

Série: Qual a natureza jurídica do direito real de laje?

Qual a natureza jurídica do direito real de superfície?

Danilo Sanchez Pacheco

Doutorando em Direito Civil e Bacharel em Direito pela USP. Mestre em Direito Civil pela PUCSP.

Rafael Gil Cimino

Bacharel em Direito pela USP. Mestre em Direito pela EPD. 3º Tabelião de Notas e Protesto de São Vicente/SP.

Victor Hugo Cunha Silva

Bacharel em Direito pela USP. Mestrando em Direito pela FMU.

Breve introdução e justificativa de estudo

Como já ressaltado em nossas últimas publicações, são diversos os autores que entendem ser o direito de laje um direito real sobre coisa própria, assim como o são os autores que entendem ser o direito de laje um direito real sobre coisa alheia.

Dentre estes últimos, alguns entendem ser o direito de laje uma modalidade de superfície (por sobreelevação), enquanto outros entendem ser uma nova modalidade de direito real.

Nesse contexto, isto é, em razão da existência de corrente doutrinária que defende ser o direito de laje, simplesmente, uma forma de direito de superfície (por sobreelevação), revela-se impositivo o estudo específico da natureza jurídica do direito de superfície e, além disso, da natureza jurídica e do regime jurídico do direito de sobreelevação.

Conceito e natureza jurídica do direito real de superfície

Em linhas gerais¹, o direito de superfície é o direito real autônomo de fazer e manter construção ou plantação sobre ou sob solo alheio.²

¹ Como ressalva Federico Puig Peña, “realmente resulta difícil dar un concepto exacto del derecho de

Trata-se de instituto muito discutido, tendo-se construído, ao longo do tempo, diversas teorias explicativas de sua configuração e estrutura. Como afirma Federico Puig Peña, das principais teorias sustentadas ao longo do decorrer histórico, destacam-se: 1º) uma primeira doutrina, fundada especialmente em raízes romanas, que considera o direito de superfície como um direito real sobre coisa alheia (e, dentro dessa visão, incluem-se posições diferentes, como autores que entendem ser a superfície uma espécie de servidão, uma espécie de enfiteuse ou uma espécie de usufruto); 2º) uma segunda doutrina, que mantém a teoria do domínio dividido para explicar o fenômeno superficiário; 3º) uma terceira doutrina, majoritariamente mais aceita na atualidade, que mantém um ponto de vista integral no sentido de entender que a superfície constitui um direito real sobre o solo e ao mesmo tempo uma propriedade superficiária separada.³

A seguir, abordaremos apenas as teorias do desmembramento e a teoria dualista, pois são pouquíssimos os autores que atualmente concebem o direito de superfície como uma servidão, uma enfiteuse ou um usufruto.⁴ Esta visão está, hoje, tão distante que não cabe no objeto deste estudo, pois os autores mais recentes tentam explicar o direito de superfície ou pela teoria do desmembramento ou pela teoria dualista.

Contudo, deve-se observar que tanto os autores adeptos da *teoria do desmembramento* como parte dos autores adeptos da *teoria dualista* entendem ser o direito sobre o implante uma forma de direito de propriedade. Ou seja, autores adeptos de teorias distintas, com especificações, delimitações e fundamentos distintos, concluem, de uma forma mais geral, que o direito sobre o implante consiste em um direito de propriedade.

A rigor, a teoria do desmembramento e a teoria dualista, a depender da opinião adotada relativa à natureza do direito que recai sobre o implante nesta última, se

superficie aplicable a todas las épocas y lugares, por cuanto el mismo cambia mucho de naturaleza y condición, según sea la opinión que se tenga de él. Pero quizá y como término de una larga evolución pudiera entenderse, con cierto carácter de generalidad, por derecho de superficie aquel de naturaleza real por cuya virtud una persona (concedente) otorga a otra (superficionario) el derecho de las que deviene titular el que las hace bajo ciertas y determinadas condiciones.” (PEÑA, Federico Puig. *Tratado de Derecho Civil Español*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1972, t. III, v. I, p. 586).

²Em sentido próximo: “La superficie è il diritto di fare i mantenere una costruzione sul suolo o nel sottosuolo altrui.” (BIANCA, A. Massimo. *Diritto civile: La proprietà*. Milão: Guiffré, 1999, v. 6, p. 541); “El derecho real de superficie es el poder de tener edificación (o plantación) en terreno ajeno, o bien el de levantar y mantener aquélla en éste.” (ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. 4 ed. Barcelona: Bosch, 1975, v. III, p. 207).

³ PEÑA, Federico Puig. *Tratado de Derecho Civil Español*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1972, t. III, v. I, p. 586.

⁴ V. PEÑA, Federico Puig. *Tratado de Derecho Civil Español*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1972, t. III, v. I, p. 586-587.

aproximam. Quando se entende, pela teoria dualista, que o direito sobre o implante consiste em um direito de propriedade, a aproximação com a concepção da teoria do desmembramento é considerável. Por outro lado, quando se entende, pela teoria dualista, que direito sobre o implante consiste em direito sobre coisa alheia, aí fica evidente a distinção entre a teoria dualista e a teoria do desmembramento.

Por essa razão, abordaremos o tema a partir da teoria dualista, que, de certa forma, engloba a teoria do desmembramento, estudando-se a natureza dos direitos reais de implantar e sobre o implante.⁵

Teoria dualista

A teoria dualista enxerga integralmente o fenômeno do direito de superfície, consistente, a rigor, em duas atividades distintas: *fazer* e *manter*.

Como observar Manuel Albaladejo, estes “son los dos aspectos que – como dijimos – puede presentar el derecho de superficie: poder de tener una edificación en terreno ajeno, o poder de levantar y mantener aquella en éste.”⁶

Com efeito, não se mostra adequado aglutinar o direito de fazer o implante com o direito incidente sobre este, dando a falsa impressão de que são direitos reais idênticos ou inseparáveis. De fato, “apesar do mesmo manancial legal, são situações diversas, que, inclusive, detém cadências distintas, pois poderá o superficiário estar dispensado de introduzir a acessão nos casos de direitos de superfície por cisão, incidindo o seu direito real diretamente sobre implante já constante do solo.”⁷

⁵ Assim também procedeu metodologicamente Rodrigo Mazzei em: MAZZEI, Rodrigo. *Direito de superfície*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 219-244.

⁶ ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. 4 ed. Barcelona: Bosch, 1975, v. III, p. 208.

⁷ MAZZEI, Rodrigo. *Direito de superfície*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 228. C. A. Mota Pinto leciona “estarem abrangidas nesta figura duas situações de tipo diferente”: “tanto é direito de superficie o direito de construir, efetuar a construção, como o direito sobre a construção existente em terreno alheio.” (FRAGA, Álvaro Moreira Carlos. *Direitos reais: segundo as preleções do Prof. Doutor C. A. da Mota Pinto*. Coimbra: Livraria Almedina, 1975, p. 290). Bem por isso, A. Santos Justo aponta que Oliveira Ascensão conclui ser o direito de superfície um “direito real composto”: “Quanto à situação do superficiário, é composta por dois direitos reais: o direito de implantar a coisa em terreno alheio (direito de implante) e o direito de propriedade, quando a coisa estiver implantada. Verifica [Oliveira Ascensão] que nenhum destes direitos é constante: ‘há casos em que o superficiário não tem o direito de implante, e há casos em que o superficiário não tem em concreto o direito de propriedade.’ Porém, como ‘o elemento fulcral nestas situações não está nos direitos parcelares, que tanto podem surgir como desaparecer, mas sim no direito de conjunto em que todos se integram’, e verificando que ‘esse direito de conjunto é sempre idêntico, para além da variação dos seus elementos’, Oliveira Ascensão conclui que o direito de

Das duas atividades que marcam o direito de superfície, surgem paralelamente duas modalidades em que este direito pode se configurar: simples (superfície “por cisão”) ou complexa.

Na modalidade simples, por cisão, o direito de superfície abarca tão somente o direito de *manter* construção ou plantação sobre ou sob solo alheio. O superficiário tem direito apenas *sobre o implante*.

Na modalidade complexa, o direito de superfície abarca o direito de *fazer* e de *manter* construção ou plantação sobre ou sob solo alheio. Assim, o superficiário tem *direito de implantar (ad plantandum e/ou ad edificandum)* e *direito sobre o implante*.

Caso o direito de superfície seja temporário (como sempre o será, no direito brasileiro), o direito sobre o implante, findo o prazo convencionado, cessará, ocorrendo a absorção em favor do proprietário do imóvel da totalidade de implantes e benfeitorias que tenham sido introduzidos ou apenas mantidos pelo superficiário no período.

Assim, de uma forma geral, três momentos⁸ são *possíveis* na relação dinâmica do direito de superfície: (1) direito real de implante, isto é, o direito real de construir ou plantar em solo alheio; (2) direito real sobre o implante, isto é, o direito real sobre o implante que foi introduzido no imóvel por ele próprio (superfície complexa) ou, em outra situação (superfície por cisão), os que já existiam antes mesmo da concessão; e (3) reversão, isto é, a extinção do direito sobre o implante por parte do superficiário com a volta da totalidade do imóvel, implantes e benfeitorias às mãos do proprietário.⁹

Por abranger, sob um conceito único, dois direitos essencialmente distintos, o estudo adequado da natureza jurídica do direito de superfície deve analisar a natureza jurídica do direito real de implante e a natureza jurídica do direito real sobre o implante de forma separada.

superfície é um ‘direito real composto’.” (JUSTO, A. Santos. *Direitos reais*. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 393).

⁸ Vale mencionar que há autores que identificam apenas dois momentos essenciais no direito de superfície: período *ad aedificandum* e fase *ab aedificato* (v. CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*. 12. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1988, v. III, p. 429; ANDRADE, Margarida Costa. Observações ao regime jurídico do direito de superfície e dúvidas que daí resultaram. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 71, p. 93-138, jul.-dez., 2011, p. 99).

⁹ Nesse sentido: MAZZEI, Rodrigo. *Direito de superfície*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 227; LIRA, Pereira Ricardo. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 56.

Natureza jurídica do direito real de implantar

O direito real de implantar é o direito real de construir ou plantar em solo alheio, não havendo divergências consideráveis a respeito desse entendimento.

Trata-se de concessão “*ad plantandum*” (direito de plantar) ou “*ad aedificandum*” (direito de edificar), um direito real autônomo *in re aliena*.¹⁰

Segundo Francesco Messineo, deixando de lado qualquer solução que queira reduzir a figura em questão a um tipo tradicional de direito real, surge na concessão um *direito real autônomo*: isto é, um tipo em si mesmo de direito real de gozo sobre coisa alheia – o direito real de construir sobre o solo alheio.

O princípio de *numerus clausus* em matéria de direito real, diz o autor italiano, não impede o entendimento da autonomia do direito criado por quanto tal princípio vale para o intérprete, mas não para o legislador, que bem pode criar a peculiar figura em exame, de modo que este novo direito real, que é a superfície, deve ser colocado ao lado das demais figuras tradicionais do direito real sobre coisa alheia.¹¹

Natureza jurídica do direito real incidente sobre o implante

A natureza jurídica do direito real incidente sobre o implante, por sua vez, é objeto de intensa divergência doutrinária.

As opiniões sobre o tema podem ser classificadas em duas: 1) o direito real incidente sobre o implante como forma de direito de propriedade (*ius in re propria*); 2) o direito real sobre o implante como direito real sobre coisa alheia, autônomo, próximo à propriedade (*ius in re aliena*).

¹⁰ Nesse sentido: FRAGA, Álvaro Moreira Carlos. *Direitos reais: segundo as preleções do Prof. Doutor C. A. da Mota Pinto*. Coimbra: Livraria Almedina, 1975, p. 291; MAZZEI, Rodrigo. *Direito de superfície*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 229.

¹¹ MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. 9. ed. Milano: Giuffrè, 1959, v. 3, p. 537. Destacando que o direito real em questão não se amolda às classificações ordinárias utilizadas aos direitos reais limitados: MAZZEI, Rodrigo. *Direito de superfície*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 230-231.

Forma de direito de propriedade

É majoritário, contudo, o enquadramento do direito real sobre o implante como forma de direito de propriedade.

Uma ressalva, porém, merece ser feita. Embora estes autores entendam que o direito real sobre o implante configura forma de direito de propriedade, é certo que parte deles concebe o direito de superfície, compreendido em sua integralidade (isto é, tanto o direito de implantar como o direito sobre o implante), como um direito real sobre coisa alheia.

No direito brasileiro, a partir dos regramentos estabelecidos pelo Código Civil de 2002 e pelo Estatuto da Cidade, pode-se dizer que a doutrina majoritária concebe o direito do superficiário sobre o implante como um direito de propriedade.¹²

¹² “A propriedade separada superficiária, gerada pela realização de construção ou plantação, bem como decorrente de cisão, é propriedade imobiliária, sujeito aos princípios reguladores desta, atendidas as peculiaridades da relação superficiária (...).” (LIRA, Pereira Ricardo. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 60); “Trata-se de um direito real, constituindo-se por meio de escritura pública, e registrando-se no cartório do Registro de Imóveis. É, ainda, um direito de propriedade, posto que o adquirente, ou superficiário, torna-se titular da superfície, com a prerrogativa de dispor, ou de transmissão, além dos direitos de fruição, posse, proveito e defesa. A propriedade, entremes, vai até o nível onde alcançam as fundações do edifício e as raízes das plantas. Abaixo desses limites o domínio é reservado ao proprietário do solo.” (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 864); “A superfície pode ser definida como o direito real de coisa própria incorporada em terreno alheio. O aspecto mais relevante deste instituto reside na separação entre o domínio do construído ou plantado e o solo em que se efetua. O primeiro corresponde ao titular da superfície, denominado superficiário, e o segundo o concedente da mesma (proprietário do imóvel).” (LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Direitos reais: à luz do Código Civil e do direito registral*. São Paulo: Método, 2004, p. 272); “É assim que concebemos o direito de superfície de modo a ser adotado no Brasil: direito real de construir ou plantar em terreno alheio, por prazo determinado; e propriedade da construção ou da plantação pertencente, em caráter resolúvel, ao superficiário (propriedade superficiária), distinta da propriedade do solo.” (TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *O direito real de superfície*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 57); “Conhecido o perfil do direito de superfície é possível dizer que ele é direito real que assegura ao superficiário ter coisa própria incorporada em terreno alheio, ou seja, do fundo.” (VIANA, Marco Aurelio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil, volume XVI: dos direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 658). V., também: CHALHUB, Melhim Namens. *Direitos Reais*. 2. Ed. São Paulo: Forense, 2014, p. 164 e ss., em que o autor trata do direito de superfície como uma das formas de “propriedades especiais”; BENACCHIO, Marcelo. *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. NANNI, Giovanni Ettore (org.). São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1.747; MATTOS, Bruno Magalhães de. A subsistência do direito de superfície no Estatuto da Cidade. *Revista dos Tribunais do Rio de Janeiro*, v. 3, p. 147-170, jan.-fev., 2014, p. 152-153; SIMÕES FILHO, Celso Luiz. O direito real de superfície no direito brasileiro. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 78, p. 171-223, jan.-jun., 2015, p. 180; HORBACH, Carlos Bastide. O direito de superfície sobre propriedade urbana. *Revista de Direito Privado*, v. 40, p. 110-148, out.-dez., 2009, p. 123; FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direitos Reais*. 17. Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 672 e ss.

No direito francês, o Code Civil não regula expressamente o direito de superfície. Não obstante, a doutrina francesa entende que o superficiário tem sobre o implante verdadeiro direito de propriedade.¹³

No direito espanhol, também o Código Civil não disciplina expressamente o direito de superfície. Contudo, a matéria é regulada pela Ley del Régimen del Suelo y Ordenamiento Urbana, da qual a doutrina espanhola concebe o direito sobre o implante como um direito de propriedade.¹⁴

No direito italiano, o direito de superfície é tratado atualmente nos artigos 952 e seguintes do Codice Civile de 1942. O diploma é claro quanto à adoção da teoria da propriedade separada: “Art. 952. Costituzione del diritto di superficie. Il proprietario può costituire il diritto di fare e mantenere al di sopra del suolo una costruzione a favore di altri *che ne acquista la proprietà* (934, 1350, 2643). *Del pari può alienare la proprietà della costruzione già esistente, separatamente dalla proprietà del suolo.*”¹⁵ A doutrina italiana, acompanhando naturalmente a posição do Codice, mostra-se uníssona quanto a concepção do direito sobre o implante como propriedade separada.¹⁶

¹³ “Il superficiario non há um semplice diritto di usufruto, mas um diritto di proprietà; per conseguenza questo diritto é perpetuo per sua natura, e a diferença delle servitù, non si estingue per non uso.” (BAUDRY-LACANTINERIE, G.; WAHL, Alberto. *Trattato teorico-pratico di Diritto Civile*. Milão: s/d, p. 245); “Desdoblamiento de la propiedad del suelo y de la propiedad del dominio aéreo. – Derecho de superficie. – Ocurre que el propietario de un fundo concede a otra persona la propiedad de las construcciones o plantaciones efectuadas en el suelo; se ve aparecer en tal caso una propiedad de las superficies distinta de la propiedad del suelo; el superficiario es titular de un derecho de propiedad regulado por el derecho común.” (JOSSERAND, Louis. *Derecho civil: la propiedad y los otros derechos reales y principales*. Tradução de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, p. 358 e ss). V., também, PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité Pratique de Droit Civil Français*. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudencia, 1926, t. 3, p. 314-315; CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*. Paris: Presses Universitaires de France, 1956, v. 3, p. 306 e ss.

¹⁴ “Normalmente el dueño del suelo lo es también de lo que está edificado o plantado en el mismo (...). En los términos que a continuación veremos, cabe que sean dos, cada una bajo un derecho de propiedad distinto, perteneciente a dueño diferente.” (ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. 4 ed. Barcelona: Bosch, 1975, v. III, p. 207); “El derecho de superficie, em su variedad urbana, es el derecho real que confiere a su titular el poder de edificar en suelo ajeno, haciendo suya la propiedad do construido. (...) En su variedad rural, el derecho de superficie permite a su titular plantar o sembrar, teniendo la propiedad de lo plantado o sembrado. La especialidad más característica del derecho real que estudiamos reside en esa separación entre el dominio de lo construido o plantado o sembrado y el suelo em que se efectúa.” (DIEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. *Sistema de derecho civil: derecho de cosas*. Madrid: Editorial Tecnos, 1978, v. III, p. 422). V., também: PEÑA, Federico Puig. *Tratado de Derecho Civil Español*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1972, t. III, v. I, p. 588.

¹⁵ Grifou-se.

¹⁶ “La conclusione per ora è che quando il proprietario constituisce sul proprio fondo il diritto di fare e mantenere al disopra del suolo una costruzione a favore di altri che ne acquista la proprietà non solo permette la formazione – che può essere non originaria – di un diritto di proprietà altrui, ma soprattutto costituisce subito un nuovo rapporto giuridico tra il superficiario e il proprio fondo.” (BARASSI, Lodovico. *Proprietà e Comproprietà*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951, p. 613); “Poiché l’atto di concessione attribuisce, oltre al diritto di fare la costruzione, anche il diritto di mantere la medesima, dall’esercizio del primo diritto sorge direttamente il secondo diritto, che è la proprietà superficiaria della

Na mesma linha do direito positivo italiano, o direito peruano, no artigo 1.030 do Código Civil, estabelece expressamente o regime da propriedade separada: “Superficie: Noción y plazo Artículo 1030º. - Puede constituirse el derecho de superficie por el cual el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en *propiedad separada* sobre o bajo la superficie del suelo. Este derecho no puede durar más de noventinueve años. A su vencimiento, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor, salvo pacto distinto.”

No direito argentino, na mesma linha do direito italiano e peruano, o recente Código Civil de 2014 estabelece expressamente o regime da propriedade separada: “Artículo 2115. Modalidades. El superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido. También puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad. *En ambas modalidades, el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo.*”

No direito português, o Código Civil português de 1966 trata do direito de superfície a partir do artigo 1524º. A partir deste regramento legal, a doutrina portuguesa que se pode dizer majoritária entende ser o direito sobre o implante um direito de propriedade.¹⁷

eseguita costruzione. Il diritto di fare la costruzione è un diritto reale dal contenuto tipicamente limitato, il suo titolare avendo il solo potere di costruire sul suolo del proprietario concedente; il diritto di mantenere la costruzione comprende, invece, tutti i poteri, sulla eseguita costruzione, che formano il contenuto della proprietà, salva la limitazione dell'oggetto, corrispondente alla esclusione del suolo, che continua ad appartenere al concorrente.” (CUPIS, Adriano de. *Instituzioni di Diritto Privato*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1980, p. 235); “La superficie consiste in un diritto temporaneo (...), o perpetuo, su una cosa immobile (costruzione) che appartiene a un proprietario, diverso dal proprietario del suolo, sul quale quella cosa è costruita; è un caso di proprietà immobiliare, con oggetto del tutto singolare; è un diritto a sé stante e diverso dall'ordinaria proprietà immobiliare. (...) La superficie, come espressione di un diritto a sé stante (cioè, distinto da quello di proprietà del suolo), è fondata sulla possibilità (...) della divisione della proprietà immobiliare – oltre che per piani verticali, come è ammesso in ogni ordinamento giuridico – anche per piani orizzontali. (...) La superficie è, dunque, una forma di proprietà immobiliare, che si distingue dall'ordinaria proprietà, per il suo oggetto; la si chiama, perciò, proprietà superficiaria. Mentre, oggetto di quella prima è una cosa, che appartiene al proprietario, in tutta la sua estensione verticale (nel senso dell'altezza e della profondità) – oggetto della proprietà superficiaria è una cosa immobile, considerata soltanto, in quanto emerge dal suolo (...).” (MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. 9. ed. Milano: Giuffrè, v. 3, 1959, p. 532-534). V., também: GALGANO, Francesco. *Diritto Privato*. 15. ed., rev. e ampl. Milão: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2010, p. 164.; TRABUCCHI, Alberto. *Instituzioni di Diritto Civile*. 44. ed. Padova: CEDAM, 2009, p. 602-603; TRIMARCHI, Pietro. *Instituzioni di Diritto Privato*. 9. ed. Milão: Giuffrè Editore, 1991, p. 571-572; ZATTI, Paolo; COLUSSI, Vittorio. *Lineamenti di Diritto Privato*. 2. Ed. Padova: CEDAM, 1989, p. 217.

¹⁷ “Para caracterizar com o devido rigor a posição complexa do superficiário, há que distinguir a dupla face em que se desdobra o direito de superfície. Por um lado, o superficiário é, ou virá a ser, proprietário da obra ou plantaçāo. É de um verdadeiro direito de propriedade, sujeito à respectiva disciplina, que se

Nesse quadro, duas constatações merecem ser feitas a respeito da tese que concebe o direito sobre o implante como direito de propriedade.

Em primeiro lugar, percebe-se, a partir dos textos legais e doutrinários acima, a variabilidade da regulamentação do direito de superfície nos ordenamentos estrangeiros.

Além disso, observa-se dos textos doutrinários analisados rasa ou nenhuma justificativa para o entendimento adotado (direito sobre implante como direito de propriedade). Exemplo desta afirmação é a primorosa tese de Ricardo Pereira Lira sobre o direito de superfície, quem nenhum momento justifica o porquê da adoção da tese do direito sobre o implante como direito de propriedade.

Essas duas constatações trazem embaraços para um estudo pormenorizado e sistemático dos argumentos a favor do direito real sobre o implante como forma de direito de propriedade.

Não obstante, destacam-se, neste quesito, as lições de Armando Triunfante, que enumera sete argumentos que formam sua opinião, todas fundadas no direito positivo português.¹⁸

Dentre os argumentos, reputamos três deles como recepcionáveis à luz das peculiaridades do direito positivo brasileiro.

O primeiro argumento consiste na identidade das formas de transmissão da propriedade do solo e da propriedade superficiária. No direito brasileiro, o artigo 1.373 do Código Civil de 2002 estabelece, diferentemente do Código português, o direito de preferência tanto para o proprietário como para o superficiário. Assim, as formas de transmissão são idênticas, não havendo nenhuma diferença entre elas.

O segundo argumento consiste no fato de o direito de superfície ser um direito necessariamente temporário no ordenamento brasileiro não deslustra a conformidade da

trata (...)." (LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. 2 ed., rev. e ampl. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, v. III, p. 587-588); Uma vez a obra implantada, surgem novos direitos reais, atingindo-se então o máximo de complexidade na situação concreta: 4) A propriedade do implante, que cabe ao superficiário. Menezes Cordeiro nega que este direito seja de propriedade, por não ser um direito exclusivo e pleno. A noção de propriedade especial, que atrás demos, abrange, porém, com facilidade a propriedade superficiária." (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Reais*. 5. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 532). V., também: VIEIRA, José Alberto. *Direitos reais*. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2020, p. 767-768; FRAGA, Álvaro Moreira Carlos. *Direitos reais: segundo as preleções do Prof. Doutor C. A. da Mota Pinto*. Coimbra: Livraria Almedina, 1975, p. 289-293; TRIUNFANTE, Armando. *Lições de Direitos Reais*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 283 e ss.

¹⁸ V. TRIUNFANTE, Armando. *Lições de Direitos Reais*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 284-286.

superfície com a propriedade, uma vez que esta própria pode assumir a característica da temporariedade.

O terceiro e último argumento que é recepcionável no direito brasileiro consiste na ausência de previsão da hipótese de não uso da coisa como hipótese de extinção do direito real de superfície mais o aproxima do direito de propriedade do que dos direitos reais limitados (usufruto, servidão, uso e habitação), que se extinguem pelo não uso.

Direito real sobre coisa alheia

Por sua vez, o enquadramento do direito real sobre o implante como direito real sobre coisa alheia é feito por uma doutrina que se pode qualificar de minoritária.

No direito brasileiro, embora grande parte dos autores conceba o direito de superfície em sua integralidade (direito de implantar e direito sobre o implante) como um direito real sobre coisa alheia, apenas uma parte que se pode dizer minoritária entende ser o *direito sobre o implante* uma espécie autônoma de direito real sobre coisa alheia.¹⁹

¹⁹ “Não obstante se tratar de direito real sobre coisa alheia, pelas suas características especiais, confere-se amplíssima órbita de poderes ao superficiário sobre o implante, ao ponto de se permitir a transferência do direito de superfície e de criar ambiente para que o direito real possa até conduzir à aquisição do imóvel por parte do concessionário.” (MAZZEI, Rodrigo. *Direito de superfície*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 253); “Segundo o disposto no art. 1.369, o direito de superfície caracteriza-se como um direito real sobre coisa alheia, e se apresenta como um desdobramento da propriedade.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. 27. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 221); “Superfície, para o direito das coisas, é o direito real de construir ou plantar em imóvel alheio, durante determinado tempo, assumindo o superficiário a posse própria e podendo usá-lo e fruí-lo livremente.” (LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Coisas*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 285); O direito de superfície é um direito real sobre coisa alheia, distinto e separado da propriedade imobiliária (...). Seu conteúdo consiste na faculdade de uso, no poder de fruição, no poder de disposição e na pretensão de sequela, orientados preferencialmente à estrutura do solo fundiário (...), embora possa ser prevista, conforme a modalidade de superfície ou o contrato de constituição, a utilização ampla do subsolo e espaço aéreo.” (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 405); “É direito real sobre coisa alheia e não modalidade de propriedade resolúvel, pois a propriedade da construção ou plantação é temporária e grava terreno alheio, consolidando-se, no final, nas mãos do dono do solo. É autônomo, pois tem características próprias, que o distinguem de outros direitos reais e pessoais.” (LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 14. Ed. In: Cezar Peluso (Coord.). Barueri: Manole, 2020, p. 1.426); “Trata-se de um direito real extenso, mas não se trata de ‘um outro direito de propriedade’, que se teria desdobrado do precedente direito de propriedade.” (ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Comentários ao Código Civil brasileiro, volume XI, tomo I: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil*. In: ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza; CLÁPIS, Alexandre Laizo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 318).

Dentre os argumentos favoráveis a esta tese, José Manoel de Arruda Alvim Netto sublinha que o artigo 1.369 do Código Civil de 2002 refere-se a que “o proprietário pode conceder o direito de construir ou plantar em seu terreno”; ainda, que o artigo 1.373 fala em “alienação do imóvel ou do direito de superfície, o que evidencia – até mesmo linguisticamente – que há convivência de propriedade e o direito real; no art. 1.374, fala-se em superficiário.” E, por fim, diz que “no art. 1.225, I e II, elencam-se separadamente, a propriedade e o direito de superfície, o que demonstra que este não corporifica uma propriedade desdobrada do direito de propriedade.”²⁰

Por seu turno, Rodrigo Mazzei destaca que “não se pode pensar em propriedade, propriamente dita, pois não há autonomia da ‘propriedade superficiária’, já que esta se inicia a partir de outro direito real (direito de superfície).” Segundo o autor, “há uma dependência direta da ‘propriedade superficiária’ do direito de superfície, ou seja, reclama outro direito real para surgir, situação que não coaduna com as bases do instituto da propriedade”.²¹

Rodrigo Mazzei ressalta ainda que “se ocorrer a confusão entre proprietário e superficiário haverá a extinção do direito de superfície. A situação ratifica a ideia de que o instituto tem base vinculada ao exercício de direito real sobre a propriedade alheia, pois se fundeiro e concessionário se reunirem em figura única, o direito de superfície não terá ambiente para se escorar.” E continua, na mesma linha sublinhada por Arruda Alvim: “assim, a investigação da natureza do instituto como *ius in re aliena* fica facilitada (...), pois somente é permitível a concessão se o proprietário e o superficiário forem pessoas distintas, não sendo possível co-existir a dualidade de propriedades entre solo e acessões sob a ótica do *ius in re propria*.²² E, enfim, arremata:

Observe-se, em razão do prestígio conferido à figura jurídica, são conferidos ao superficiário poderes vigorosos, em situação próxima às faculdades decorrentes do direito de propriedade, pois o superficiário tem o direito de usar, gozar e até de dispor do imamente (...). No entanto, esta situação de alto calibre não faz desaparecer a propriedade do concedente que, apesar de bastante comprimida, mantém na sua célula jurídica

²⁰ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Comentários ao Código Civil brasileiro, volume XI, tomo I: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil*. In: ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza; CLÁPIS, Alexandre Laizo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 318-319.

²¹ MAZZEI, Rodrigo. *Direito de superfície*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 247.

²² MAZZEI, Rodrigo. *Direito de superfície*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 250.

poderes não apenas de ações protetivas ao implante (inclusive, em relação a terceiros), como também de disposição sobre este, tendo em vista que a essência da figura jurídica no Brasil não descarta a reversão, que funcionará como termo de concessão.²³

No direito português, António Menezes Cordeiro sustenta que o direito de superfície é um direito real sobre coisa alheia, pois “a superfície não é um direito exclusivo: de facto, não se limita a admitir a possibilidade de coexistência, tanto mais que (...) não há imóveis *nullius*, por força do artigo 1345º”; ademais, segundo o autor, “a superfície não é um direito pleno: a permissão que a institui não é, de forma alguma, geral em relação à coisa afectada. Muito pelo contrário, a lei especializa claramente a permissão em causa, determinado que é faculdade de construir, plantar ou manter plantas e construções (...).” E, “uma vez verificado o implante”, admite que “parece que de facto o direito do superficiário sobre ele é pleno.” Mas, “simplesmente também aí não se verifica a exclusividade: não se tata, pois, de propriedade, mas sim de um direito real próprio e autônomo.”²⁴

Vale dizer que quando Menezes Cordeiro se refere à “exclusividade”, está se referindo à característica de independência, autonomia da propriedade. É isto o que se extraí das lições de Luís A. Carvalho Fernandes: “Não é tanto a existência de concurso do direito superficiário com o do fundeiro que aqui releva, até ao ponto em que ele admite ser construído à luz das limitações decorrentes de relações de vizinhança. Só por isso, ele não deixaria de ser pleno, ao contrário do que sustenta Menezes Cordeiro.” O autor chega a admitir que “é incontroverso que os poderes do superficiário sobre o implante se moldam nos do proprietário.” Contudo, diz que este não é “um argumento decisivo”, pois, o que falta à superfície para ser um direito de propriedade, é, precisamente, a independência: “Falta-lhe, porém, exclusividade, pois o direito de superfície não pode ser concebido *independentemente* da propriedade do fundeiro.” Concluindo, assim, que “o direito de superfície configura-se (...) como um direito real *a se*, próximo da propriedade, o que legitima a possibilidade de às suas normas recorrer, enquanto regime subsidiário, para integrar o tratamento jurídico do direito do superficiário sobre a obra ou a plantação.”²⁵

²³ MAZZEI, Rodrigo. *Direito de superfície*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 251.

²⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Direitos reais*. Reimpressão da edição de 1979. Lisboa: Lex, 1993, p. 714-715.

²⁵ FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições de direitos reais*. 2. Ed. Lisboa: Quid Juris, 1997, p. 402-403.

Na mesma linha, Rui Pinto Duarte afirma que o “direito de superfície é *também ius in re aliena*”, pois “pressupõe a existência simultânea sobre o mesmo objecto, de um direito de propriedade.” Além disso, corroborando o argumento de Rodrigo Mazzei, diz que “a reunião na mesma pessoa do direito de superfície e do direito de propriedade determina a extinção do direito de superfície (art. 1.536, nº 1, alínea d).”²⁶

Breve síntese dos argumentos

O estudo da natureza jurídica do direito de superfície configura tema de altíssima complexidade em razão da ausência de uniformidade – a nível histórico, teórico e legislativo - que permeia a matéria.

Não obstante, do estudo empreendido podemos retirar argumentos que serão valiosos quando adentrarmos no estudo do direito de laje.

No que diz respeito à tese favorável do direito sobre o implante consistir em uma forma de propriedade, os seguintes argumentos são apresentados para o direito brasileiro:

- 1) A identidade das formas de transmissão do direito de propriedade do solo e do direito real sobre o implante aproxima, em tese, o direito sobre o implante do direito de propriedade (do solo).
- 2) O fato de o direito de superfície ser necessariamente temporário, no ordenamento brasileiro, não deslustra a conformidade da superfície com a propriedade, uma vez que esta própria pode assumir a característica da temporariedade.
- 3) A ausência de previsão da hipótese de não uso da coisa como hipótese de extinção do direito real de superfície o aproxima mais do direito de propriedade do que dos direitos reais limitados (usufruto, servidão, uso e habitação), que se extinguem pelo não uso.

Já no que diz respeito à tese favorável do direito sobre o implante consistir em direito real sobre coisa alheia, os seguintes argumentos apresentados:

²⁶ DUARTE, Rui Pinto. *Curso de direitos reais*. Cascais: Principia, 2002, p. 173.

- 1) O artigo 1.369 do Código Civil de 2002, que prevê que “o proprietário pode conceder o direito de construir ou plantar em seu terreno...”, e o artigo 1.373, que fala em “alienação do imóvel ou do direito de superfície”, evidenciam – “até mesmo linguisticamente – que há convivência de propriedade e o direito real”.²⁷
- 2) “No art. 1.225, I e II, elencam-se separadamente, a propriedade e o direito de superfície, o que demonstra que este não corporifica uma propriedade desdobrada do direito de propriedade.”²⁸
- 3) Não há autonomia, independência do direito real sobre o implante em relação à propriedade do solo. Na realidade, “há uma dependência direta da ‘propriedade superficiária’ do direito de superfície, ou seja, reclama outro direito real para surgir, situação que não coaduna com as bases do instituto da propriedade”.²⁹
- 4) A falta de autonomia, independência do direito real sobre o implante em relação à propriedade do solo é evidenciada pelo fato de ser causa extintiva do direito de superfície a confusão entre proprietário e superficiário. “A situação ratifica a ideia de que o instituto tem base vinculada ao exercício de direito real sobre a propriedade alheia, pois se fundeiro e concessionário se reunirem em figura única, o direito de superfície não terá ambiente para se escorar.” Por outro ângulo, constata-se que “somente é permitível a concessão se o proprietário e o superficiário forem pessoas distintas”, o que, por consequência, impede a coexistência da “dualidade de propriedades entre solo e acessões sob a ótica do *ius in re propria*.³⁰

Nossa opinião

²⁷ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Comentários ao Código Civil brasileiro, volume XI, tomo I: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil*. In: ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza; CLÁPIS, Alexandre Laizo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 318-319.

²⁸ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Comentários ao Código Civil brasileiro, volume XI, tomo I: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil*. In: ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza; CLÁPIS, Alexandre Laizo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 318-319.

²⁹ MAZZEI, Rodrigo. *Direito de superfície*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 247.

³⁰ MAZZEI, Rodrigo. *Direito de superfície*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 250.

Para nós, no direito brasileiro, o direito de superfície consiste em direito real sobre coisa alheia, compreendendo as faculdades de fazer e manter implante sob ou sobre terreno alheio. O direito de fazer implante em terreno alheio (direito de implantar) tem natureza de direito real sobre coisa alheia, assim como o direito de manter implante em terreno alheio.

Este direito sobre o implante, embora “próximo” do direito de propriedade, com ele não se confunde.

Concordamos que o fato de o direito de superfície ser necessariamente temporário no direito brasileiro não deslustra a conformidade da superfície com o direito de propriedade, eis que é plenamente admitida em nosso direito a propriedade resolúvel.

Este argumento, contudo, é pouco relevante para a configuração do direito sobre o implante como um direito de propriedade; ele apenas afasta óbice (erroneamente) levantado a esta tese por aqueles que entendem ser o direito sobre o implante um direito sobre coisa alheia.

Quanto à identidade das formas de transmissão do direito de propriedade do solo e do direito real sobre o implante, trata-se mais de característica que os *aproximam* do que característica que os *assemelham*, efetivamente.

O mesmo pode ser dito quanto à ausência de previsão da hipótese de não uso da coisa como hipótese de extinção do direito real de superfície. Embora a não extinção pelo não uso seja característica *peculiar* presente tanto no direito de propriedade como no direito de superfície, não se pode afirmar que tal característica assemelhe ambos os direitos reais.

É interessante se observar, neste ponto, que a enfiteuse, “o mais amplo dos direitos reais sobre coisas alheias”³¹, também não se extingue pelo não uso, e essa característica jamais fez com que a doutrina a qualificasse como direito real sobre coisa própria.

Na realidade, o argumento que parece mais aproximar o direito sobre o implante ao direito de propriedade é a *plenitude* dos poderes que o superficiário passa a exercer sobre a coisa (= o implante), como aponta António Menezes Cordeiro.

³¹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito das Coisas*. São Paulo: Saraiva, 1975, v. V, p. 251.

De fato, a doutrina aponta que a *plenitude* do direito de propriedade, garantindo ao proprietário a *generalidade* dos poderes de uso, gozo e disposição dos bens, a distingue dos demais direitos reais de gozo.³² Não obstante, remarca-se que é “tropo vago e transcidente – quasi un postulato senza dimostrazione – parlale di un potere complesso, in certo senso indeterminato, omnicomprensivo”, mesmo que “questo tipo di definizione” seja certamente “esatta nel senso che non specificando non corre il rischio di omissioni.”³³

Entretanto, este argumento – que, antecipe-se, também é utilizado por aqueles que defendem o direito de laje como forma de propriedade – nos parece se valer de critério demasiadamente vago e, pois, maleável para fins de definição da natureza do direito de superfície. Basta se notar que tal argumento também serviria para defender a tese do direito de superfície como *ius in re aliena*.

O que se quer dizer é que o critério da *plenitude* dos poderes conferidos ao titular do direito real, embora talvez seja, de fato, o critério distintivo do direito de propriedade em relação aos demais direitos reais, não é o mais apropriado para a qualificação do direito real de superfície como forma de direito de propriedade.

Enfim, é interessante de se notar, em relação à plenitude dos poderes conferidos ao superficiário, que na enfiteuse “todas as prerrogativas que constituem o conteúdo do domínio são transferidas ao enfiteuta que, desse modo, pode usar, gozar e reivindicar a coisa, bem como alienar seus direitos a outrem, independentemente da aquiescência do senhorio.” Ou seja, “o enfiteuta adquire efetivamente todos os direitos inerentes ao domínio”³⁴, mas isto não o torna proprietário. Conclui-se, assim, que a plenitude de poderes conferidos ao titular do direito real não basta para qualifica-lo como proprietário. Na realidade, a análise do direito real deve considerar toda sua estruturação.³⁵

Nesse sentido, os argumentos levantados a favor da tese do direito de superfície como direito real sobre coisa alheia parecem ser, em sua maioria, conciliáveis com a sua atual estruturação.

³² BIANCA, A. Massimo. *Diritto civile: La proprietà*. Milão: Giuffré, 1999, v. 6, p. 155.

³³ BARASSI, Lodovico. *Proprietà e Comproprietà*. Milão: Dott. A. Giuffré Editore, 1951, p. 10-11.

³⁴ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito das Coisas*. São Paulo: Saraiva, 1975, v. V, p. 251-252.

³⁵ V., nesse sentido, GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 265-266.

O primeiro argumento que se deve destacar é que “no art. 1.225, I e II, elencam-se separadamente, a propriedade e o direito de superfície, o que demonstra que este não corporifica uma propriedade desdobrada do direito de propriedade.”³⁶

De fato, não deixa o legislador brasileiro margem para dúvidas: o direito de superfície é um direito real diverso do direito de propriedade.³⁷

Argumento que se destaca é a ausência de autonomia e independência do direito de superfície, que também *aponta* para a sua natureza de direito real sobre coisa alheia. No direito brasileiro, o direito de superfície convive, simultaneamente, com o direito de propriedade, como se depreende dos arts. 1.369 e 1.373 do Código Civil de 2002. De fato, artigo 1.369 prevê que “o proprietário pode conceder o direito de construir ou plantar em seu terreno...”, e o artigo 1.373 dispõe que “alienação do imóvel ou do direito de superfície”, o que evidencia – “até mesmo linguisticamente – que há convivência de propriedade e o direito real”³⁸.

Quanto a este ponto, as palavras de Orlando Gomes para diferenciar a enfiteuse do direito de propriedade são esclarecedoras, *mutatis mutandis*, para diferenciar a superfície do direito de propriedade: “Declarando que se dá a enfiteuse quando o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, o Cód. Civil deixa claro que

³⁶ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Comentários ao Código Civil brasileiro, volume XI, tomo I: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil*. In: ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza; CLÁPIS, Alexandre Laizo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 318-319.

³⁷ É interessante de se notar que, no direito argentino, embora o Código Civil estabeleça expressamente a natureza de propriedade separada para o direito sobre o implante (cf. art. 2115, Código Civil argentino de 2014, transcrito acima), acaba por enumerar de forma distinta o direito de superfície do direito de propriedade (cf. art. 1887). Não obstante, a assistematicidade do Código Civil de 2014 é apenas aparente, porque este não segue o modelo de enumeração do Código Civil brasileiro de 2002. O Código brasileiro, em seu art. 1.225, inciso I, trata da propriedade, nela compreendida suas diversas formas (condomínio geral, edifício, propriedade resolúvel, fiduciária, etc.). O Código argentino adota outra sistematização: em seu art. 1887, enumera as formas de propriedade em alíneas distintas (“a) el dominio; b) el condominio; c) la propiedad horizontal; d) los conjuntos inmobiliarios; e) el tiempo compartido; f) el cementerio privado; (...)”), e logo após tratar das formas de propriedade, elenca na alínea “g) la superficie”. Nesse sentido, escreve a doutrina argentina: “El derecho real de superficie esta enumerado en el art. 1887 CCC. Se ubica a continuación del dominio, condominio, propiedad comunitaria indígena, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerio privados. O sea, más cerca de los derechos sobre cosa propia perpetuos, con la diferencia que éste es temporario.” (BEGHER, Liliana Abreut de. Comentarios sobre el derecho real de superficie. *Revista Derecho Privado*, ano II, nº 5, p. 17-29, junho, 2013, p. 24). Ou seja, diferentemente do direito brasileiro, o próprio rol que enumera os direitos reais no direito argentino (art. 1887) é condizente com a natureza de propriedade separada conferida ao direito sobre o implante. Assim, conclui-se que assistematicidade não há no direito positivo argentino em relação à superfície e à compreensão, naquele sistema, do direito sobre o implante como verdadeira propriedade separada.

³⁸ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Comentários ao Código Civil brasileiro, volume XI, tomo I: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil*. In: ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza; CLÁPIS, Alexandre Laizo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 318-319.

proprietário é o senhorio direto. Ora, se proprietário é, proprietário não pode ser o enfiteuta, porque a propriedade é um *direito exclusivo*.³⁹

Isto é, declarando o Código que o direito de superfície se dá quando o proprietário atribui a outrem o direito de construir ou plantar em seu terreno, deixa clara a estruturação legal que proprietário é o fundeiro. Se proprietário é, proprietário não pode ser o superficiário, porque a propriedade, como todos os direitos reais, é um *direito exclusivo*.

Dessa forma, a constituição da superfície – assim como a constituição da enfiteuse – consiste em manifestação do princípio da elasticidade dos direitos reais aplicado ao direito de propriedade, dando origem a um direito real menor: o direito de superfície. Justamente por essa razão, comprehende-se que se fundeiro e concessionário se reunirem em pessoa única, o direito de superfície se extingue, em razão de consolidação da propriedade (assim como ocorre, *mutatis mutandis*, no âmbito da enfiteuse).

Esta ausência de autonomia só não se mostra presente nos ordenamentos jurídicos em que se permite, por disposição legal expressa, a *propriedade separada* (do solo e da superfície), como ocorre, v.g., no direito italiano. Estabelecida a separação da propriedade do solo e da propriedade da superfície, extingue-se a dependência do direito de superfície em relação ao direito de propriedade, tornando-se aquela em verdadeiro direito de propriedade, autônomo e independente. De fato, como conclui Massimo Bianca, “La proprietà superficiaria è pertanto un diritto distinto rispetto al diritto di superficie, seppure intimamente connesso con quest’ultimo.”⁴⁰⁻⁴¹

³⁹ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 265-266. Grifo original.

⁴⁰ BIANCA, A. Massimo. *Diritto civile: La proprietà*. Milão: Guiffré, 1999, v. 6, p. 546-547. Em nota de rodapé (nº 22), o italiano cita o entendimento de Pugliese no mesmo sentido, *in verbis*, “il codice configura due distinti situazioni giuridiche: il diritto che ha il superficiario sul suolo e nei confronti del proprietario (‘diritto di fare e mantenere al disopra del suolo una costruzione’), il diritto che egli ha sulla costruzione (‘proprietà’).” (Ibidem, p. 547).

⁴¹ É curioso – e até mesmo contraditório –, porém, que no sistema italiano (em que se admite expressamente a propriedade separada), não é possível a titularidade da propriedade do solo e da propriedade da superfície na mesma pessoa, sem que se opere a consolidação (tal como ocorre, analogamente, na operação de desmembramento de imóvel, resultando em dois imóveis contíguos, de propriedade do mesmo titular). Aponta-se, no sistema italiano, que o modo de extinção do direito de superfície são aqueles concernentes em geral aos direitos reais sobre coisa alheia - e não sobre coisa própria -, englobando, pois, a extinção por consolidação. O que se percebe, pois, é uma falta de clareza na distinção e no tratamento das duas situações (distintas) que se originam do direito de superfície: (i) o direito de implantar (direito real sobre coisa alheia); (ii) o direito sobre o implante – que, nestes sistemas, consiste num verdadeiro direito de propriedade (superficiário, separado). V. BIANCA, A. Massimo. *Diritto civile: La proprietà*. Milão: Guiffré, 1999, v. 6, p. 557, nº 277.

Assim, parece-nos que o direito sobre o implante, decorrente do direito de superfície, só pode ser tido como direito de propriedade quando expressamente estatuído pela lei que gera uma propriedade separada. Nos ordenamentos em que não há tal previsão legal expressa – caso do ordenamento jurídico brasileiro –, consideramos ser o direito sobre o implante um direito real sobre coisa alheia.

Na verdade, a grande dificuldade do estudo da natureza do direito de superfície se encontra justamente na dualidade de direitos que reside em seu bojo. Embora a tese dualista seja a que melhor explique e visualize o fenômeno jurídico-real ocorrido no bojo do direito de superfície (isto é, a relação do superficiário com a coisa), é de difícil compreensão que um direito real sobre coisa alheia, conglobe, em seu bojo, um direito real sobre coisa alheia que, depois de exercido, se torna um direito real sobre coisa própria.

Essa difícil compreensão fica evidente quando se limita a análise do direito de superfície à sua modalidade por cisão, hipótese em que o direito de superfície se circunscreve apenas ao direito real sobre o implante já edificado ou plantado. Nesse caso, seria conflitante a legislação brasileira, que expressamente qualifica o direito de superfície como um direito real diverso da propriedade, com a suposta qualificação do direito sobre o implante como direito de propriedade.

Se o direito de superfície pode se limitar apenas à faculdade de “manter” o implante sob ou sobre terreno alheio – e esta possibilidade é pacífica –, e o direito de superfície é, inegavelmente, um direito real sobre coisa alheia, então o direito de manter o implante há de ser um direito real sobre coisa alheia.

Raciocínio diverso esbarraria na distinção feita pelo Código Civil em seu art. 1.225, incisos I e II. Isto é, o direito de superfície por cisão, qualificado pelo legislador brasileiro como direito real sobre coisa alheia, ensejaria um direito real sobre coisa própria. O conflito entre teoria e legislação seria evidente, pelo menos no direito brasileiro.