento de correção que é exigido das partes no processo obrigacional.³⁰⁰

As situações não expressamente mencionadas pelas partes contratantes não podem ficar à margem do contrato, e esta integração hermenêutica deve ser feita com apoio na boa-fé, como critério valorativo.³⁰¹

Exemplificando, se um contrato de cessão de ponto comercial não prevê cláusula de não-concorrência, esta pode ser considerada implícita no contrato, como se vê na jurisprudência alemã.³⁰²

Tal interpretação é correta, preenchendo importante lacuna existente no contrato, e seu fundamento técnico-jurídico assenta justamente na boa-fé, porquanto não se coaduna com o comportamento adequado esperado legitimamente pelo cessionário vir o cedente a fazer-lhe concorrência, abrindo estabelecimento similar junto ao que anteriormente alienou.

Reitere-se uma vez mais que a boa-fé, tanto em sua função interpretativa quanto nas demais, não corresponde a uma noção puramente ética, sendo um critério técnico destinado a concretizar no contrato o respeito à mútua confiança das partes.³⁰³

Transportando esta construção para a específica problemática do contrato superficiário, temos que, em sua interpretação, a boa-fé objetiva se impõe como um cânone preciso para fundamentar a compreensão de seu conteúdo.

Isto significa assumir que, para precisar o alcance da autonomia da vontade na modelação do conteúdo concreto da superfície, poderá e deverá o intérprete

³⁰⁰ NEGREIROS, Tereza. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998., p. 233.

³⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, *cit.*, p. 431.

³⁰² JALUZOT, Béatrice. **La bonne foi dans les contrats**: étude comparative des droits français, allemand et japonais. Paris: Dalloz, 2001, pp. 441-442.

³⁰³ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, *cit.*, p. 437.

chamar a noção objetiva de boa-fé como um fundamento seguro, repelindo leituras do contrato que gerem uma regulamentação da superfície desconforme com a boa-fé, ou mesmo obrigações *propter rem* que se ponham contrárias a esta.

Desta forma, a intervenção das partes no tipo real, modelando-o conforme as suas necessidades concretas, deve ser interpretada de acordo com a boa-fé objetiva, que surge como um dos meios de assegurar a sua compatibilidade com o critério de legitimidade essencialmente constitucional que anteriormente mencionamos.

Em seguida, temos a boa-fé objetiva como um parâmetro apto a determinar se o exercício dos direitos é ou não aceitável.³⁰⁴

A boa-fé “proíbe que se cometa abusos com pretensões jurídicas formais ou aparentemente fundadas”,³⁰⁵ e por isso tornou-se também um importante recurso chamado a intervir para avaliar a ocorrência de abuso de direito.³⁰⁶

Se, de acordo com o próprio texto codificado no art. 187, todo exercício de um direito³⁰⁷ que excede os seus limites é abusivo e conseqüentemente ilícito, é necessário determinar qual o critério mediante o qual há ou não abuso. Aí a boa-fé encaixa-se perfeitamente ao fornecer essa baliza de razoabilidade, sendo abusivo o exercício desconforme com a boa-fé objetiva.

Considerando que a boa-fé objetiva veda condutas que violem o dever de agir com lealdade e correção, tais condutas serão, com base na própria boa-fé, julgadas

³⁰⁴ A respeito, confira-se o art. 187 do Código Civil Brasileiro.

³⁰⁵ ENNECERUS, Ludwig. *Op. cit.*, p. 19.

³⁰⁶ Sobre a teoria do abuso de direito, consoante uma perspectiva clássica, confira-se RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2002, trad. Osório de Oliveira, pp. 167-190. Para uma exposição mais atual, vale consultar JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: JusPodium, 2006, pp. 99-135; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Op. cit.*, pp. 281-385.

³⁰⁷ Não se deve reduzir o campo do abuso apenas aos direitos subjetivos em sentido estrito, uma vez que pode haver excesso no exercício de direitos formativos, exceções, pretensões, ônus, faculdades, etc., sendo mais preciso falar-se em exercício abusivo de “posições jurídicas” (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, *cit.*, p. 898).

abusivas e ilícitas mesmo que aparentemente fundadas em uma posição jurídica legítima e devidamente assegurada pelo ordenamento jurídico.³⁰⁸

Neste sentido, o abuso de direito configura uma “disfuncionalidade jurídica”, ou seja, uma disfunção entre uma atuação juridicamente permitida ou imposta e a ultrapassagem do âmbito desta permissão pelo agente,³⁰⁹ que por isso deve responder pelas conseqüências do ato em questão.

Perceba-se que estas conseqüências não abrangem apenas a tutela indenizatória e inibitória, podendo gerar também o direito à resolução pela parte prejudicada pelo abuso de direito na relação contratual, bem como impedir o exercício da *exceptio non adimpleti contractus* pelo excipiente que abusou de sua posição jurídica.³¹⁰

Sem embargo da posição de certa corrente doutrinária francesa que considera a ligação entre abuso de direito e boa-fé como artificial,³¹¹ parece evidente que ela fornece um critério mais concreto para a apuração do excesso no exercício das posições jurídicas, evitando a utilização de uma série de figuras multifacetadas e conduzindo a avaliação a um só cânone, processo, aliás, idêntico ao que se passa quanto à função hermenêutica da boa-fé objetiva.

Transportando-se essa função da boa-fé para o contrato superficiário, chega-se a conclusão que não apenas a interpretação da regulamentação contratual do direito real deve ser feita em consonância com a boa-fé, mas também o exercício das posições jurídicas que dele advêm.

Isto significa, por exemplo, vedar a pretensão de declarar-se a extinção do direito de superfície por destinação diversa (CC, 1.374; EC, 24, §1º) se a diversidade

³⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, *cit.*, p. 457.

³⁰⁹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, *cit.*, pp. 881-882.

³¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, *cit.*, pp. 459-460.

³¹¹ JALUZOT, Béatrice. *Op. cit.*, p. 423.

de destinação não é substancial, ou se o fundeiro, mesmo ciente, não se opôs e aguardou a atitude do superficiário para tomar proveito dela, propondo a ação de extinção.

Perceba-se que a possibilidade de extinção por destinação diversa encontra apoio no texto legal, e que é perfeitamente lícito que os particulares, ao estipularem os termos do contrato de superfície, minudenciem as hipóteses específicas de sua incidência, prevendo, *v.g.*, a extinção de uma determinada superfície agrária se o superficiário modificar o tipo de semente com que trabalha o implante. Essa disposição sem dúvida seria interpretada como válida, mas a sua invocação, se feita abusivamente e em descompasso com o procedimento esperável, viola a boa-fé e por isso se torna abuso de direito, invalidando a extinção.

Por fim, tem-se a mais importante das funções da boa-fé objetiva no processo obrigacional, qual seja, a de fonte criadora de normas de conduta.

Ingressa-se, neste particular, na problemática dos deveres laterais anteriormente citados e na boa-fé como o manancial de onde brotam.

Sendo certo que já empreendemos uma análise geral dos deveres laterais quando do exame do conceito de relação obrigacional complexa, podemos passar diretamente à sua classificação.

Embora a doutrina não seja unânime neste sentido, pode-se dividir os deveres laterais em três grupos distintos, a saber: deveres de proteção, de cooperação e de informação.³¹²

³¹² SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Op. cit.*, p. 108; CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, *cit.*, p. 604. Béatrice Jaluzot, por exemplo, refere seis classes diversas (JALUZOT, Béatrice. *Op. cit.*, pp. 511-512).

Pelos deveres de proteção, “considera-se que as partes, enquanto perdure um fenómeno contratual, estão ligadas a evitar que, no âmbito deste fenómeno, sejam infringidos danos mútuos, nas suas pessoas ou nos seus patrimônios.”³¹³

Têm sua aplicação mais clara na fase pré-contratual, quando não há deveres de prestação que os possam ofuscar, mas também incidem na fase intra-contratual,³¹⁴ impedindo que as partes, no desenvolvimento das relações obrigacionais, lesionem interesses umas das outras.

Os deveres de cooperação “obrigam as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objectivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado.”³¹⁵

Face aos deveres de cooperação tem-se que os contratantes, mesmo tendo interesses diversos, devem agir como parceiros, em estreita colaboração,³¹⁶ no intuito de alcançar a finalidade do processo obrigacional, que é o adimplemento.

Dessa classe de deveres nasce, por exemplo, a obrigação de não apenas entregar a coisa em um contrato de comércio internacional, mas também de providenciar a respectiva licença sem a qual o comprador experimentaria grande dificuldade.³¹⁷

Por fim, os deveres de informação, que obrigam as partes a “na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao

³¹³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, *cit.*, p. 604.

³¹⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Op. cit.*, p. 109. Vale salientar aqui que a boa-fé incide em todas as fases do processo obrigacional, pré-contratual, contratual e pós-contratual, em suas três funções. Vide, a respeito, RUSSO JR., Rômolo. **Responsabilidade pré-contratual**. Salvador: JusPodium, 2006, pp. 35-57; PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 87-97; MOTA, Maurício Jorge Pereira da. A pós-eficácia das obrigações. *In* TEPEDINO, Gustavo (coord). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 222-237.

³¹⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, *cit.*, p. 606.

³¹⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Op. cit.*, p. 112.

³¹⁷ O exemplo é de SILVA, Clóvis do Couto e. *Op. cit.*, p. 118.

vínculo, de ocorrências que, com ele, tenham certa relação e, ainda, de todos os efeitos que da execução contratual possam advir.”³¹⁸

Os deveres de informação têm por objetivo permitir, assim, que as partes tenham a exata noção dos fatos que condicionam o desenvolvimento da obrigação.³¹⁹

Enunciadas as classes principais de deveres laterais, tem-se que:³²⁰

Como se pode bem perceber, têm os deveres instrumentais ou laterais o escopo de garantir a plena consecução da relação obrigacional, especialmente a contratual, mas não exclusivamente, uma vez incidirem, como adiante será melhor explicitado, também na fase pré-contratual. (...) Trata-se, pois, de deveres de adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé, tendo em vista o fim do contrato, em razão da relação de objetiva confiança que o contrato fundamenta, comportamentos estes, porém, variáveis segundo as circunstâncias concretas da situação.

Não se pode perder de vista que a fonte dos deveres laterais não é a autonomia da vontade dos contratantes, mas sim o próprio princípio da boa-fé objetiva.³²¹

Dessa origem diversa decorrem conseqüências importantíssimas, a saber:³²² os deveres laterais subsistem mesmo na hipótese de nulidade da obrigação principal, estendem-se à fase pós-contratual, na chamada pós-eficácia das obrigações e podem ter sua produção de efeitos estendida a terceiros que, envolvidos com a relação contratual, não sejam nela partes formais.

Outra imprescindível questão ligada aos deveres laterais oriundos da boa-fé objetiva diz respeito à chamada violação positiva do contrato.

³¹⁸ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, *cit.*, p. 605.

³¹⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Op. cit.*, p. 115.

³²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, *cit.*, pp. 448-449.

³²¹ Mais conservadora a visão de JALUZOT, Béatrice. *Op. cit.*, p. 523, para a qual a fonte principal dos deveres laterais é o contrato, subsidiariamente atuando a lei, através da boa-fé.

³²² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, *cit.*, pp. 617-625 e 627-628.

Com efeito, fixada a existência dos deveres laterais, surge um terceiro tipo de inadimplemento ao lado da mora e do inadimplemento absoluto, a violação positiva do contrato, que consiste “no descumprimento culposo de dever lateral, quando este dever não tenha uma vinculação direta com os interesses do credor na prestação.”³²³

Identificados os deveres laterais como posições jurídicas dotadas de exigibilidade e autonomia, resta claro que sua infringência não pode ser inócua, estéril, e por isso nada mais lógico que a cominação das sanções pertinentes.

Se existe um dever concreto de informar, por exemplo, a parte que o infringe tem de sofrer as conseqüências, nascendo, como já identificado por Pontes de Miranda, o direito à resolução contratual,³²⁴ além da possibilidade de oposição da *exceptio non adimpleti contractus*,³²⁵ sem prejuízo da indenização das perdas e danos.

Os deveres laterais ganham enorme importância no contrato superficiário quando se conjuga a sua existência com a possibilidade de extinção da superfície por descumprimento contratual (ver ponto 2.7, *supra*).

Esse descumprimento contratual pode se dar por violação positiva do contrato superficiário, por exemplo, se, nascendo um dever de informação na relação de superfície, a parte obrigada o descumpra culposamente.

Naturalmente, só se devem considerar exigíveis os deveres de conduta compatíveis com a relação superficiária, afastando-se os a ela estranhos.

³²³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Op. cit.*, p. 268.

³²⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo II, 1983, p. 245. No mesmo sentido, ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 112.

³²⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Op. cit.*, p. 273.

Uma vez existentes, porém, produzirão todos os seus efeitos, não havendo base jurídica para afastar esta consequência da boa-fé objetiva sobre o contrato de superfície.

CAPÍTULO V

5. O contrato superficiário

Foi estudado o direito de superfície sob a ótica de sua teoria geral e frente a seu regramento positivo no direito brasileiro. Examinou-se, ainda, o papel da autonomia da vontade na flexibilização da tipicidade real, bem como os dois princípios mais imediatamente ligados à modelação contratual dos tipos reais, o da função social da propriedade e o da boa-fé objetiva. Neste ponto da exposição, podemos enfim traçar um panorama geral do contrato superficiário, investigando sua aptidão para flexibilizar o tipo da superfície e determinar a própria relação superficiária concreta.

A construção teórica da superfície e sua regulamentação legal já deixam entrever a importância do contrato superficiário. Incontáveis vezes se mencionou, nos capítulos precedentes, a importância da vontade das partes para determinar tantos aspectos inevitavelmente indefinidos (como o objeto do direito) ou para suprir a ausência de previsão legal a respeito.

Como reconhecido pela doutrina, o conteúdo da superfície é determinável pelas partes.³²⁶ Nesse determinar de conteúdo o próprio tipo é modelado, mostrando maleabilidade em um vasto espaço mutável, desde que preservado o núcleo essencial do tipo, em atenção ao princípio da tipicidade real em sua configuração atual, por nós estudada no capítulo IV.

³²⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito de superfície agrícola, *cit.*, p. 151. Cunha Gonçalves já falava na “liberdade convencional do proprietário” (GONÇALVES, Luís Cunha. *Op. cit.*, p. 414).

Nesta ordem de idéias, longe vai a época na qual, em matéria de superfície, “pouco crédito se dava às pactuações em que intervinham os privados.”³²⁷

Creemos que se, como antes dito, a exposição sistemática da superfície já demonstrou a relevância e a imprescindibilidade do contrato para tal direito real, a análise da penetração da autonomia da vontade na seara do contemporâneo direito das coisas, por sua vez, descortinou o amplo terreno no qual podem os particulares se moverem para modelar as situações jurídicas reais em que tomam parte.

Em síntese, a esta altura do texto, não há mais dúvida acerca do papel desempenhado pelo contrato em matéria de superfície, que é de criação e determinação concreta do conteúdo da referida figura real.

Existem, porém, limites, fatores condicionantes e regras genéricas que presidem a contratação e podem ser identificados com proveito para o esclarecimento da matéria.

Cumprido, assim, fixar com contornos mais precisos a sistemática de tal operação contratual, firmando assim o que poderíamos chamar de uma teoria geral do contrato superficiário, para a seguir ingressar nas cláusulas específicas que integram tal negócio jurídico real e lançar algumas questões a respeito de seu produto final: os estatutos superficiários.

5.1 Proposta de uma teoria geral: a flexibilização do tipo pela autonomia da vontade, sob um controle principiológico

O primeiro ponto que convém explicitar reside na efetiva função do contrato superficiário, que não pode nunca ser olvidada.

³²⁷ BARCA, Alessandro; MARVASI, Corrado. *Op. cit.*, p. 474.

Com efeito, o contrato em tela, assim como todos os contratos constitutivos de direitos reais, tem uma função especificamente genética.³²⁸

Isto quer dizer que, estabelecidas as condições negociais e levado o instrumento a registro, passam os termos do contrato a estar inseridos no contexto da relação jurídica real de superfície; sai-se do plano obrigacional e ingressa-se no plano real.³²⁹

Tanto assim que não mais existe uma relação apenas entre fundeiro e superficiário, mas sim uma situação jurídica real oponível *erga omnes*.³³⁰

É preciso manter a precisão técnica, para que não se confunda o que é eficácia real com eficácia meramente obrigacional.

Já advertimos neste trabalho que não é possível cindir a superfície em uma porção obrigacional e outra real; levado a registro o contrato, o que se tem é a situação real complexa de superfície, envolvendo o poder direto do superficiário sobre a coisa, sua relação com o fundeiro e com os terceiros aos quais o direito é oponível por meio da sujeição passiva universal.

Tudo isso, pois, no plano da realidade, não subsistindo mais efeitos obrigacionais.

Do contrato superficiário emerge a disciplina concreta da relação jurídica superficiária, bem como relações *propter rem* a ela conexas,³³¹ sendo importante separar estas duas possibilidades diversas.

³²⁸ Cf. MESQUITA, Manuel Henrique. *Op. cit.*, p. 88.

³²⁹ Vide SILVA, Clóvis do Couto e. *Op. cit.*, pp. 43-45.

³³⁰ A respeito, MESQUITA, Manuel Henrique. *Op. e loc. cit.*

³³¹ Neste sentido: "o conteúdo do direito de superfície pode ser facilmente modelado, completado pelo estabelecimento de pactos ou cláusulas contratuais que condicionem e delimitem o seu exercício, assim como por um amplo cortejo de obrigações reais que podem acompanhar-lhe indicadas pelas partes ao constituir o direito." (GÓMEZ, J. Miguel Lobato. *Op. cit.*, p. 104).

Na primeira hipótese, o contrato define o conteúdo central da superfície, definindo o seu objeto e as condições de seu exercício. São os termos específicos do acordo das partes, que definem a precisa extensão da superfície, o seu conteúdo,³³² juntando-se ao arcabouço mínimo predisposto pela lei.

Nesta regulamentação direta da superfície se indicam, por exemplo, se ela incidirá sobre plantações ou construções; se constará de um direito de implante ou por cisão; especificar-se-á quais as partes do terreno atingidas pela superfície e quais remanescerão de livre uso do fundeiro; delimitará que tipo de construção ou plantação será erguida, ou qual o bem já existente sobre o qual incidirá a propriedade superficiária; tratará da sistemática de contraprestação, se existente; ditará regras gerais para o exercício e a coexistência das posições jurídicas contrapostas de fundeiro e superficiário; estipulará hipóteses de extinção do direito e suas conseqüências; cuidará dos procedimentos a serem adotados quando da extinção e reversão, assim como de eventual indenização pelas benfeitorias acedidas, *etc.*

Tudo isto integra a própria superfície. Ao pactuarem acerca de tais questões, determinam fundeiro e superficiário o conteúdo mesmo do direito real, inequivocamente o modelam, preenchendo os claros intencionais ou não da legislação de regência e personalizando, onde possível, as características do tipo do direito real limitado.

Sem prejuízo de tal parte do contrato, que pode ser mais ou menos extensa mas haverá de estar presente, delimitando as linhas básicas da relação jurídica real, podem ser acordados deveres conexos ao direito de superfície, que serão considerados, como antes dito, relações jurídicas *propter rem*. Sua publicização

³³² Ver WOLFF, Martin. *Op. cit.*, pp. 4-5.

registral em um contrato constitutivo de direito real impede sua configuração como um direito de crédito ordinário, assumindo sempre a natureza de dever *in rem scriptum*. Logo, será seu sujeito passivo não um indivíduo singular obrigacionalmente identificado, mas sim o titular de determinada relação jurídica real (no caso o superficiário ou fundeiro, e aqueles que ocuparem suas posições).

As possibilidades neste campo são inúmeras, dependendo sobretudo da criatividade das partes para preencher suas necessidades nas concretas relações superficiárias.

Exemplificando, poderia haver um dever de manter sob seguro a propriedade superficiária,³³³ resguardando o interesse do fundeiro na reversão do bem.

Tal previsão não integra a estrutura do direito em si, é em relação a ela um mero acessório, mas não se pode dizer que seja simplesmente um direito de crédito, dirigido pessoalmente ao sujeito que firmou o contrato. Em verdade, segue ela a situação jurídica real superficiária e será plenamente oponível aoscessionários da superfície, independentemente de disposição expressa constante quer do contrato constitutivo, quer do instrumento de cessão.³³⁴

Outro exemplo possível seria o de prever o contrato de superfície agrária um dever ao superficiário de remeter anualmente ao fundeiro um relatório com os resultados da produção.

Ou, em hipótese de superfície urbanística em que se tenha cindido a propriedade sobre um edifício sem estendê-la à garagem no subsolo, a obrigação de

³³³ BENASSE, 108-109.

³³⁴ Vale a consulta a parecer de Gustavo Tepedino, no qual foi examinada hipótese que envolvia a oponibilidade de relação *propter rem* contida em escritura de compra e venda (TEPEDINO, Gustavo. *Autonomia privada e obrigações reais. Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, tomo II, 2006, pp. 275-304)

o fundeiro locar uma vaga de estacionamento para o superficiário em outro local, mantendo-a à sua disposição.

Como se disse, as possibilidades são limitadas apenas pela criatividade das partes e por suas necessidades concretas.

Entretanto, como vimos no capítulo III, *supra*, toda operação de flexibilização de um tipo real pela autonomia da vontade dos estipulantes se submete a mecanismos de controle. Não é qualquer indicação volitiva que produz eficácia real e se integra à estrutura do direito sobre a coisa, com conseqüente eficácia *erga omnes*. Devemos, assim, passar ao exame de tais mecanismos, que incidirão tanto sobre as incursões contratuais contedísticas, quanto sobre as relações acessórias *propter rem*.

A primeira barreira, que poderíamos chamar de controle primário, reside no juízo de conformação ao próprio tipo da superfície e aos seus elementos essenciais, que não podem ser alterados pela regulamentação negocial desenvolvida pelas partes.³³⁵

O exercício da liberdade contratual não pode, desta sorte, alterar o que na superfície é inalterável, o fato de tratar-se ela de um direito real limitado consistente em suspensão da acessão e constituição de um domínio autônomo sobre o implante que constitui o seu objeto.

Eventuais incursões neste sentido³³⁶ serão fadadas ao plano da inexistência, não sendo possível a conferência do *status* de direito real à figura atípica a que dão margem – ao menos que a proposta coincida com a estrutura típica de outro direito

³³⁵ Vide tópico 3.2, *supra*.

³³⁶ Recorde-se o certo exemplo de Ascensão, segundo o qual não é viável a pretensão de criar uma superfície em que a propriedade superciária pertença ao fundeiro.

real existente no sistema brasileiro, caso em que a simples falha de nomenclatura não impedirá a constituição da relação jurídica real.

Exemplificando, se o instrumento negocial descrever a regulamentação de um suposto direito de superfície cujo conteúdo será o de utilização de uma casa situada em terreno do fundeiro, consignando-se proibição de quaisquer atos de fruição ou disposição, certamente estaremos frente a um direito real de uso. Não há óbices a que se dê o registro como uso, mas não será viável a superfície com tal configuração.

Se não houver infringência aos elementos nucleares do tipo, passa o juízo de admissibilidade a atuar naquilo que denominaremos a instância secundária de controle, consistente na adequação das condições propostas aos critérios de validade postos pelo ordenamento jurídico.

Na fase primária, volta-se o exame a apontar se a figura proposta coincide com os requisitos inafastáveis da superfície, ingressando no mundo jurídico; na segunda etapa, veremos se a contratação desejada pode ser tomada como válida, à luz de uma análise baseada, sobretudo, nos valores consagrados pelo texto constitucional, que ditam a legitimidade ou não da operação econômica pretendida.³³⁷

Como antes dito neste trabalho, devem ser buscados cânones concretos para efetuar esse juízo de conformação da autonomia da vontade das partes à pauta axiológica constitucional, e os cânones mais tradicionalmente ligados à matéria são justamente os princípios da função social da propriedade e da boa-fé objetiva, que

³³⁷ Todo ato de autonomia submete-se ao crivo da normativa constitucional – vide GONDINHO, André Osório Pinto da Rocha. Direitos reais e autonomia da vontade: o princípio da tipicidade dos direitos reais., *cit.*, p. 138.

fornece com vantagens os critérios objetivos de realização do controle secundário.³³⁸

Significa isto que todo contrato superficiário tem de ser analisado à luz da função social e da boa-fé, para que se faça o juízo de admissibilidade, determinando se alguma de suas prescrições terá de ser filtrada, por não atender aos pressupostos de legitimidade eleitos para o controle da autonomia da vontade.

A sanção aqui não é a de inexistência, mas sim a de invalidade, por ilicitude do objeto do negócio jurídico.³³⁹

Toda a cláusula que violar concretamente a função da propriedade ou a boa-fé será nula, ao menos que possa ser evitada tal nulidade através de uma interpretação que afaste a violação. Diz-se concretamente porquanto não é viável predispor a atuação de regras principiológicas, não havendo um rol preciso de situações superficiárias ofensivas da função social ou da boa-fé: o exame é sempre casuístico e deve atender às vicissitudes do suporte fático concreto.

Em linhas gerais, o controle através da função social tende a examinar se a estrutura proposta para a superfície promove adequadamente a utilização do imóvel, tornando-o produtivo de forma a respeitar os interesses de terceiros não-proprietários envolvidos com a situação superficiária, bem como assegurando a proteção dos interesses difusos ambientais e dos valores de solidariedade e promoção da dignidade humana tutelados pela ordem constitucional.³⁴⁰

Observe-se, porém, que o fato de a função social da propriedade atuar como regra de controle da autonomia da vontade no contrato superficiário não significa

³³⁸ No mesmo sentido, embora fazendo ainda referências à função social do contrato, que neste caso julgamos redundante, GÓMEZ, J. Miguel. *Op. cit.*, p. 105.

³³⁹ Neste sentido, embora trabalhando com o critério mais vago e impreciso da ordem pública, GHERSI, Carlos A. El derecho real de superficie, causa ilícita y ejercicio abusivo. **Revista CEJ**. Brasília, n. 25, abr./jun. 2004, p. 44.

³⁴⁰ Vide tópico 4.1, *supra*.

que ela não incida posteriormente sobre a superfície existente. Não apenas o regramento contratual da superfície deve submeter-se à função social, mas também o exercício da superfície já constituída. São momentos distintos da aplicação do princípio sobre a mesma relação jurídica, que não se devem considerar pré-excludentes.

Quanto à boa-fé objetiva, tem-se que sua incidência conduz à necessidade de compatibilização da proposta contratual com o dever de conduta correta e compatível com as legítimas expectativas do superficiário e do fundeiro.³⁴¹

Das três funções da boa-fé, a que mais notadamente atua na fase de controle é a de interpretação. Toda cláusula que desequilibre a relação jurídica de modo desconforme com a boa-fé objetiva será filtrada pelo controle secundário, incidindo em invalidade absoluta, se não puder, como dito anteriormente, ser adaptada através de hermenêutica construtiva, de forma a evitar a violação do princípio.

As demais funções da boa-fé, a saber, de parâmetro para o exercício abusivo de posições e de fonte criadora de normas de conduta incidem com mais freqüência sobre a superfície já constituída.

Perceba-se, assim, que a utilização dos dois cânones acima mencionados, postos em relação de complementariedade, viabiliza satisfatoriamente o controle do exercício do auto-regramento da vontade das partes na criação da superfície.

Com efeito, respeitadas as exigências ínsitas à função social da propriedade e à boa-fé contratual no caso concreto, decerto se terá um regramento superficiário idôneo e harmonioso com a pauta axiológica constitucional, atendendo-se à necessidade de uma verificação de legitimidade destinada a coibir os excessos e fazer com que da intervenção direta dos particulares na modelação do tipo

³⁴¹ Vide tópico 4.2, *supra*.

superficiário se obtenha um resultado proveitoso e tendente a extrair do instituto suas plenas potencialidades.

Podemos, assim, passar ao exame das cláusulas contratuais próprias da superfície.

5.2 Cláusulas necessárias: a regulamentação essencial, supletiva do regramento legal

Por mais insuficiente que seja a disciplina legal da superfície no direito brasileiro, não seria correto afirmar que ela deixa aos particulares uma moldura de todo vazia, para preenchimento integral.

Algo há que a lei predispõe, como, por exemplo, a desnecessidade de indenização quando da reversão. E predispondo tal diretriz, não se pode afirmar que todo contrato superficiário tenha de, obrigatoriamente, prever expressamente cláusula a respeito da ausência de indenização – terá de fazê-lo, *a contrario sensu*, se pretender-se estatuir o ressarcimento ao superficiário.

Certas cláusulas, porém, se não forem especificadas no instrumento negocial, inviabilizarão a existência da superfície. São elas as que individualizam sujeitos, objeto, duração e contraprestação.³⁴²

Chega a ser óbvia a necessidade de qualificação dos sujeitos. O fundeiro terá de ser o proprietário do terreno sobre o qual operará a superfície,³⁴³ inexistindo a possibilidade de vir a ser o direito em questão constituído por quem não tem a plena disponibilidade do imóvel. O superficiário poderá ser qualquer terceiro em pleno

³⁴² Coincidem com as que Benasse denomina “cláusulas simples” (BENASSE, Paulo Roberto. *Op. cit.*, p. 104).

³⁴³ Neste sentido já lecionava SALIS, Lino. *La superficie, cit.*, p. 27.

gozo de sua capacidade civil,³⁴⁴ salvo o próprio *dominus soli*, o que conduziria à confusão. Veda-se ainda a indeterminação, tendo de ser indicado expressamente o superficiário.

Mais sutil se revela a identificação do objeto. Além, é claro, da correta individualização do imóvel destinado pelo fundeiro à superfície,³⁴⁵ é preciso que se especifique com detalhes o objeto da concessão.

Não há “conteúdo presumido” da superfície, ao contrário do que muitas leituras apressadas podem indicar. Não é possível constituir o direito real em tela se contrato não detalha em que ele consistirá com exatidão, ou seja, se será feito por implante ou por cisão, para fins urbanísticos ou agrários, que fração do terreno abrangerá,³⁴⁶ se será estendido ao subsolo ou ao espaço aéreo, e, ainda, que tipo de construção ou plantação será efetuada.

A instituição pura e simples de superfície indefinida, suspendendo toda e qualquer forma de acessão sobre, sub e para além do solo, não pode ser aceita. Não se constitui apenas superfície, sem identificar seu objeto. Para alcançar o objetivo de uma situação superficiária que abranja todo o potencial de edificação do terreno, é necessário que o contrato o mencione expressamente.

A maleabilidade do tipo superficiário impõe, assim, precisa indicação objetiva, sob pena de impossibilitar a criação da superfície.

Em seguida, deve ser estipulada a duração da situação jurídica real. Ainda que se admita a superfície urbanística com prazo indeterminado (que a nosso ver seria bloqueada no controle secundário, sob influxo da função social da propriedade) em obséquio ao dispositivo do Estatuto da Cidade que assim prevê, seria preciso

³⁴⁴ ARDITI, Alejandro Borzutzky. *Op. cit.*, p. 144.

³⁴⁵ BENASSE, Paulo Roberto. *Op. cit.*, p. 104.

³⁴⁶ Neste sentido, corretamente observando que a superfície pode se estender a todo o imóvel ou somente a parte dele, LIRA, Ricardo Pereira, O moderno direito real de superfície, *cit.*, p. 72.

que uma cláusula expressa claramente dissesse que a constituição não seria extinta por prazo.

Quanto à superfície agrária, esta não admite sequer divergências doutrinárias, tendo de ser forçosamente temporária.

A importância do termo da superfície é substancial, porque não apenas diz respeito às expectativas das partes quanto à duração do direito, mas também quanto à sua remuneração, tendo em vista a reversão e o restabelecimento da acessão que esta provoca.

Por fim, tem-se a contraprestação, à qual muitas vezes se reduziu toda a disciplina do contrato superficiário.³⁴⁷

Como vimos anteriormente, a superfície pode ser a título gratuito ou oneroso. Deve o contrato especificar tal opção, e, no caso de onerosidade, detalhar a forma de pagamento, se mediante uma parcela única ou periodicamente, através do cânon ou *solarium*.

5.3 Cláusulas voluntárias: a regulamentação acessória

Além das cláusulas imprescindíveis, sem as quais a superfície não pode ser constituída, há toda uma série de pactuações acessórias que podem constar do contrato superficiário.

³⁴⁷ Com efeito, certos setores da doutrina, quando se referem ao contrato constitutivo da superfície, limitam-se a dizer que ela pode ser instituída “por compra e venda, permuta ou doação” (vide BARBOSA, Diana Coelho. O direito de superfície no novo Código Civil brasileiro, *cit.*, p. 121; WOLFF, Martin. *Op. cit.*, p. 7; GIACOBBE, Giovanni. *Op. cit.*, p. 91). Essas três formas não exaurem sequer a matéria contraprestacional, uma vez que a superfície pode ainda ser constituída mediante o pagamento periódico do *solarium*, no qual não há propriamente uma venda e compra.

Procuraremos abordar algumas delas, notadamente as de maior utilização prática, sem a pretensão de esgotamento, que seria inatingível, dada a liberdade contratual das partes no que respeita a tal matéria.

Exemplificativamente, pode-se apor ao contrato cláusulas determinando: prazo para a realização do implante; direito de indenização ao superficiário pelas benfeitorias; modificação na distribuição dos ônus fiscais; impossibilidade de reconstrução, na hipótese de perecimento da propriedade superficiária; direito de extinguir a superfície por resilição; penalidades para o caso de descumprimento das obrigações firmadas, entre outras.

A estipulação de um prazo para realização do implante³⁴⁸ é medida de extremo interesse prático. Ela evita que concessões *ad aedificandum* ou *ad plantandum* se protraiam no tempo sem as respectivas edificações e cultivos, tornando a superfície um direito estéril e que, ao invés de promover uma utilização mais produtiva do imóvel, acaba deixando-o inutilizado por longo tempo.

Nada impede, assim, que os contratantes supram a inexistência legal de previsão neste sentido, determinando que, se o superficiário não promover o implante dentro de um prazo específico, necessariamente anterior ao termo da superfície, terá o fundeiro o direito potestativo de extinguir a relação jurídica real.

Vimos que, tanto no Código Civil quanto no Estatuto da Cidade a reversão ocorre sem qualquer indenização ao superficiário. Pode ser da conveniência das partes que tal regra, claramente dispositiva, seja afastada.

Com efeito, a dinâmica econômica da contraprestação pela superfície é extremamente variável, acompanhando as diversas configurações que assume tal direito real.

³⁴⁸ A exemplo do que dispõe o art. 954 do Código Civil italiano.

Desta forma, a depender da formatação concreta da relação superficiária, pode o pagamento inicial ou periódico satisfazer plenamente os interesses do fundeiro, que não conta com a reversão como fonte de lucro e por isso aceita indenizar o superficiário pelas benfeitorias efetuadas.

É possível, ainda, que essa cláusula de indenização seja fixada mediante condição, na hipótese, por exemplo, de o implante vir a se valorizar mais do que era possível prever na época da constituição da superfície.

Em qualquer caso, a previsão de indenização deve especificar minuciosamente a forma de pagamento da mesma, assim como os critérios utilizados para o cálculo.

Outra cláusula acessória importante é a que distribui de forma diversa os ônus tributários, em especial no que tange à superfície agrária, dada a péssima redação do Código Civil neste particular.

Basta uma enunciação simples acerca de quem será o responsável pelo pagamento dos tributos incidentes, podendo, inclusive, efetuar-se combinações diversas conforme o interesse das partes.

Vimos anteriormente que, se perece a propriedade superficiária, naturalmente emerge da situação jurídica real sob exame a possibilidade de sua reconstrução. Podem as partes, porém, pactuar expressamente a respeito do afastamento de tal regra, determinando que a destruição do implante causará a extinção do direito. Tal extinção pode se dar com ou sem indenização, que, se desejada pelas partes, terá de ser também pactuada.

A previsão de uma faculdade de rescisão da superfície pode ser extremamente importante em concessões superficiárias de longo prazo, bem como para os que admitem a possibilidade de uma superfície sem prazo determinado.

Neste sentido, pode ser aposta ao contrato cláusula segundo a qual o direito real pode ser extinto livremente por comunicação de uma parte à outra. Haverá de ser previsto qual dos contratantes terá essa faculdade (ou se ambos a terão), a forma de comunicação, o prazo para a desocupação e se existirá direito a algum tipo de indenização.

Por fim, é também bastante relevante a hipótese de cláusula estatuidando penalidades para descumprimento das condições da superfície.

Opinamos anteriormente no sentido de que o descumprimento dos deveres contratuais deve ser considerado causa extintiva da superfície tanto no regime urbanístico quanto na modalidade agrária, cuja legislação de regência não prevê tal possibilidade.

Entretanto, ainda assim, a previsão de sanções diversas da extinção pode ser de manifesto interesse prático, notadamente porque o encerramento da relação jurídica real pode não corresponder ao interesse da parte prejudicada.

Assim, pode o contrato dispor acerca das penalidades, inclusive atrelando sanções diversas para deveres diversos, principalmente sob a forma de multas pecuniárias, cujo montante ou modo de cálculo já deve vir expresso no instrumento contratual.

As cláusulas indicadas, além de não exaurientes, são todas contedísticas. Registre-se que a par delas e das demais imagináveis pode o contrato superficiário prever livremente as relações *propter rem* que se fizerem úteis, desde que todas, cláusulas contedísticas e relações *ob rem*, estejam em conformidade com os parâmetros de controle anteriormente descritos.

5.4 Cláusulas vedadas: o expurgo dos excessos

No que toca à problemática das cláusulas vedadas, enfrenta-se duas situações diferentes, conforme haja ou não previsão legal a seu respeito.

A primeira possibilidade é bem mais simples: prevendo o contrato em sentido contrário ao de proibição legal expressa, ter-se-á a imediata nulidade da disposição em questão.

Isso ocorrerá se as partes pretenderem dispor direta ou indiretamente em sentido contrário ao de normas cogentes do Código Civil ou do Estatuto da Cidade.

Imagine-se, por exemplo, uma superfície agrária sem prazo definido ou com previsão de laudêmio para a hipótese de alienação do direito do superficiário.

Em ambos os casos optou-se por cláusulas que se chocam expressamente com a disciplina legal expressa, donde se conclui pela sua proibição automática.

Por outro lado, quando se fala em disposição contrária a norma cogente, de forma direta ou indireta, tem-se em mente que não pode ser tolerada a violação legal, mesmo que disfarçada.

Retomando o exemplo acima, seriam igualmente inviáveis previsões contratuais no sentido de uma superfície agrária com termo fixado daqui a dois mil anos, o que na prática resultaria disposição idêntica à do termo indefinido, ou no sentido de estatuir a perda de parte do imóvel ou da plantação quando da alienação, que coincidiria com o laudêmio.

Percebe-se, pois, que o expurgo das cláusulas neste caso se dá através de operações simples, atuando sempre que a norma legal cogente for desrespeitada.

Na ausência de proibição expressa, porém, o corte tem de ser extraído dos processos de controle mencionados no tópico 5.1 *supra*, ou seja, através de juízos de conformação da cláusula com a função social da propriedade e a boa-fé objetiva.

Como tais princípios atuam através de estratégias argumentativas de ponderação, sempre ligadas ao caso concreto e às suas características próprias, não é possível predispor um rol fechado de cláusulas vetadas. Alguns exemplos, todavia, podem se revelar construtivos.

Imagine-se uma cláusula que impeça ao fundeiro utilizar-se de área não envolvida no objeto da superfície. A violação da função social da propriedade é evidente, porquanto torna inútil a fração do terreno que, na ausência de tal disposição, poderia ser destinada a uma outra finalidade.

Toda disposição contratual que inviabilize a plena fruição da superfície incide em proibição, da mesma forma.

O superficiário não pode ter vedado o seu livre acesso ao implante, nem dificultada a fruição de suas utilidades. Neste sentido, em uma superfície para edificação, é abusiva a cláusula que deixa ao superficiário apenas o pior acesso à via pública, quando pela sua localização no terreno ele poderia facilmente sair por outro lado, sem molestar a situação do fundeiro.

Por outro lado, multas excessivamente elevadas para o caso de atraso no pagamento do cânon fatalmente irão se chocar com o critério da boa-fé objetiva, não sobrevivendo a seu parâmetro de controle.

Da mesma forma, não é tolerável cláusula de multa que imponha ao superficiário agrário suportar uma participação excessiva do fundeiro na própria produção.

De uma maneira geral, devem ser consideradas vetadas também as cláusulas que imponham restrições desnecessárias à privacidade dos contratantes, como regulamentações excessivamente invasivas do direito de fiscalização da destinação do imóvel.

Sendo a livre disposição inerente ao direito de superfície, eventual cláusula de inalienabilidade traz consigo uma tão inevitável quanto razoável discussão a respeito de sua invalidade.

Vê-se, pois, que as perspectivas são extremamente variáveis, impondo-se a utilização criteriosa dos instrumentos de controle do exercício da autonomia da vontade para determinar quais as cláusulas inadmissíveis frente às concretas regulamentações superficiárias.

5.5 Problematizando estatutos superficiários

Ao fim desta exposição acerca do contrato constitutivo da superfície é interessante retomar a discussão a respeito dos estatutos superficiários, iniciada no tópico 1.4, acima.

Partimos das noções já assentadas de que (a) a maleabilidade do tipo da superfície, aliada à possibilidade de sua modelação contratual, inspira a criação de figuras superficiárias multifacetadas e de grandes diferenças entre si, e (b) tais estatutos superficiários, exatamente por serem diversificados, inspiram tratamento jurídico específico e consetâneo com suas especificidades.

Se já introduzimos a questão dos estatutos sob um ponto de vista abstrato, e estudamos a sistemática de sua criação através do contrato de superfície, resta-nos

então abordar alguns exemplos concretos dessa diversidade estatutária e suas potenciais conseqüências.

A disciplina da superfície se inicia por uma contraposição fundamental entre as modalidades urbanística e agrária. Entre as duas categorias básicas, há uma profunda diferença de características e objetivos – as necessidades da ocupação do solo urbano e rural certamente não são coincidentes.³⁴⁹

Assim, de logo se identifica a existência da bipartição dos estatutos superficiários em urbanísticos e agrários.

Por outro lado, a destinação à edificação ou ao cultivo comporta um considerável câmbio no modo de ser do direito. Então se obtém, sem muita dificuldade, estatutos superficiários agrários para edificação ou cultivo, e estatutos superficiários urbanísticos para edificação.

Além disso, há a distinção entre superfícies privadas e públicas.

Apontadas essas categorias essenciais, os demais elementos de distinção passam a ser menos óbvios, mas nem por isso menos válidos e significantes de uma concreta diversidade estatutária.

Basta pensar, por exemplo, na existência de superfícies em que há interesse social imediato, e aquelas nas quais não há.

Exemplo de superfície sem interesse social imediato seria a constituição do direito real em questão para a construção de uma casa de campo.

Por outra parte, tem interesse social imediato a superfície para construção de um hospital, de equipamentos urbanos ou de habitações populares, independentemente de serem ou não constituídas sob a forma de superfície pública.

³⁴⁹ Vide, a respeito, LIRA, Ricardo Pereira. Campo e cidade no ordenamento jurídico brasileiro. **Elementos de direito urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pp. 314-374.

Afinal, se um particular constrói um hospital, há interesse social direto em tal obra.

Ainda se poderia problematizar a diferença entre superfícies agrárias *ad plantandum* constituídas para produção com fins econômicos daquelas constituídas para fins científicos ou de preservação ambiental.

Não se há de negar, pois, que uma superfície agrária destinada ao plantio de soja com finalidades empresariais tem características profundamente diversas de uma superfície cujo objetivo fosse o replantio de uma espécie ameaçada, ou o fornecimento de material para uma pesquisa genética a respeito de determinada variação vegetal.

As possibilidades, novamente, não podem ser elencadas em uma lista fechada, submetidas que estão à infinita possibilidade de criação de novas figuras superficiárias.

Combinar alguns dos elementos de distinção aqui articulados nos dá, porém, uma boa idéia do que significa a profundidade de diferença entre exemplos concretos de estatutos superficiários e a necessidade de o direito conferir-lhes tutela própria.

Imagine-se, por exemplo, uma superfície urbanística destinada à edificação de um laboratório, mediante remuneração em parcela única, pelo prazo de cinquenta anos, para utilização por uma instituição de ensino e posterior reversão do edifício e do equipamento (que obviamente não é objeto de acessão, mas que pode ter a mesma destinação do prédio, se fixado no contrato) a uma fundação constituída pelo proprietário do terreno.

Em outra hipótese, tem-se uma superfície agrária para plantio de videiras e edificação de um prédio para o processamento industrial dos derivados da produção,

como suco e vinho, mediante pagamento periódico, com previsão expressa de indenização quando da reversão.

Não pode o ordenamento jurídico tratar estatutos superficiários por tal modo diversos da mesma forma, em situações, por exemplo, de eventual inadimplemento de deveres fiscais, de desapropriação ou de eventual necessidade de acionamento da tutela judicial para viabilizar pretensões possessórias ou reivindicatórias.

Já afirmamos no tópico 1.4 que é na concretude do estatuto superficiário que se pode analisar o seu conteúdo mínimo (ou o seu conteúdo específico, se assim preferir) e os reclamos do atendimento da função social.

Os exemplos desvelam com exatidão essa necessidade. É imprescindível, assim, que ao tratar com o direito de superfície, tenha o intérprete sempre presente essa distinção, para compreender as necessidades efetivas de cada estatuto superficiário e as possibilidades promocionais e de defesa que o ordenamento pode e deve lhe oferecer.

CONCLUSÃO

A análise da teoria geral da superfície e de seu regramento legal revela com clareza a profunda dependência de tal direito de seu instrumento de constituição.

Confirma-se que o contrato determina muitos e relevantes aspectos do direito de superfície, inclusive distintos entre si conforme a concreta estipulação das partes, a ponto de formar verdadeiros estatutos superficiários, no sentido de modelos de direito de superfície que não coincidem em aspectos importantes e por isso reclamam um tratamento específico por parte do ordenamento jurídico.

A depender das combinações feitas pelas partes contratantes, tem-se de fato figuras diferenciadas, embora necessariamente deva ser preservada a essência do tipo superficiário, que é de suspensão da acessão e constituição de domínio autônomo sobre a propriedade superficiária.

Neste sentido, podem ser constituídas superfícies públicas ou privadas, agrárias ou urbanísticas, a curto, médio ou longo prazo, a título gratuito ou oneroso, sobre, sub ou além do solo (ou mesmo as três possibilidades juntas), para plantar, construir ou ter para si plantações ou construções já existentes, com objetivos habitacionais, econômicos ou científicos, *etc.* A lista de possibilidades é enorme, e esses estatutos superficiários são gestados pelo auto-regramento da vontade das partes contratantes.

Além disso, existe ampla possibilidade de constituição de relações jurídicas acessórias de caráter *propter rem*, que acompanham a situação jurídica superficiária, satisfazendo as necessidades concretas das partes.

As propostas de modelação do direito de superfície pelos particulares, além de respeitar o núcleo essencial de seu tipo, devem submeter-se a um juízo de

legitimidade: apenas as intervenções negociais recepcionadas pelo sistema podem integrar o conteúdo do direito real.

Foram identificadas duas fases no controle da autonomia privada na formação do direito real de superfície.

Na fase primária, verifica-se a compatibilidade da regulamentação proposta com os elementos básicos do tipo.

Eventual distorção, de modo a fazer com que a figura proposta não coincida com aquilo que é essencial na superfície,³⁵⁰ conduzirá à sanção da inexistência, ou, na hipótese de coincidir a proposta com outro direito real reconhecido, seu registro sob o *nomen juris* correto.

Quanto ao controle secundário, neste se examina a validade da estrutura superficiária pretendida.

Para emprestar critérios mais definidos ao juízo de conformação embasado nos valores constitucionais, elegeu-se os cânones da função social da propriedade e da boa-fé objetiva.

O primeiro exige que a superfície atenda, em síntese, aos requisitos de produtividade da ocupação do solo e promoção dos valores existenciais da pessoa humana, e o segundo demanda uma regulamentação contratual condizente com os padrões de conduta esperáveis do fundeio e do superficiário.

A violação a qualquer dos dois princípios importará em nulidade da cláusula infringente, que deverá ser extirpada do contrato ou interpretada de forma a adaptar-se às exigências em questão.

Na hipótese de a regulamentação contratual não poder ser aproveitada sem agredir aos critérios em tela, toda ela será atingida pela invalidade absoluta.

³⁵⁰ Que é, repita-se, a suspensão da acessão e a criação da propriedade superficiária

O contrato é composto de cláusulas necessárias, sem as quais o direito não se pode constituir, e voluntárias.

As cláusulas necessárias, que efetuam a regulamentação essencial da superfície, são as que definem sujeitos, objeto, duração e contraprestação.

As voluntárias, que não podem ser arroladas em uma lista fechada, são cláusulas que prevêem: prazo para realização do implante; direito de indenização pelas benfeitorias; distribuição diversa das repercussões tributárias; proibição de reconstrução do implante; extinção por resilição; penalidades, *etc.*

Pode o pacto conter, além das disposições propriamente contedísticas, a constituição das já mencionadas relações *propter rem*. Nenhum exercício da autonomia privada no contrato superficiário, porém, escapa aos mecanismos de controle e toda cláusula por eles vetada será objeto das sanções descritas.

O resultado final do processo de constituição contratual da superfície é a sua regulamentação concreta, o estatuto superficiário específico, devidamente modelado pelas partes e revelador de suas características personalizadas, que impõem tratamento jurídico igualmente personalizado, na medida exata dos interesses envolvidos.

Um estudo como este revela, enfim, o enorme potencial do direito de superfície, instrumento flexível e adaptável que pode ser proveitosamente utilizado para uma organização mais racional do solo urbano e rural.

Sua efetiva adoção prática dependerá, por certo, de sua acolhida pelo operador econômico. Nos gabinetes dos juristas não se cria demandas sócio-econômicas, cria-se instrumentos para satisfazê-las.

As perspectivas de uso da superfície são, porém, indiscutivelmente promissoras, sendo fundamental que a doutrina brasileira a analise sem preconceitos e sem amarras técnicas descabidas.

Ressalte-se que as falhas do legislador não podem dar ao intérprete licença para a passividade ou para o abandono impaciente do instituto. Ao invés de inviabilizar o direito de superfície por leituras restritas e exegeses apressadas, deve-se extrair de sua disciplina positiva o melhor resultado possível, para que o direito real em questão cumpra seus desígnios e justifique sua adoção, evitando-se cerceá-lo antes mesmo de iniciar-se o seu emprego efetivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 8. Recife: UFPE, 1997.

_____. Modernidade e direito. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

AGHIARIAN, Hércules. **Curso de Direito Imobiliário**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Direito de propriedade e meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 1999.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. A multipropriedade imobiliária hoteleira e o direito internacional privado. **Unijus**. Uberaba, vol. 9, n. 10, 2006.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 1983.

ARDITI, Alejandro Borzutsky. **El derecho de superficie**. Santiago: Editorial Andres Bello, 1972.

ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**: das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Propriedade e domínio**: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **A tipicidade dos direitos reais**. Lisboa: Livraria Petrony, 1968.

_____. **Estudos sobre a superfície e a acessão**. Braga: Livraria Cruz, 1973.

_____. **As relações jurídicas reais**. Lisboa: Livraria Moraes, 1962.

_____. **Direito autoral**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. **Direito civil**: reais. 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, no prelo.

_____. O direito de superfície agrícola. **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**. São Paulo, a. II, n. 4, abril/junho 1978.

ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

AULETE, Caldas. **Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Delta, 1968.

BARBOSA, Diana Coelho. **Direito de superfície: à luz do Estatuto da Cidade.** Curitiba: Juruá, 2004.

_____. O direito de superfície no novo Código Civil brasileiro. **Revista jurídica 9 de julho.** São Paulo, n. 1, jul. 2002.

BARCA, Alessandro; MARVASI, Corrado. **La superficie.** Milano: Giuffrè, 2004.

BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna.** Napoli: Jovene, 1996.

_____. **El individualismo propietario.** Barcelona: Trotta, 1996, trad. Jesús Ernesto García Rodríguez.

BARROSO, Luis Roberto (org). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BENASSE, Paulo Roberto. **Direito de superfície e o novo Código Civil brasileiro.** Campinas: Bookseller, 2002.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico.** Campinas: LZN, tomo I, 2003, trad. Ricardo Rodrigues Gama.

_____. **Teoria geral do negócio jurídico.** Campinas: LZN, tomo II, 2003, trad. Ricardo Rodrigues Gama.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado.** 10 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, vol. III, 1954.

_____. **Direito das coisas.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. I, 1941.

_____. **Direito das obrigações.** 3 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** 8 ed. Brasília, UNB, 1996, trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos.

BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. Contornos do condomínio edilício no novo Código Civil. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial.** São Paulo, v. 53, jul./ dez., 2002.

BURDESE, Alberto. **Manuale di diritto privato romano.** 4 ed. Torino: UTET, 2000.

CAMARGO, Luciano Dias Bicalho. Imposto sobre a propriedade territorial rural – ITR. *In* BARROSO, Lucas Abreu, *et alii* (org). **O direito agrário na Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CAPALBO, Angelo. **Trasformazione del diritto di superficie in diritto di proprietà.** Camerino: Halley, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Lejus, 2000, trad. Antonio Carlos Ferreira.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**. São Paulo: Saraiva, 1985.

CAVALCANTI, Marise Pessôa. **Superfície compulsória**: instrumento de efetivação da função social da propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CHALMERS, A. F. **O que é ciência, afinal?** São Paulo: Brasiliense, 2001, trad. Raul Filker.

CHATEUBRIAND FILHO, Hindemburgo. Autonomia privada e tipicidade dos direitos reais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº ano 86, nº 745, nov. 1997.

COGLIOLO, Pietro. **Lições de filosofia e de direito privado**. Belo Horizonte: Líder, 2004, trad. Henrique de Carvalho.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra:Almedina, 2001.

_____. **A Posse**: perspectivas dogmáticas actuais. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA, Dilvanir José da. **Sistema de Direito Civil à Luz do Novo Código**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 8 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **The ancient city**: a study on the religions, laws, and institutions of Greece and Rome. Kitchener: Batoche Books, 2001, trad. Willard Small.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **O direito de vizinhança**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **O conflito de vizinhança e sua composição**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

DANTAS, Ivo. **Direito constitucional comparado**: introdução, teoria e metodologia. Rio de Janeiro: Renovar, 1996

DIEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. 2 ed. Madrid: Tecnos, vol. I, 1983.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, vol. IV, 2004.

_____. **Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ENNECERUS, Ludwig. Derecho de Obligaciones. *In* ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Tratado de derecho civil**. 2 ed. Barcelona: Bosch, tomo II, vol. I, 1979, trad. Blás Perez e José Alger.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais**. Campinas: Bookseller, 2002.

_____; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, vol. I.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

_____. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. XV.

_____. Dos atos não negociais à superação do trânsito jurídico clássico em Pontes de Miranda. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, vol. 33, 2000.

_____. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, tomo II, 1990.

FERNANDES, Luis A. Carvalho. **Lições de direitos reais**. 4 ed. Lisboa: Quid Juris, 2005.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *In* FIUZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRANÇA, Vladimir Rocha. Perfil constitucional da função social da propriedade. **Revista de informação legislativa**. Brasília, ano 36, n. 141, jan./mar. 1999.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. **Do Registro de Imóveis e seu Cancelamento**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

FREIRE, Pascoal José de Mello. **Instituições de direito civil português**. Lisboa: Boletim do Ministério da Justiça, vol. III, 1967, versão portuguesa de Miguel Pinto de Meneses.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis**. 3 ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, tomo I, 1876.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Código Civil comentado**. São Paulo: Atlas, vol. XIII, 2004.

GAMBARO, Antonio. **La proprietà**. Milano: Giuffrè, 1990.

GARCÍA, César Rascón; GONZÁLES, José María García. **Ley de las XII Tablas**. 3 ed. Madrid: Tecnos, 2003.

GASPARINI, Diógenes. **O Estatuto da Cidade**. São Paulo: NDJ, 2002.

GATTI, Edmundo; ALTERINI, Jorge H. **El derecho real**: elementos para una teoría general. 2 ed. Buenos Aires: Lexis-Nexis, 2005.

GAZZONI, Francesco. **Manuale di diritto privato**. 7 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998.

GHERSI, Carlos A. El derecho real de superficie, causa ilícita y ejercicio abusivo. **Revista CEJ**. Brasília, n. 25, abr./jun. 2004.

GIACOBBE, Giovanni. La superficie. *In* CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco; MENGONI, Luigi (dir). **Trattato di diritto civile e commerciale**. Milano: Giuffrè, 2003.

GÓMEZ, J. Miguel Lobato. A disciplina do direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro, Padma, vol. 20, out./dez. 2004.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. São Paulo: Max Limonad, vol. XI, t. I, 1956.

GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. *In* TEPEDINO, Gustavo (coord.) **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Direitos reais e autonomia da vontade**: o princípio da tipicidade dos direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GROSSI, Paolo. **La propiedad y las propiedades**: un análisis histórico. Madrid: Civitas, 1992, trad. Angel M. López y López.

HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del derecho civil**: introducción histórico-dogmática. Barcelona: Ariel, 1987, trad. Gonzalo Hernández.

HEDEMANN, J. W. **Tratado de Derecho Civil**: derechos reales. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, vol. II, 1955, trad. Jose Luis Dies Pastor e Manuel Gonzáles Enriquez.

HEMPEL, Carl G. **Aspects of scientific explanation**. New York: The Free Press, 1965.

HESPANHA, António Manuel. Prática social, ideologia e direito nos séculos XVII a XIX. **Vértice**, Coimbra, n. 340, 1972.

IRTI, Natalino. **Código civile e società politica**. Bari: Laterza, 1995.

JALUZOT, Béatrice. **La bonne foi dans les contrats**: étude comparative des droits français, allemand et japonais. Paris: Dalloz, 2001.

JHERING, Rudolf Von. **Teoria simplificada da posse**. São Paulo: Saraiva, 1986.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: JusPodium, 2006.

JOSSERRAND, Louis. **Cours de droit civil positif français**. 2 ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, vol. I, 1932.

JUSTINIANUS, Caius Petrus Sabbatius. **Institutas do imperador Justiniano**. Bauru: Edipro, 2001, trad. Edson Bini.

KASER, Max. **Direito privado romano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, trad. José Lamago.

_____. **Derecho civil**: parte general. Madrid: Editorial Revista de derecho privado, 1978, trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picaeva.

LEAL, Larissa Maria de Moraes. Boa-fé contratual. In LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. **A teoria do contrato e o novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003.

LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LIMA, Frederico Henriques Viegas de. **O direito de superfície como instrumento de planificação urbana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LIRA, Ricardo Pereira. Campo e cidade no ordenamento jurídico brasileiro. **Elementos de direito urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. O direito de superfície e o novo Código Civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, vol. 364, nov./dez. 2002

_____. O moderno direito de superfície: ensaio de uma teoria geral. **Elementos de direito urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 36, nº 141, jan./mar. 1999.

_____. **O contrato**: exigências e concepções atuais. São Paulo: Saraiva, 1986.

LONG, George. Superficies. In SMITH, William. **A dictionary of greek and roman antiquities**. London: Jonh Murray, 1875.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. VI, 1964.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LOUREIRO, Lourenço Trigo de. **Instituições de direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, tomo I, 1871.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Direitos reais à luz do Código Civil e do direito registral**. São Paulo: Método, 2004.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. **A propriedade horizontal no direito romano**. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito agrário brasileiro**. 5 ed. Goiânia: AB Editora, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**. Brasília, a. 35, nº 139, jul./set. 1998.

MATTEI, Ugo. Qualche riflessione su struttura proprietaria e mercato. **Rivista critica del diritto privato**. Napoli, Jovene, a. XV, vol. I, mar. 1997.

MATTIETTO, Leonardo. A renovação do direito de propriedade. **Revista de informação legislativa**. Brasília, ano 42, n. 168, out./dez. 2005.

MESQUITA, Manuel Henrique. **Obrigações reais e ônus reais**. Coimbra: Almedina, 2000.

MESSINEO, Francesco. **Manuale di diritto civile e commerciale**. 9 ed. Milano: Giuffrè, vol. II, 1965.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda n. I, de 1969**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello e Cia., 1928.

_____. **Sistema de ciência positiva do direito**. Campinas: Bookseller, tomo IV, 2000.

_____. **Tratado das Ações**. Campinas: Bookseller, tomo II, 1998.

_____. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, tomo XI, 2001.

_____. **Tratado de direito privado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, tomo XVIII, 1957.

_____. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, tomo III, 2001.

_____. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, tomo XXII, 1958.

_____. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, tomo X, 1955.

_____. **Tratado de direito privado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo II, 1983.

_____. **Tratado de direito predial**. 2 ed. Rio de Janeiro: José Konfino, vol. II, 1953.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, vol. III, 1994.

MORAES, José Diniz de. **A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**. São Paulo, n. 65, jul./set. 1993.

_____. Constituição e direito civil: tendências. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 779, set. 2000.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Le droit de l'environnement**. 6 ed. Paris: PUF, 2004.

MORELLO, Umberto. **Multiproprietà e autonomia privata**. Milano: Giuffrè, 1984.

MORÓN, Miguel Sánchez *et alii*. **Los bienes públicos**: régimen jurídico. Madrid: Tecnos, 1997.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. A pós-eficácia das obrigações. *In* TEPEDINO, Gustavo (coord). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Conteúdo mínimo da propriedade**. Disponível em: http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/mauricio_mota/mm_13.html. Acesso em: 12/01/06.

_____. **Direito de superfície no direito romano.** Trabalho de conclusão de curso apresentado na disciplina propriedade urbana do mestrado em direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/mauricio_mota/mm_2.html>. Acesso em: 05 de maio de 2004.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Usucapião.** 6 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

NATUCCI, Alessandro. **La tipicità dei diritti reali.** 2 ed. Padova: CEDAM, 1988.

NEGREIROS, Tereza. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. **Teoria do contrato: novos paradigmas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEVES, Geraldo. **Código Civil brasileiro de 2002: principais alterações.** Curitiba: Juruá, 2003.

OLIVEIRA JÚNIOR, Dario da Silva; CHRISTOFARI, Victor Emanuel. **Multipropriedade e timesharing: aspectos cíveis e tributários.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

ORRUTEA, Rogério Moreira. **Da propriedade e sua função social no direito constitucional moderno.** Londrina: Uel, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações.** 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. **Instituições de direito civil.** 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. IV, 2004.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Coisas.** 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999, trad. Maria Cristina de Cicco.

PETIT, Eugène. **Tratado elementar de direito romano.** Campinas: Russell, 2003, trad. José Luís Custódio Porto,

PETRUCCI, Aldo. Orígenes romanísticos de la buena fe objetiva en la contratación mercantil. **Anuario mexicano de historia del derecho**, nº 15, 2003.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Victor Carvalho. **Direito urbanístico**: plano diretor e direito de propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. Rio de Janeiro: Universidade de Brasília, 1978, trad. Estevão Martins.

POTHIER, Robert Joseph. Regras da interpretação dos contratos. *In* ALMEIDA, Cândido Mendes. **Auxiliar jurídico**: apêndice às Ordenações Filipinas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, vol. II, 1985.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, vol. I, 1992.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2002, trad. Osório de Oliveira.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODOTÀ, Stefano. **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. 2 ed. Bologna: Il Mulino, 1990.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de informação legislativa**. Brasília, a. 41, n. 163, jul./set. 2004.

ROMAGNOLI, Emilio. **L'impresa agricola**. Torino: UTET, 1986.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, vol. II, 1958, trad. Ary dos Santos.

RUSSO JR., Rômolo. **Responsabilidade pré-contratual**. Salvador: JusPodium, 2006.

SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**. Rio de Janeiro: Atlântica Editora, 2005.

_____. Sobre o 'direito civil constitucional': notas sobre a crise do classicismo jurídico. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, vol. 36, 2001.

SALIS, Lino. Il condominio negli edifici. *In* VASSALI, Filippo. **Trattato di diritto civile italiano**. Torino: UTET, vol. V, t. III, 1950.

_____. **La proprietà superficiaria**. Padova: Cedam, 1936.

_____. La superficie. In VASSALI, Filippo (dir). **Trattato di diritto civile italiano**. Torino: UTET, vol. IV, t. III, 1949.

SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de Bens Imóveis e Móveis**. 4 ed. São Paulo: RT, 1997.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Direito de propriedade e direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado: colisão de direitos fundamentais? **Revista de informação legislativa**. Brasília, ano 37, n. 147, jul./set. 2000.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. 16 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. IX, 1988.

SILVA, Clóvis do Couto. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOARES, Danielle Machado. **Condomínio de fato**: incidência do princípio da autonomia privada nas relações jurídicas reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SOUSA, Rabindranath Capelo de; PITÃO, José António de França. **Código Civil e legislação complementar**. Coimbra: Almedina, 1978.

TASSONI, Giorgia. Multiproprietà. **Rivista di diritto civile**. Padova: CEDAM, ano XXXI, nº 4, 1988.

TEIXEIRA, José Guilherme Braga. In ALVIM, ARRUDA; ALVIM, Theresa (orgs.) **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro, Forense, vol. XII, 2004.

_____. O direito de superfície recriado pela Lei 10.257/01. **Revista de Direito Imobiliário**. São Paulo: RT, nº 51, ano 24, jul-dez. de 2001.

_____. **O direito real de superfície**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade: o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, vol. 306, 1989.

_____. Autonomia privada e obrigações reais. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, tomo II, 2006.

_____. Contornos constitucionais da propriedade privada. **Temas de direito civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Multipropriedade imobiliária**. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. Os direitos reais no novo Código Civil. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, tomo II, 2006.

_____. Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, tomo II, 2006.

_____; Schreiber, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campos, ano 6, n. 6, jun. 2006.

_____; _____. O papel do Poder Judiciário na efetivação da função social da propriedade. *In* STROZAKE, Juvelino José (org.) **Questões agrárias**: julgados comentados e pareceres. São Paulo: Método, 2002.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. Multipropriedade imobiliária. **Seleções Jurídicas**, Rio de Janeiro, abril de 1998.

TRABUCCHI, Alberto. **Instituciones de derecho civil**. Madrid: Edersa, vol. I, 1967, trad. Luis Martinez-Calcenada.

TURH, Andreas Von. **Derecho civil**: teoria general del derecho civil aleman. Buenos Aires: Depalma, vol. I, 1946, trad. Tito Ravà.

VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna**: um estudo de história do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direitos reais. 3 ed. São Paulo: Atlas, vol. V, 2003.

VIANA, Marco Aurélio S. **Comentários ao novo Código Civil**: dos direitos reais. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. XVI, 2004.

WEBER, Max. **História agrária romana**. São Paulo: Martins Fontes, 1994, trad. Eduardo Brandão.

WILHELM, Walter. **Metodologia giuridica nel secolo XIX**. Milano: Giuffrè, 1974, trad. P. L. Lucchini.

WOLF, Martin. Derecho de cosas. *In* ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Tratado de derecho civil**: Derecho de cosas. 3 ed. Barcelona: Bosch, tomo III, vol. II, 1971, trad. Blas Pérez.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 5 ed. Marid: Trotta, 2003, trad. Marina Gascón.