

DIREITO DE SUPERFÍCIE E CONSTRUÇÃO EM TERRENO ALHEIO

PROF. MÁRIO MOACYR PÔRTO

1) A propriedade do solo compreende a propriedade da superfície; 2) A lei, no que respeita à propriedade das acessões industriais, é supletiva da vontade das partes; 3) Direito de superfície; 4) Doutrina e jurisprudência francesas; 5) Construção em terreno alheio; 6) Necessidade de uma reforma que concilie o direito subjetivo de propriedade com a efetiva exploração do solo.

1) O art. 545, do Código Civil, estabelece: "Tôda construção ou plantação, existente em um terreno, se presume feita pelo proprietário e à sua custa, até que o contrário se prove". Vê-se, de logo, que o nosso Código se afastou dos modelos alienígenas, expressos em impor a presunção de pertencerem ao dono da terra as plantações e construções incorporadas ao solo. É de notar-se, porém, que os nossos mais destacados juristas concluem que tal presunção de propriedade resulta, implícita, dos arts. 59, 43, 61 e 526, do Código Civil, e ainda pela circunstância da eliminação da superfície, dentre os direitos reais. (Carvalho Santos, Cód. Civil interpretado, vol. 7º, co-

mentário ao art. 545, n. 1, pág. 397; Sá Pereira, Manual do Código Civil, vol. 8º, Direito das Coisas, Comentário ao art. 545, pág. 200). Clóvis esclarece: "Há neste artigo a aplicação de dois princípios, um mais geral que afirma: A coisa acessória segue a principal (art. 59); e outro particular, *segundo o qual a propriedade do solo compreende a da superfície*. "Superficie solo cedit." Assim, se outrem não tem título que lhe dê direito às construções e plantações existentes em um terreno, êsses acréscimos do solo pertencem ao proprietário dêle. Os artigos que se seguem são desenvolvimento desta regra". (Código Civil, vol. 3º, pág. 78). Pontes de Miranda é de parecer contrário e adverte, com a sua extraordinária autoridade: "Nada tem o art. 545 com a aquisição por acessão". (Tratado de Direito Privado, vol. 2º, § 1.206, n. 7, pág. 183).

Pondo de parte a questão de saber se o art. 545 regula ou não casos de aquisição da propriedade por acessão ou se o mesmo contém ou não, implicitamente, a presunção de que o dono do solo é o dono das construções e plantações feitas no terreno, a verdade é que, em face da nossa lei civil, se presume pertencerem ao proprietário do solo as plantações e construções no mesmo existentes (arts. 59, 61, n. 3, e 526, do Cód. Civil).

2) Fixado êsse ponto, de essencial importância, cumpre indagar se a presunção em causa cede ou não à prova em contrário, ou melhor, se é válida e operante a convenção de que a propriedade da construção ou plantação pertença a outrem que não o proprietário do solo. Pontes de Miranda, fortemente influenciado pela doutrina alemã, nega essa possibilidade, argumentando: As partes integrantes *não essenciais* da coisa podem ser objeto de direito real separado (Obra citada, vol. 2º, págs. 49-52), mas as acessões — partes essenciais — não podem ser destacadas por disposições em contrário, pois, nessa hipótese, teriam eficácia puramente obrigacional, uma vez que, operada a essencialidade, está excluída a separabilidade, material e conceptualmente. Por isso, a reserva de proprieda-

de, por parte dos construtores ou reformadores, a respeito de materiais de construção, é, em direito das coisas, ineficaz (Obra citada, vol. 2º, pág. 171).

Antes de entrarmos na detalhada apreciação da controvérsia, seja-nos lícito sublinhar que a ressalva contida na parte final do art. 545 deverá ser entendida em termos. Se o interessado provar que a obra se fez com o seu material e a sua custa, não provará que é seu proprietário, face ao disposto no art. 547, do Cód. Civil. Terá direito, apenas, a uma indenização, caso tenha-se conduzido de boa-fé. Para que a construção feita em terreno alheio (artigo 547) pertença ao construtor e não ao proprietário do solo é indispensável que fique provada a renúncia do dono do terreno à propriedade das acessões, o que poderá resultar de um acôrdo expresso ou tácito. Chegamos a esta conclusão através dos seguintes raciocínios: Segundo a nossa lei civil, a construção é um acessório do solo (art. 61, inciso 3, do Cód. Civil) e, como tal, pertence ao proprietário do terreno, salvo disposição em contrário (arts. 59 e 864, do Cód. Civil). É possível sustentar que melhor andaria o legislador se incluísse a construção como *parte integrante do solo* — parte essencial e inapartável — ao invés de situá-la como acessório, como fez. Talvez não andasse mal o legislador, por outro lado, se estabelecesse que a parte integrante e essencial da coisa não pudesse ser objeto de um direito real separado, como fez a lei alemã. Temos dúvida, porém, quanto à possibilidade da aplicação da doutrina alemã, decalcada em sua legislação, ao deslinde das questões suscitadas entre nós sobre coisa principal e coisa acessória, subordinação relativa ou inarredável do acessório à coisa principal, possibilidade da constituição de direitos reais separados, natureza jurídica da construção e plantação, etc., pois a nossa lei civil estabelece a êsse respeito uma disciplina que muito se distancia da congênere germânica. Partes integrantes essenciais, no direito alemão (art. 93) são as coisas que se ligam de modo inapartável ou que não podem ser separadas sem comprometimento das suas substâncias ou valores da sua uti-

lização. A construção permanente, assim, é parte integrante essencial do solo. Por força mesmo de lei, as partes integrantes e essenciais não podem ser objetos de direitos reais separados. Acessório, no direito alemão, é algo que se liga à coisa por um vínculo puramente intelectual. Di-lo o art. 97: *Formam o acessório as coisas móveis que, não sendo partes constitutivas da coisa principal, servem ao seu fim econômico...* A construção, portanto, no direito germânico, jamais poderia ser considerada um acessório da coisa.

Entre nós a noção de coisa principal e coisa acessória resulta do seu confronto, da consideração recíproca de bens. Assim, por força da lei brasileira, principal é a coisa que existe sobre si, abstrata ou concretamente. Acessória, aquela cuja existência suponha a da principal. A construção, portanto, é coisa acessória, face à sua subordinação ao solo (art. 61, inciso 3, do Cód. Civil). Por todos esses motivos, parece-nos que as considerações expedidas pelo eminente mestre devem ser atendidas como uma crítica ao legislador ou sugestão para uma reforma, nessa parte, do nosso Código Civil, nos termos e diretrizes da lei e doutrina alemães.

Por outro lado, não nos parece que ocorra, como pretendem alguns, uma inconciliável contradição entre o inciso 2, do art. 43, do Código Civil, que declara imóvel tudo o que o homem (não somente o homem) incorporar permanentemente ao solo, e o inciso 3º, do art. 61, que considera acessório as obras de aderência permanente, feitas acima ou abaixo da superfície. No muito, o referido inciso 2, do art. 43, é desnecessário, pois se as obras de aderência permanente, feitas acima ou abaixo do solo, são acessórios dêste, claro está que tais obras são imóveis, face ao disposto no art. 59, do Cód. Civil. É de se esclarecer, ainda, que, quando a lei diz que são imóveis as construções e plantações (inciso 2, do art. 43), não quer significar que tais coisas sejam imóveis por sua *natureza*, mas sim em razão da sua *incorporação* ao solo. Pensamos, por isto, que a venda do material de uma casa a ser demolida é venda de coisa *móvel* (artigo 49, do Código Civil). Assenta-

dos êstes pontos, impõe-se concluir: a lei, em relação à propriedade das acessões industriais, é supletiva da vontade dos interessados (art. 59), sendo de notar-se que a expressão — salvo disposição em contrário — constante do referido art. 59, tanto se refere à lei como à vontade das partes. (Clóvis, obra citada, vol. 1º, comentários ao art. 59, pág. 304). Particularizando a disciplina geral expressa no art. 59, concretizando o princípio de que nem sempre o acessório segue a sorte do principal, assentando que a propriedade do acessório pode pertencer a outrem que não o proprietário da coisa principal, estabelece o art. 864: “A obrigação de dar coisa certa abrangelhe os acessórios, pôsto não mencionados, salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso”. Nada se opõe, portanto, que, por convenção firmada entre o dono do solo e o construtor, renuncie o primeiro o seu direito à acessão, direito que não envolve nenhum interesse de ordem pública e, por isso mesmo, poderá ser objeto de disposição ou modificação. Tal entendimento é tranqüilo na doutrina e jurisprudência francesas: “La présomption de l'article 552 du Code Civil n'est pas d'ordre public. Ainsi un propriétaire, peut, par convention, renoncer à son droit d'accession sur les constructions édifiées sur le sol. On trouve des conventions de ce genre, en matière de louage, lorsqu'il est stipulé que le preneur sera propriétaire des constructions édifiées pendant la durée du bail (Lyon, 18 mars 1871, D.P. 71.2.191; Paris, 23. Févr. 1872, D.P. 74.2.21; 4. nov. 1886, D.P. 88.2.4; Grenoble, 23 Juin 1891, D.P. 2.309) (Géo Minvielle, Répertoire de Droit Civil, Dalloz, 1951, tomo I, verbete “Construction”, n. 11, pág. 992).

Certo, portanto, ao nosso ver, um antigo aresto da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, relatado pelo eminente des. Antão de Moraes: “A regra da aquisição das benfeitorias pelo dono do solo não é absoluta, devendo-se entender o art. 547, do Cód. Civil, consoante a regra do art. 59, segundo a qual a coisa acessória segue a principal, salvo disposição em contrário, inclusive a vontade

manifestada pelo proprietário do imóvel” (Revista dos Tribunais, vol. 114, pág. 166).

3 — Chegados a esta altura, impõe-se indagar: Os arts. 59, 545 e 864, do Cód. Civil, expressos em ressaltar que a propriedade do acessório poderá pertencer ou não ao proprietário da coisa principal, de conformidade com o que resultar do título, das disposições legais ou convencionais ou circunstância do caso, importam na admissão, entre nós, *do direito de superfície*, isto é, do direito real de fruição e disposição das construções, plantações ou quaisquer obras, em favor de pessoa diversa do proprietário do solo? Não vacilamos em responder afirmativamente, em que pêsse ao entendimento em contrário que vingou entre nós. Permita-se-nos, pois, dar, aqui, os motivos do nosso convencimento.

O direito de superfície não se inclui entre os direitos reais previstos no art. 674, do Cód. Civil. Dir-se-á, então, que a omissão importa em sua exclusão ou inadmissão. Mas é certo que a enumeração dos direitos reais constantes do artigo citado é exemplificativa e não taxativa. Sobre o assunto vale conhecer um acórdão do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo eminente Ministro Orozimbo Nonato, no qual a questão jurídica foi apreciada com particular clarividência e larga erudição: “Este dispositivo (art. 674) não tem nem pode ter a virtualidade de limitar os direitos reais. Desde que este se delineia com o seu conteúdo específico e a sua fisionomia própria não há que procurar sua menção naquele dispositivo para verificar-lhe a concretização. Já Lacerda de Almeida observava não haver o Código Civil mencionado as modalidades todas, as figuras variadas dos direitos reais. O caráter real de uma situação jurídica prende-se à sua natureza mesma e não ao conceito do legislador. Demonstrou-o que farte, em brilhantes páginas jurídicas, Filodelfo Azevedo (V. Destinação do Imóvel, pág. 66). E o prof. Arnaldo Medeiros da Fonseca trouxe àquela conclusão argumentos terminativos e cabais tirando, ainda, à lume, as lições, entre os d.d. alienígenas, de Bonnecase, Baudry — Lacantinerie e Wahl; Planiol —

Ripert (Teoria do Direito Real de Detenção, n. 12, págs. 29 a 33), valendo, ainda, considerar-se o que sôbre o assunto escreveu Afonso Fraga (Direitos Reais de Garantia). Merece realçar, aliás, que a expressão “sômente” que aparecia na enumeração do artigo 757, do prof. Clóvis Beviláqua, eliminou-se, tudo argüindo tratar-se de disposição meramente enunciativa” (Acórdão da Segunda Turma, de 6.10.949, in Arquivo Judiciário, v. 93, pág. 185). Sôbre a delicada controvérsia temos a seguinte opinião: Não é sem dificuldade que se pode admitir um direito real que resulte, exclusivamente, da vontade dos interessados, pois uma das características do direito real é a sua oponibilidade em relação a todos, e tal atributo, ao que tudo indica, escapa ao poder criador da vontade. O que se nos afigura correto é a admissão de direitos reais além do rol constante do Código Civil, desde que, resultantes de uma convenção, decorram da aplicação de uma lei que confira à situação os atributos essenciais da realidade.

4) O Direito de superfície, entre nós, não se acha expressamente regulado em nenhum texto legislativo, mas decorre, inequívoco, de vários artigos do Código Civil. Tal situação ocorre, também, na França, o que não obstou a sua admissão, tanto na doutrina como na jurisprudência. O art. 553, do Código de Napoleão, fornece o suporte legal ao aludido direito: “*Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain on dans l'interieur sont présumés faits par le propriétaire à ses frais, et lu appartenir, si le contraire n'est prouvé*”. Como se vê, o art. 553, primeira parte, do Código Civil Francês, corresponde ao art. 545, do nosso Código Civil, com a única diferença de que, em nossa lei, não se impõe, expressamente, a presunção de pertencerem ao proprietário todas as construções e plantações existentes no prédio. Certamente o nosso legislador, atento ao disposto no art. 59 — que não tem correspondente no Código Francês, — julgou ocioso repetir uma presunção que resulta de um princípio geral, consagrado em lei. Apesar de o Código de Napoleão não se referir a direito de superfície, doutrina e jurisprudência fran-

cesas admitem, franca e largamente, o referido direito real, baseado no artigo 553, acima transcrito. Seja-nos lícito trazer para aqui as lições dos mais destacados civilistas franceses, mesmo com o risco de nos tornarmos monótonos ou tautológicos. Planiol, Ripert et Picard: "*Bien que le Code Civil ne mentionne pas expressément le droit de superficie, sa légalité ne peut être sérieusement contestée. Elle résulte de l'article 553, qui déclare que les constructions, plantations et ouvrages sont présumés appartenir au propriétaire du sol, sauf le cas contraire, et admet par suite que le droit sur les constructions ou plantations superficielles peut être distinct du droit sur le sol; elle trouve également un appui dans l'article 664, qui autorise la division de la propriété d'une maison par étages*" (Traité Pratique de Droit Civil français, 2a. edição, 1950, vol. III, n. 331, pág. 325).

Aubry, Rau et Bartin são particularmente explícitos: "Le droit du fermier ou locataire sur les constructions qu'il a élevées en vertu d'une clause du bail, constitue, bien que *limité à la durée de la location*, un droit réel immobilier de superficie (de nature à être hypothéqué par lui), lorsqu'il résulte des conventions arrêtées entre les parties, que le propriétaire a renoncé au bénéfice de l'accession par dérogation à la règle "superficie solo cedit". Une pareille renonciation peut, même en l'absence de déclaration expresse, s'inclure de l'ensemble des conditions du bail, notamment de la stipulation que les constructions resteront affectées hypothécairement pour sûreté du paiement des loyers ou fermages (on de l'ouverture de crédit consentie au preneur par le bailleur), et de la clause qui conférait au fermier ou locataire, soit d'une manière absolue, soit pour le cas où les parties ne s'accorderaient pas sur le prix à payer par le propriétaire du sol, le droit d'enlever ses constructions en fin de bail. L'induction à tirer de pareilles conventions acquerrait plus de force, si la location avait été consentie pour un temps excédant la durée ordinaire des baux, on s'il s'agissait d'un terrain qui, destiné par sa nature et sa situation à être surbâti, aurait été loué dans ce but".

(Droit Civil français, 6a. edição, 1935, vol. 2º, § 223, págs. 599-600). E na nota n. 16, mais claramente o assunto é esmiuçado:

“La validité d'une pareille renonciation ne saurait pas être contestée en présence de l'article 553, de la disposition duquel il ressort que la règle “superficie solo cedit”, consacrée par les articles 456 e 552, *n'est pas d'ordre public*, et peut être écartée, soit par la prescription, soit à plus fort raison, par une convention contraire. Cela posé, il est évident que le bailleur qui a renoncé au bénéfice de l'accession n'a plus aucun titre pour se dire propriétaire des constructions élevées par le preneur et que, *parsuite, c'est nécessairement sur la tête de ce dernier que repose la propriété de ces constructions*, qui ne peuvent pas être sans maître, et que constituent en elles-mêmes, aux termes de l'article 518, des immeubles par nature. Cpr. Mourlon De la transcription, I, 13, Ducruet, Études sur la transcription, n. 6; Flandin, De la transcription, D.32; Duranton, XXI, n. 634; Bourges, 22 mars 1867, Sir., 67, 2, 358”.

Não discrepa dessa interpretação, lúcida e convincente, Baudry — et Chaveau, Traité Theorique et Pratique de Droit civil, 3a. edição, 1905, Des biens, n. 342, págs. 241-242.

Para encerrar as citações — recurso que aos doutos não seduz, mas que aos apedeados se impõe, por lhes faltarem autoridade própria — vale conhecer o parecer de um moderno civilista: “Le droit de superficie est un droit réel démembre de la propriété. Ce caractère fondamental, à une certaine époque, fait douter de sa légalité. Les droits réels ont été limitativement énumérés par le Code Civil; ou, celui-ci ne mentionne nulle part, en termes exprés au moins, le droit de superficie. Cependant, divers textes en impliquent nécessairement l'existence. C'est d'abord et surtout l'article 553 qui, posant le principe du droit d'accession, c'est-à-dire du droit du propriétaire à tout ce qui est construit, planté ou fait sur le sol lui appartenant (*superficie solo cedit*), *réserve la preuve contraire*. Si donc il possible de prouver que le propriétaire du sol *n'est pas propriétaire des édifices*, c'est bien que ceux-ci

peuvent faire l'objet d'un droit distinct qui n'est autre que le droit de superficie" (Roger Saint — Alary, professor da Faculdade de Toulouse, in "Repertoire du Droit Civil Dalloz, 1955, tomo V, verbete — Superfície — n. 3, pág. 298).

5) *Construção em terreno alheio* — Pelo exposto, parece-nos incontestável que o artigo 547, do Código Civil brasileiro, que impõe, em favor do dono do solo, uma presunção de propriedade em relação a tudo que terceiro semeou, plantou ou edificou em seu terreno, deverá ser entendido de acordo com os artigos 59 e 545, do mesmo Código, isto é, que a presunção em referência é *juris tantum*, cede a prova em contrário. A rigor, não se faz mister que o destaque da superfície se faça através de ato escrito. Se as circunstâncias do caso levam à convicção de que o dono do solo renunciou o seu direito de propriedade em relação às obras levantadas por um terceiro, é bastante. Não se perca de vista que "título" na sua legítima significação, não é o instrumento que formaliza o ato, a prova material de sua existência. Título é o fato gerador do direito, ou, como diz Clóvis: "Título é o fundamento do direito. Em relação ao domínio, é o fato jurídico pelo qual a propriedade se adquire ou transfere, como a venda, a troca, a dação em pagamento, a doação, o legado (obra citada, vol. 2º, coment. ao artigo 551, pág. 87).

É de ver-se, aliás, que tal entendimento, ainda que ao arrepio da doutrina que vingou entre nós, não estréia uma autêntica novidade. Filadelfo Azevedo informa (Destinação do Imóvel, 2a. edição, págs. 68-69) que Pontes de Miranda — jurista, cuja obra excepcional e multifária já ultrapassou as fronteiras do país — se refere à *propriedade superficiária dos coqueiros*, no norte do Brasil (Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro, pág. 420).

6) Os capítulos do Código Civil referentes às construções e plantações (arts. 545 a 549) e locações de prédios rústicos, estão a exigir uma reforma substancial, que os integram na realidade social e econômica de nossa época. Num país como o nosso, em que a escassez de habitações e preca-

ríssimas condições de vida do trabalhador agrícola clamam por uma revisão corajosa da nossa superada codificação, não se entende a permanência de disposições que são simples avatares de textos romanos, intoleráveis resíduos do desalmado individualismo do Código de Napoleão. A nossa lei civil, a muitos respeitos, poderá ser chamada de "Código de vantagens do credor e do proprietário". Roger Saint — Alary, em seu excelente estudo — *Les Constructions, plantations et ouvrages faits par le preneur sur les lieux loués*", inserto na "*Revue Trimestrielle de Droit Civil*", 1947, págs. 364-267, tece considerações que se aplicam, como uma luva, ao nosso caso: "L'équipement national, tant du point de vue agricole que du point de vue industriel, a besoin d'être transformé, modernisé. Il n'est pas jusqu'au problème du logement qui revête une acuité jusqu'alors jamais atteinte. Non seulement il y a un nombre insuffisant d'habitations, mais encore les conditions de l'habitat existant sont précaires; le confort qu'on y trouve est intérieur à celui de nombreux pays étrangers. Il est donc tout à fait naturel que, mis en présence d'une telle situation, le législateur ait désiré stimuler toutes les initiatives destinées à accroître le potentiel économique du pays. Il devait, par conséquent, s'intéresser à celles des preneurs qui, insatisfaits des conditions dans lesquelles s'exerçait leur droit de jouissance, s'efforcent de les améliorer en faisant des constructions ou des plantations nouvelles".

A estas oportunas considerações, ajuntamos: Enquanto o legislador não afinar o Código pelo diapasão da vigente realidade social e econômica do país, incumbe a nós juizes — pois esta é tarefa essencial do juiz — extrair das fórmulas anacrônicas do nosso positivismo jurídico soluções que se ajustem aos reclamos do vigente estado de coisas. O direito — como já tivemos ocasião de afirmar — não é um jôgo esotérico de palavras, mas uma disciplina realística da vida. Ao homem e, notadamente, aos débeis econômicos, não importa o extremado rigor científico da construção jurídica que não atende às exigências dos valores positivos da vida, pois nada

mais melancólico do que escrever errado por linhas certas. O presente estudo é um fruto desta arraigada convicção. Que tenha boa sorte e que concorra, ainda que em mínima parcela, para um mais razoável *modus vivendi* entre os que têm a propriedade da terra e os que exercem a efetiva exploração das suas riquezas.