

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto estudar o direito de superfície e suas características essenciais. Embora remonte ao período clássico romano, como criação pretoriana, o direito de superfície, que teve vigência no Brasil durante o período colonial, não foi recepcionado pelo Código Civil de 1916. Sua reintrodução no Direito Pátrio ocorreu na década de 1960, com a promulgação do Decreto-Lei nº 271/1967. Recepcionado pelo Código Civil atualmente em vigor, em substituição à enfiteuse, foi elevado à categoria de direito real, compondo a seleta lista do Art. 1.225, eis que se trata de uma alternativa moderna de uso e ocupação do solo.

Palavras-chave: superfície; direito; solo; construir; plantar.

ABSTRACT

The work herein aims to study the surface rights and their essential aspects. Even though it goes back to the Roman classic period, as praetorian creation, the surface rights, that were effective in Brazil during the colonial period, were not accepted by the Civil Code of 1916. Its reintroduction in the law occurred in the decade of 1960, with the promulgation of Decree nº 271/1967. It was acknowledged by the current Civil Code, in substitution of emphyteusis, and now belongs to the real right category, compounding the well chosen list of Art. 1.225, since it is a modern alternative of use and occupation of the land.

Keywords: surface; right; land; to build; to plant.

* Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP), advogado em São Paulo, Chefe do Departamento de Humanidades e professor de Filosofia Geral e Jurídica, de Ética Profissional e de Introdução ao Direito do Centro Universitário FMU/SP.

1. INTRODUÇÃO

O direito de superfície é, na visão de PEREIRA (2004, p. 243)¹ um desses institutos que os sistemas jurídicos modernos retiram das cinzas do passado, quando não encontram fórmulas novas para disciplinar relações jurídicas impostas pelas necessidades econômicas ou sociais.

Tal qual ocorre hoje, com nosso sistema jurídico, que somente recepcionou o instituto nas últimas décadas do século XX, o direito romano, por força da fórmula: *omne quod solo inaedificatur, vel implantatur, solo cedit*², desconheceu, por longo tempo, o instituto. É cediço, entre os autores que estudaram o tema, que o direito de superfície, tal qual os interditos possessórios, é criação pretoriana.

Instituída, originariamente, como relação de direito público, já que se origina da *locatio*, entrou, mais tarde para o campo do direito privado, como *ius in re aliena*, tendo o caráter de servidão.

2. ORIGEM HISTÓRICA

Conforme BENASSE (2002, p. 71)³, tendo “surgido primeiramente no direito público, por ocasião das concessões para edificar sobre o solo do Estado e das cidades conferidas aos particulares, e ampliado depois também aos terrenos privados, o instituto da superfície representou uma atenuação introduzida pelo Pretor ao princípio absoluto e rigoroso da acessão imobiliária, segundo o qual tudo quanto se construísse ou se pusesse no solo alheio caía necessariamente sob o domínio do proprietário do solo. Aquele princípio que impede a concessão de uma propriedade dividida em planos horizontais e que nem mesmo pelo instituto da superfície ficou suspenso, porque se da concessão nascia um direito real e ao *superficiário* se concedia uma defesa análoga à *rei vindicatio*,

permanecia firme o princípio de que a propriedade do edifício só podia pertencer ao proprietário do solo”.

O direito de superfície se caracteriza, portanto, num primeiro momento, como o direito de plantar ou construir em terreno alheio, sem que o superficiário perca o direito sobre a obra ou sobre a plantação.

Ainda, segundo BENASSE⁴, para “os romanos, o direito de superfície era o direito destacado da propriedade como um todo, separando-se subsolo da superfície, sendo que, então, o acessório seria parte integrante da superfície, que pertenceria ao superficiário, e o subsolo permanecia propriedade do concedente, por prazo determinado ou indeterminado, transmissível a herdeiros ou terceiros, destacadamente hipotecável, concedida a título gratuito ou oneroso, este mediante pagamento em uma única parcela ou mensalmente, denominado *canon ou solarium*”.

Vê-se, portanto, ainda com Benasse, que a superfície tem a *acessio* como causa. Começa como *ius in re aliena*, ou seja, como o gozo de um não proprietário sobre edifício que não era seu, para, posteriormente, firmar-se como um direito de propriedade sobre um edifício ou sobre uma plantação, separada da propriedade do solo.

Em Roma, portanto, o direito de superfície tinha caráter de servidão – *ius in re aliena*, representado pelo direito de edificar ou plantar em terreno alheio, sem perder direitos sobre a obra.

Na Idade Média, entretanto, situação que perdurou até o século XVIII, aproximadamente, o instituto perde importância eis que, nesse período, prevalece a enfiteuse (contrato perpétuo). É dessa época a criação dos denominados servos da terra, que, para boa parte da doutrina, é classificada como uma prática ultrapassada e, por vezes, odiável.

O instituto também é recepcionado pelo Direito Canônico. Neste, há a previsão de que se conceda ao superficiário o direito de construir, para moradia, ou de plantar nas terras da igreja, por um período que varia entre 19 a 29 anos. Exclui-se, entretanto, desse direito, a possibilidade de alienação.

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direitos reais**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004, v. 4.

² tudo aquilo que se edifica, ou planta, adere ao solo.

³ BENASSE, Paulo Roberto. **Direito de superfície e o novo código civil**. Campinas: Bookseller, 2002.

⁴ Idem, *ibidem*.

Permanecia, entretanto, no dizer de BENASSE (2002, p. 15), como direito real, consistente na propriedade paralela, destacada da propriedade do solo.

Não foi recepcionado pelo Código Civil francês, conforme ensina VENOSA (2004, p. 425)⁵, eis que, na França desse período, o direito de superfície era visto como a manutenção da propriedade feudal, tão odiada pelos franceses da época.

O direito de superfície foi retomado pelas legislações do século XX, especialmente as do pós-guerra. Tal fenômeno se justifica, principalmente nos países da Europa Ocidental, em virtude da finalidade social que sustenta: a destruição ocorrida nos países da Europa provocou a necessidade imediata de construir, sem a correspondente obrigação de adquirir ou vender os terrenos, eis que a escassez monetária era uma realidade no período.

Segundo a lição de PEREIRA (2004, p. 243) o instituto também encontrou, no direito moderno, sucedâneo na locação, na divisão da propriedade e na servidão.

Foi introduzido na legislação portuguesa a partir de 1948. Hoje, abolida a enfiteuse, a superfície vem conceituada em Portugal, no art. 1.542, como a “faculdade de construir ou manter perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou nele fazer ou manter plantações”⁶.

Também o código civil italiano, de 1942, recepcionou o instituto em seus Arts. 952 e seguintes⁷.

3. O DIREITO DE SUPERFÍCIE NO BRASIL

No Brasil, conforme a lição de BENASSE (2002, p. 35), foi “mantido em

vigor o instituto da superfície, até que em 1864, por força da Lei nº 1.257, de 24 de setembro, foi tacitamente revogada”.

Embora o instituto tivesse sido incluído no projeto de Clóvis Bevilacqua, não restou integrado à redação final do Código Civil de 1916. O legislador do referido diploma preferiu a enfiteuse, conforme se observa nos Arts. 676 a 694 do referido código.

Coube ao legislador de 1934 a primeira iniciativa, com a promulgação do denominado Código de Minas (Decreto nº 24.624), de destacou a propriedade do solo da do subsolo para fins de exploração de jazidas de minérios.

É, entretanto, no anteprojeto de Código Civil de 1963, da lavra de Orlando Gomes, que o instituto da superfície foi reintegrado, sendo, posteriormente, mantido pela Lei 10.406, de 10/01/2002.

Há autores, entretanto, como é o caso de Benasse, que vêm no estabelecimento do condomínio de unidades autônomas, trazido pela Lei nº 4.591/1964, como uma espécie de re-introdução do instituto, no Brasil.

Mais aceita, no entanto, é a tese sustentada pelo próprio BENASSE (2002, p. 16) e pela ilustre Maria Helena Diniz, de que a re-introdução do direito de superfície na legislação brasileira ocorreu com a promulgação do Decreto-Lei nº 271/ 1967.

Vieram, mais tarde, pela ordem, a denominada Lei do Parcelamento do solo urbano, Lei nº 6.766/79 e o cognominado Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001 que, verdadeiramente, regulamentou o direito de superfície em nosso país, conforme se observa nos Arts. 21 a 24, do citado diploma.

O novo Código Civil de 2002 (Lei 10.406, de 10/01/2002), por seu turno, além de elevar a superfície à categoria dos direitos reais (Art. 1.225, II) e regulamentar o instituto nos artigos 1.369 a 1.377, deixou de recepcionar a enfiteuse. Manteve, entretanto, as enfiteuses já existentes.

No dizer de VENOSA (2004, p. 425), o direito de superfície é mais amplo que a enfiteuse – permitindo melhor utilização da coisa: o proprietário do solo mantém a substância da coisa, pertencendo-lhe o solo, no qual pode ter interesse de exploração ou utilização do que dele for retirado.

⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, v.5.

⁶ Venosa, ob. cit. p. 425.

⁷ 952. Costituzione del diritto di superficie. – Il proprietario può costituire il diritto di fare e mantenere al disopra del suolo una costruzione a favore di altri, che ne acquista la proprietà. Del pari può alienare la proprietà della costruzione già esistente, separatamente dalla proprietà del suolo.

Ainda, segundo o mesmo autor (2004, p. 426), o direito de superfície é mais vantajoso que a enfiteuse, embora, em muitos aspectos, sejam semelhantes pois “permite a lei mais recente, da mesma forma, que o proprietário atribua a alguém a conservação de seu imóvel, por determinado prazo, mais ou menos longo, sem que o proprietário tenha o encargo de explorá-lo pessoalmente ou mantenha ali constante vigilância contra a cupidez de terceiros. Nesse sentido se aproxima muito da finalidade originária da enfiteuse.”

É direito real, por força do disposto no Art. 1.225 e imóvel, em face do Art. 80, ambos do novo Código Civil.

Diz o art. 1.369 do novo Código Civil, que o proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública registrada. Somente o solo, salvo se o subsolo for inerente à concessão.

Vê-se, portanto, que, diversamente do que ocorria com a enfiteuse, o novo Código Civil admite apenas e tão-somente a instituição da superfície por prazo determinado, quando tratar-se de relações entre particulares e determinado ou indeterminado para pessoas jurídicas de direito público.

Em alguns países o instituto é permitido de modo permanente. Neste caso é forçoso concluir que revoga o princípio *superficies solo cedit*.

Em Portugal, por exemplo, conforme a lição de FERNANDES (1997, p. 407)⁸ resulta da própria noção legal poder o direito de superfície assumir caráter temporário.

No Brasil, os efeitos da acessio são suspensos, até o termo final da superfície, quando se unificam as duas propriedades.

Característica marcante, em nosso direito, conforme ensina BENASSE (2002, p. 81) é o fato do proprietário do solo não poder se opor ao uso da superfície, pelo superficiário, para os fins em que foi contratado.

4. O DIREITO DE SUPERFÍCIE

No dizer de PEREIRA (2004, p. 243) é direito real sobre coisa alheia e se apresenta como um desdobramento da propriedade e, em função disso, o direito de superfície, tal como reinstituído em nosso Código, é merecedor de críticas do mesmo autor pois “extensão do direito de plantar é de todo inconveniente como gerador de litígios e conflitos”, já que, no código civil italiano, a propriedade superficiária se assenta na construção de uma obra.

Trata-se, portanto, de uma concessão, feita pelo proprietário a outrem, para que se utilize da sua propriedade, tanto para construir como para plantar.

Afirma VENOSA (2004, p. 426), entretanto, que o Código Civil Português estabelece tanto a possibilidade de construir ou plantar, como de manter a construção ou plantação já existente, possibilidade esta não mencionada em nosso Código Civil de 2002. Lembra o autor, no entanto, que, embora não mencionada expressamente no novo Código, esta última possibilidade vem implícita no novo Código, já que a questão social é a mesma. Cita, como exemplo, que a possibilidade de alguém que se propor a terminar construção inacabada (chamado pela doutrina lusitana de sobrelevação), não está distante de nosso direito. Basta lembrar, à guisa de exemplo, a quantidade de construtoras que, nos últimos anos, faliram ou abandonaram construções, deixando os compradores ao completo desamparo.

O Código Civil italiano, por seu turno, prevê as duas possibilidades, conforme se denota das disposições do Art. 952 supratranscrito.

O direito de superfície, tal qual definido no Art. 21 do denominado Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2002) abrange tanto o solo, como o subsolo e o espaço aéreo relativo ao terreno. Vale salientar, por oportuno, que, embora o novo Código Civil tenha omitido o subsolo e o espaço aéreo desse direito, já existe, no Projeto nº 6960/2002 em trâmite perante o Congresso Nacional, previsão no sentido de amparar o subsolo e o espaço aéreo dentro do instituto em exame.

Em decisão recente, a Terceira Turma do

⁸ FERNANDES, Luís A. Carvalho. **Lições de direitos reais**. 2. ed. Lisboa: Quid Juris? Sociedade Editora, 1997.

Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial nº 1233852, firmou entendimento no sentido de que o direito de propriedade do solo abrange o subsolo, porém o seu alcance é limitado a uma profundidade útil ao seu aproveitamento, impedindo, assim, o proprietário de se opor a atividades de terceiros em espaço sobre o qual ele não tem interesse legítimo.

Tratando-se de direito real limitado sobre coisa alheia, exige-se, para a sua constituição, a forma pública, ou seja, escritura, com registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Segundo VENOSA (2004, p. 427), o contrato quer dá origem ao direito de superfície gera efeitos pessoais entre as partes. A eficácia de direito real somente é obtida com o registro imobiliário.

Trata-se, como visto, de concessão temporária, portanto, de propriedade resolúvel pelo decurso de tempo, nos termos definidos no Art. 1.359 do novo Código Civil.

Sua transmissão faz-se *inter vivos* ou por sucessão hereditária, limitado, porém, o direito do adquirente, ao tempo de duração do direito do superficiário transmitente, visto tratar-se de concessão temporária.

Conforme a lição de VENOSA (2004, p. 427) o novo Código Civil, diferentemente do direito português, não faz menção expressa sobre a possibilidade de instituir a concessão por testamento, embora conceda ao testador o poder de impor ao legatário ou ao herdeiro a obrigação de constituir o direito de superfície em favor de alguém.

É, portanto, o direito onde o superficiário permanece, por tempo determinado, com a posse direta, cabendo ao proprietário a posse indireta, vedando-se a este a faculdade de turbar a posse daquele.

Em outras palavras, é o direito onde a propriedade do solo permanece com o proprietário, garantindo-se ao superficiário, por tempo determinado, ou indeterminado (este último de acordo com o previsto no Estatuto da Cidade), o direito de construir ou de plantar, mediante o pagamento de um cânon (*solarium*), quando a concessão for onerosa.

Denota-se, assim, outra característica do instituto, ou seja, a possibilidade de ser

gratuita ou onerosa a sua instituição, vedada, entretanto, a sua instituição perpétua.

Os tributos incidentes sobre o imóvel, ficam a cargo do superficiário, salvo disposição em contrário.

O inadimplemento, conforme a lição de PEREIRA (2004, p. 245) implica a resolução do direito de superfície, uma vez constituído em mora o superficiário.

Trata-se, como visto, de instituto que traz um forte apelo social. Reaparecendo nas legislações da Europa do pós-guerra, com a finalidade específica de possibilitar a necessidade iminente de reconstrução, ganhou destaque em países como o Brasil, especialmente como uma forma eficaz de solucionar problemas de escassez de moradia das classes menos favorecidas, eis que possibilita ao investidor construir no terreno e pagar através de parte da construção.

Extingue-se o direito de superfície, antes do termo final, nos termos do disposto no Art. 1.374 do novo Código Civil, se o destinatário der ao terreno destinação diversa daquela para a qual foi concedida.

É cediço o entendimento doutrinário de que, no caso de plantação, nada impede que o proprietário determine a qualidade da plantação. Portanto, a mudança dessa qualidade poderia dar ensejo à extinção do direito de superfície, uma vez que prevalece o princípio romano de que a planta ou a construção incorpora-se ao solo.

Para alguns autores, a relação do superficiário e o solo sobre o qual o edifício se assenta é a mesma que tem o proprietário do solo sobre este. O argumento contrário, entretanto, que nos parece mais acertado, é no sentido de que a superfície é uma propriedade limitada e resolúvel, destacada da propriedade do solo. Portanto, se puder ser removida, sem periclitamento, torna-se bem móvel, nos termos do Art. 81 do novo Código, enquanto a propriedade do solo fica restringida na sua condição de propriedade plena.

Deve-se salientar, por oportuno, que, por força do disposto nos Artigos 79 a 81 do novo Código, é perfeitamente possível a propriedade imobiliária destacada do solo. Portanto, como diz BENASSE (2002, p. 73) é um direito de superfície diverso daquele previsto em Roma, pois não leva à servidão.

Também é oportuno observar que nosso sistema não prevê o caráter perpétuo da superfície, apenas o prazo indeterminado.

Assim, extinta a concessão, nos termos do Art. 1.375, o proprietário passará a ter a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação.

Além do decurso do prazo, são apontadas como causas de resolução do direito de superfície: a) a não conclusão, pelo superficiário, da construção ou a plantação no prazo concedido; b) a inviabilidade da construção ou da plantação; c) quando houver confusão entre as pessoas do proprietário e superficiário; d) o não pagamento dos encargos, no caso de ser onerosa a concessão, e/ou dos impostos incidentes pelo superficiário, salvo disposição em contrário; e) em virtude de desapropriação (neste caso, cabe indenização proporcional ao superficiário (art. 1.376 do novo Código); e, f) por falta de pagamento das prestações periódicas (*solarium*), pelo superficiário, quando este for em prestações.

É importante notar, todavia, que este último aspecto é polêmico e controverso em nossa doutrina. Alguns entendem que a falta de pagamento não rescinde a superfície, visto não tratar-se de *locatio conductio rei* (arrendamento), nem de enfiteuse. Para estes, aliás, uma das principais diferenças, se não a principal, entre a enfiteuse e a superfície é exatamente a comisso. Sendo assim, não haveria a possibilidade de falar-se em extinção da superfície em virtude da falta de pagamento.

Para VENOSA (2004, p. 429), a falta de pagamento implica na possibilidade de ajuizar-se ação de cobrança, com a extinção da concessão, por infração contratual.

5. NATUREZA JURÍDICA

Segundo ensina PEREIRA (2004, p. 245), se já existe construção: o direito de superfície tem a natureza de servidão a favor do edifício a construir; se a construção será feita, configura-se sob a forma de concessão.

Há, entretanto, aqueles que, como BENASSE (2002, p. 75), discordam dessa

diferenciação sob a alegação de que mesmo que já exista a construção sobre o solo, esta pode ser destruída e reconstruída.

Para FERNANDES (1997, p. 402) é um direito potestativo dirigido à aquisição de um direito real - um direito real de aquisição.

Mais difícil e complexa é a caracterização da natureza jurídica do direito de superfície quando se trata de plantação. No direito romano era direito destacado da propriedade (subsolo e superfície).

No Brasil, conforme BENASSE (2002, p. 77) é um tido como um direito autônomo, imobiliário (por força do art. 80 do novo Código Civil), complexo, temporário e transmissível, podendo, entretanto, transformar-se em móvel se puder ser removida sem periclitamento, por força do Art. 81 do mesmo diploma. É, portanto, “mero direito real de uso da coisa imóvel por tempo determinado ou indeterminado, ou, ainda, mera cessão temporária de uso”.

Ainda, segundo este autor (2002, p. 77) “o direito superficiário já era existente em nosso ordenamento jurídico, quer pela criação do Código de Minas 1934, que destacou a propriedade do solo da do subsolo, quer pelo que estipula o Decreto-Lei 271/67, nos seus arts. 7º e 8º, que, inclusive o é somente no sentido de concessão de uso, por algumas doutrinas, mas que entendemos ser mais amplo, constituindo verdadeiro direito superficiário, direito real resolúvel, a ser concedido por prazo determinado ou indeterminado e, por fim, os arts. 21 a 24 da Lei nº 10.257/01, referendando o caráter de concessão”.

Da lição de BENASSE (2002, p. 85-94), retiramos alguns exemplos, sob certo aspecto, curiosos, de situações passíveis de instituição do direito de superfície, a saber:

a) são passíveis de instituição da superfície, os jardins, as hortas, os pomares, assim como os espaços para jogos e similares. Lembra o autor, que o Código Civil alemão prevê, em seu Art. 1.013, que o superficiário tem o direito de construir, como acessório útil da construção superficiária;

b) condutos, canalizações, ferrovias e estradas (concessão temporária). Cita, como exemplo, a privatização das estradas ocorrida recentemente no país, com prazo de 50 anos,

cujos pagamentos do preço das obras de manutenção é realizado através da cobrança de pedágios; e,

c) monumentos funerários, jazigos, bancos de igreja (muito comum nos países europeus, especialmente Itália e Alemanha), assim como os bancos de teatros, as cadeiras cativas nos estádios, exemplos trazidos por VENOSA (2004, p. 427), também são passíveis do direito de superfície.

Outro exemplo citado por BENASSE (2002, p. 89) de instituição de superfície sobre solo público (Art. 1.377 do novo Código Civil e Art. 7º do Decreto 271/67 é a construção de shopping center aéreo sobre a Rodovia dos Bandeirantes, na cidade de Vinhedo, SP.

6. AÇÕES

Sendo direito real, o direito de superfície comporta, para a sua proteção, as ações: a) possessórias (manutenção e reintegração);

b) petitórias (reivindicatórias, negatórias e confessórias (declaratórias); e,

c) cautelares (nunciação de obra nova, busca e apreensão, interditos, embargos de terceiros etc).

7. ASPECTOS POLÊMICOS

Para BENASSE (2002, p. 75) é cabível também a ação de usucapião do concessionário contra o concedente, quando este não cobrar o solário pelo prazo de 20 anos. Sustenta, ainda este autor, que o direito de superfície pode ser adquirido por usucapião.

Para VENOSA, entretanto (2004, p. 427), o Código Civil não faz referência nesse sentido, já que poderia dar margem a infundáveis confusões. Lembra este autor que disposição dessa ordem, contida no direito português tem sido muito criticada.

Para DINIZ (2004, p. 436)⁹ não é possível a instituição do direito de superfície, nem por usucapião, nem por via testamentária.

⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 19.ed. São Paulo:Saraiva, 2002, v. 4.

Para esta autora, o direito de superfície é mero direito de fruição sobre coisa alheia. Portanto, quem alegar usucapião irá pleitear a aquisição da propriedade e não da superfície, daí a sua vedação.

Embora em número reduzidíssimo, existem ainda aqueles que sustentam a revogação tácita dos Artigos 21 a 24 da Lei nº 10.257/2001 pelo novo Código Civil.

Parece, entretanto, existir razão àqueles que, como DINIZ (2004, p. 438), sustentam não ter existido tal revogação, ainda que, em alguns aspectos existam divergências entre as normas. Para a festejada professora, a manutenção do Estatuto da Cidade está no fato do mesmo ser um instrumento de política de desenvolvimento urbano, conforme o Enunciado 93, do STJ, aprovado na Jornada de Direito Civil.

Comunga com a opinião o professor Sílvio Venosa (2004, p. 428), sustentando que, por ser um microsistema, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) continua em vigor. Assevera, entretanto, que a matéria é “polêmica e longe está da unanimidade. O desleixado legislador, para dizer o mínimo, poderia ter dado diretriz única e não o fez”.

Como parte dessa diretriz única são apontados, pela doutrina, o prazo (que também pode ser indeterminado no Estatuto), além da extensão para o subsolo e espaço aéreo amparado por este último.

Tendo em vista que o novo Código admite apenas o prazo determinado, sustenta o professor VENOSA (2004, p. 428) que, quando o direito de superfície for concedido por prazo indeterminado, devem as partes se acautelarem prevendo um prazo razoável para a denúncia vazia, pois, em não o fazendo, a matéria fatalmente será decidida pelo Judiciário, por força do disposto no Art. 473, parágrafo único, do novo Código Civil.

Também polêmica resta, ainda, a matéria relativa ao pagamento dos tributos incidentes sobre o imóvel objeto do direito superficiário, por força do estatuído nas normas do Art. 1.371 do novo Código e do Art. 21, parágrafo 3º do Estatuto.

Com relação à extensão do subsolo que será objeto da concessão, pairam, ainda, algumas dúvidas sobre a possibilidade ampla de sua utilização, como, por exemplo, quando

se tratar da instituição de direito de superfície para a construção de grandes edifícios: a construção, no subsolo, de vários andares de garagens, seria inerente à concessão? Embora, à primeira vista, pareça afirmativa a resposta, é provável que, no futuro, tenhamos controvérsias a respeito.

Outra questão, tão ou mais polêmica que a anterior, é saber, com base na legislação ora em vigor, se uma obra superficiária no solo admite outra no subsolo e se, nesta hipótese, teríamos a existência de duas propriedades superficiárias. BENASSE (2002, p. 82) responde afirmativamente ambas as questões, lembrando que o Código Civil português admite tal possibilidade no Art. 1.533.

O entendimento predominante a respeito é que a profundidade do subsolo superficiário é igual à profundidade do alicerce ou das raízes. A partir daí é possível estabelecer outro direito superficiário.

Quanto ao subsolo, não se pode olvidar que, segundo o Art. 176 da CF, redação que lhe deu a Emenda nº 6, quando existirem riquezas minerais ou fósseis, o subsolo é de propriedade da União e, se explorada, assegura renda em favor do proprietário do solo.

O Art. 1.529, parágrafo único do novo Código veda a obra no subsolo, salvo se inerente ao objeto da concessão.

A Lei 10.257/2001, em seu Art. 21, parágrafo 1º, entretanto, permite a utilização, pelo superficiário, do solo, do subsolo e do espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística.

O direito italiano também admite a concessão superficiária do subsolo, nos termos do Art. 955 do Código Civil, dispõe que “le disposizioni precedenti si applicano anche nel caso cui è concesso il diritto di fare e mantenere costruzioni al disotto del suolo altrui”.

Também o direito português admite o direito superficiário do subsolo, por força do disposto no Art. 1.525 do Código Civil português. Segundo FERNANDES (1997, p. 404), em virtude da regra do nº 1 do art. 1525º este é, primariamente, a parte do solo necessária à construção ou implantação. Contudo, o Código Civil permite a incidência do direito de superfície sobre parte do solo não

necessário para os aludidos efeitos, desde que ele tenha utilidade para o uso da obra.

Também é polêmica, segundo VENOSA (2004, p. 428) a vedação contida no Art. 1.372 do novo Código sobre a estipulação, pelo proprietário, de qualquer pagamento pela transferência. O Estatuto não reza a respeito.

Outro aspecto polêmico do instituto e de difícil solução, segundo a lição de PEREIRA (2004, p. 245) é o direito de preferência garantido ao superficiário, no caso de alienação, estabelecido pelo Art. 1.373 do novo Código, em virtude de:

- a) criar restrição ao direito do superficiário, impondo-lhe restrição;
- b) criar um poder maior ao que, por natureza é acessório;
- c) possibilitar ao imóvel possuir maior dimensão do que a área objeto do direito de superfície

8. CONCLUSÃO

Em conclusão é possível afirmar que o instituto, tal qual foi alinhavado no novo Código Civil, representa alguns avanços, mas não deixa de se configurar em retrocesso.

Como aspecto positivo do instituto, podendo, portanto, ser tratado como avanço estão:

- a) a revoga da enfiteuse, tida como instituto ultrapassado nas modernas legislações ocidentais;
- b) veda a perpetuidade do direito, em que pese manter o prazo indeterminado, nos termos do Estatuto;
- c) auxilia a solução, ou pelo menos traz novo alento e possibilidade às questões sociais, especialmente as relacionadas às moradias populares; e,
- d) facilita a organização de grandes empreendimentos imobiliários, como são exemplos os shoppings centers, os hotéis, parques, estacionamentos e outros dessa natureza.

O principal aspecto que pode ser apontado como retrocesso está no fato de que, embora o novo Código Civil fale em prazo para a concessão da superfície, não estipula

qual é esse prazo, o que pode levar e de fato
leva a confusão

REFERÊNCIAS

- BENASSE, Paulo Roberto. **Direito de superfície e o novo código civil**. Campinas: Bookseller, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 19.ed. São Paulo:Saraiva, 2002, v. 4.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho. **Lições de direitos reais**. 2. ed. Lisboa: Quid Juris? Sociedade Editora, 1997.
- LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história**. São Paulo: Max Limonad. 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direitos reais**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004, v. 4.
- PICAZO, Luis Díez e GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil: derecho de cosas y derecho inmobiliario registral**. Madrid: Editorial Tecnos, 1994, v. 3.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, v.5.