

2. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.

Reza o novo art. 1.510-A, *caput*, do CC/02, introduzido pelo art. 55 da Lei n.º 13.465, de 11 de julho de 2017:

Art. 1.510-A, *caput*: “O proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo”.

Em uma leitura açodada da *fattispecie* do art. 1.510-A, *caput*, em que a nova figura legal da propriedade superficiária ou “laje” é acolhida, poder-se-ia supor, com base em uma indevida interpretação literal, para lá de restritiva, que se exigiria sempre a *existência de uma “construção-base”* como requisito para a alienação da superfície superior ou inferior²⁰, bem como, aparentemente, que essas

²⁰ Não deve haver qualquer dúvida de que a nova figura jurídica da “laje” não se identifique com o “direito real de superfície”, regulado nos arts. 1.369 a 1.377 do CC/02, entendido como um dos tipos de *ius in re aliena* ou direito real sobre coisa alheia, por prazo determinado, no qual o seu titular tem apenas um amplo direito de usar, fruir e dispor da superfície, pertencendo, porém, toda a edificação (construção-base, superfície superior ou inferior) a um único dono, isto é, ao proprietário do solo (*dominus soli*), mas, sim, que corresponda à chamada “propriedade superficiária”, ou seja, à possibilidade de divisão horizontal do domínio entre a superfície (superior ou inferior) e a construção-base (e também o solo, como veremos). De um lado, a terminologia empregada na lei parece não dá margem a conclusão diversa: “*superfície superior*” (ou “*inferior*”) está para “*pavimento superior*” (ou “*inferior*”), indicando, pois, de modo claro, uma “coisa” (*res*) ou bem jurídico. Assim sendo, referindo-se à superfície como coisa (*res*), o legislador, ao empregar a expressão “ceder a superfície superior ou inferior”, quis indicar a possibilidade de sua “alienação”, ou seja, de se “transferir a propriedade” do pavimento (ou andar) superior ou inferior de uma edificação. A intenção do legislador, portanto, foi realmente a de admitir a efetiva transmissão do domínio separado da superfície superior (ou inferior) de uma construção-base. Por outro lado, como se sabe até mesmo com base no próprio escopo principal da Lei n. 13.465/17 – regularização fundiária rural e urbana –, a motivação do legislador foi atender à exigência prática inquestionável de regularizar a chamada “venda de laje”, fenômeno surgido da praxe negocial nas favelas e bairros de baixa renda, representado pelo desejo das partes em verem reconhecida, nesses atos, a real alienação, ou seja, a efetiva transferência da propriedade da laje. Aliás, era isso, talvez, o que pretendia o legislador do CC/02, ao introduzir o direito real de superfície, configurado, todavia, infelizmente, como um tipo de direito real sobre coisa alheia (*ius*

últimas consistam em pavimentos já edificados.

Nem uma coisa, nem outra.

Quanto ao primeiro ponto, a aparente exigência, na *fattispecie*, de uma construção-base (para possibilitar a cessão da superfície) decorreria do fato de o legislador, quase certamente, ter-se inspirado na praxe típica, surgida primeiro nas favelas (sobretudo na “da Rocinha”, no Rio de Janeiro)²¹, da chamada “venda de *laje*” (alienação da parte de cima da casa, transformada em moradia independente), nos casos em que, para atender aos interesses e às exigências práticas das partes envolvidas no negócio, o simples recurso ao “aluguel da *laje*” se mostrava insuficiente. Com o fenômeno da “venda de *laje*”, a intenção das partes sempre foi a de procurar tornar o comprador efetivo “dono da parte de cima” da casa térrea, a agora chamada “construção-base”, após a transformação do teto em *laje* de sustentação, para a edificação do “andar de cima” a ser vendido. Tratava-se, na prática, de uma espécie forçada de “transmissão de domínio” claramente não reconhecida pela lei, ou seja, uma situação de fato que não correspondia ao direito oficial.

in re aliena). Tal possível tentativa de, por meio do emprego do direito real de superfície, alcançar a regularização fundiária do fenômeno da “venda de *lajes*” em favelas foi, como se viu nos últimos anos, totalmente frustrada. E o motivo fundamental é bastante claro: para o adquirente da *laje*, a qualificação jurídica de “titular de um direito real sobre coisa alheia” (direito de superfície) – e não de “proprietário (superficiário)” – mostrou-se totalmente insuficiente. Tal diagnóstico, aliás, é do nosso maior especialista em direito de superfície, R. C. PEREIRA LIRA, *O Novo Código Civil* cit. (nota 4 supra), p.155 : “O favelizado quer a propriedade como nós temos a propriedade, que é um “fetiche”, mas é um fetiche importante”. E mais além (p. 156): “Eu que pensei que o direito de superfície pudesse ter uma extensão social muito grande, voltei um pouco atrás ... Ele não é a solução para o problema da regularização fundiária”. Daí, completamos nós, o infeliz destino do direito real de superfície no CC/02, o qual, ao menos no que se refere à exigência primeira de regularização fundiária urbana, tornou-se letra morta. Dele quase não se fala. É empregado, na praxe, esporadicamente, apenas em negócios de grande porte, como, *u.g.*, o de construção de estádios de futebol, por meio da concessão do direito de superfície por prazo determinado. Se houvesse ainda alguma dúvida sobre o entendimento de que, com a nova figura da “*laje*”, descrita no at. 1.510-A, *caput*, estamos diante da propriedade superficiária, o §1.º desse dispositivo a dissiparia ao, referindo-se ao espaço aéreo e subsolo dos terrenos, qualifica-os como “unidades autônomas independentes”. Por fim, os arts. 1.369, *caput*, e 1.375 sacramentam a diferença entre propriedade superficiária e direito real de superfície, ao definirem essa última figura como o direito de construir ou de plantar em terreno alheio “por tempo determinado”, e que, extinta a concessão, a construção resultante passa à “propriedade plena” do proprietário do solo.

²¹ Cf. R. C. PEREIRA LIRA, *O Novo Código Civil* cit. (nota 4 supra), p. 151.

construção-base e das eventuais outras superfícies ou andares superiores³⁷.

3.7. “IUS AEDIFICANDI”.

O “*ius aedificandi*”, faculdade de edificar (ou, em outra versão, “*ius ad aedificandum*”, faculdade para edificar), mais conhecido como “direito de sobrelevação”, consiste, como se sabe, no direito de se levantar construção sobre solo alheio ou mesmo sobre edifício de outrem.

Defendemos a opinião de que, na *fattispecie* da nova figura da “laje” ou propriedade superficiária, pode-se (e deve-se, tendo em vista sua utilidade prática) muito bem entender incluídas não só a a possibilidade de cessão da “superfície superior” ou “inferior” (além da do próprio solo, com base em interpretação extensiva, já acima sustentada) pré-existentes, ou seja, já construídas (pavimentos ou andares), como ainda o “*ius aedificandi*”, vale dizer, o direito do adquirente de levantar ele próprio uma nova edificação sobre ou sob a construção-base (ou, de modo mais amplo, sobre ou sob o próprio solo não edificado).

Saliente-se, de início, que a ideia do “*ius aedificandi*” como ínsito à figura da “laje” ou propriedade superficiária estaria, aliás, em perfeita sintonia com a origem histórica do instituto da *superficies* na experiência jurídica romana (como veremos mais adiante): o direito de superfície – do qual se desenvolveu, depois, tanto o homônimo direito real sobre coisa alheia (doutrina dominante) quanto a

³⁷ Há ainda dúvidas no caso de uma *terceira hipótese*, como já vimos antes: trata-se da situação inversa à da cessão da laje superior, em que o proprietário original da construção-base, já constituída de uma laje (um primeiro andar), resolva – como, na prática, ocorre às vezes em favelas ou bairros populares – vender ou transferir não a propriedade da laje ou superfície superior, mas da própria construção-base (ou seja, preferindo o construtor e dono da construção-base optar pela moradia na laje, com a conseqüente alienação daquela do “térreo”): a quem caberia a propriedade não só espaço aéreo restante, mas também do subsolo? Ao novo proprietário da construção-base, ou ao construtor e dono ainda da laje ou superfície superior? Em nossa opinião, mais uma vez por conta dos mesmos dois motivos já referidos, mas em sentido inverso, parece-nos que, sendo silentes as partes no contrato, a propriedade do espaço aéreo e do solo que restarem deveria caber, agora, ao novo dono da construção-base. O legislador pátrio não deve ter pensado nessa hipótese, que pressupõe uma *fattispecie* inversa à da cessão da superfície superior, prevista no art. 1.510-A. Contudo, pela *mens legis* deduzível do teor do §6.º do art. 1.510-A, ao menos quanto ao espaço aéreo restante, a presumível solução do legislador brasileiro seria de atribuí-lo, ao contrário de nossa opinião, ao dono da superfície superior, vale dizer, ao originário construtor da inteira edificação e, agora, proprietário apenas da superfície ou laje superior.

propriedade superficiária (doutrina minoritária) – surgiu da praxe de concessões pelo Estado a particulares-comerciantes não só de edifícios já construídos sobre o solo público, mas também de concessões, justamente, da faculdade de construir novos edifícios sobre tal solo³⁸.

Por outro lado, como veremos melhor mais abaixo, findo o período do direito romano, o direito de superfície, entendido como propriedade superficiária, foi, pouco a pouco, durante o direito intermédio ou direito comum, firmando-se, com o seu paulatino acolhimento pelos intérpretes.

Finalmente, no séc. XIX, como veremos melhor mais adiante, a propriedade superficiária encontrou seu reconhecimento, ainda que indireto, no *Code Civil* de 1804 e, em seguida, no *Codice civile* de 1865, com a introdução, nesses diplomas, da derogabilidade da regra de acesso por *inaedificatio*, passando a considerar-se o princípio “*superficies solo cedit*” como norma dispositiva.

Todavia, esse direito de superfície concebido modernamente, de modo especial na França e na Itália, como propriedade superficiária, não só, a rigor, encontrou um reconhecimento apenas de forma indireta, como também não recebeu qualquer tipo de regulamentação detalhada³⁹.

Os problemas prático-dogmáticos principais disso decorrentes concentraram-se, em tempos modernos, justamente nas situações em que o dono de solo atribuía a terceiro o inédito direito de levantar uma construção em seu terreno – e não nos casos simples de alienação apenas das construções já existentes separadamente da propriedade do solo, que passaram a ser legalmente possíveis, ao menos nos ordenamentos francês e italiano, a partir da edição de seus códigos civis.

Dos debates entre os intérpretes modernos acerca da qualificação jurídica daquele inédito direito defluiu uma nova configuração técnica do direito real de superfície, que passava também a incluir um inédito aspecto: justamente o chamado e já supra referido “*ius aedificandi*”, ou seja, o direito de construir em solo ou edifício alheio e de manter a propriedade da construção resultante⁴⁰.

Nesse aspecto, graves dúvidas surgiram então, especialmente na doutrina italiana, em relação à natureza jurídica desse “*ius aedificandi*”, especialmente por conta das consequências decorrentes do “não uso” desse novo direito: se entendido

³⁸ Cf. M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nota 5 supra), p. 473.

³⁹ Cf. G. PUGLIESE, *Della superficie*, in A. SCIALOJA – G. BRANCA (org.), *Commentario del Codice Civile – Libro III – Della proprietà – Art. 810-956*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro Italiano, 1946, pp. 425-426 e R. CATERINA, *I diritti reali 3 – Usufruto, uso, abitazione, superficie*, Torino, Utet, 2009, pp. 197-198.

⁴⁰ Cf. G. PUGLIESE, *Della superficie* cit. (nota 39 supra), pp. 426-434 e R. CATERINA, *I diritti reali 3* cit. (nota 39 supra), p. 198.

4. PROPRIEDADE SUPERFICIÁRIA E PRINCÍPIO “SUPERFICIES SOLO CEDIT”.

A par das sérias dificuldades prático-teóricas (apoio, acesso, natureza jurídica do espaço aéreo, do subsolo etc.) surgidas do enquadramento da propriedade superficiária nos preceitos jurídicos, a sua rejeição nos ordenamentos jurídicos modernos em que *não* se admite, de modo amplo, a “propriedade superficiária” – isto é, a ilimitada possibilidade jurídica da divisão da propriedade imobiliária entre solo e superfície, ou mesmo por planos horizontais sobrepostos de um edifício (*v. g.*, superfície inferior, construção-base e superfície superior de uma construção)⁶³ –, como, por exemplo, de maneira particular, o alemão e aqueles influenciados pelo BGB, dentre os quais o brasileiro (até a novidade do direito de laje, trazida pela Lei n.º 13.465, de 11 de julho de 2017) –, o impedimento legal remonta, ainda hoje, a um fundamental dogma ou princípio geral surgido na experiência jurídica dos antigos romanos: “a superfície acede ao solo” (“*superficies solo cedit*”).

Com base nessa conhecida regra, uma das hipóteses, como se sabe, de acessão, a (em latim) “*superficies*” (de “*super*” + “*facere*” = fazer sobre), vale dizer, as edificações (consideradas o “acessório”) construídas em um imóvel acompanham a destinação jurídica do solo (considerado o “principal”), ou seja, pertencem ao proprietário do solo e não ao construtor.

Portanto, como regra geral, o dono do solo deveria também, a rigor e em princípio, ser o dono do inteiro edifício construído.

Tal notória regra do direito romano encontra-se presente em todos os ordenamentos jurídicos modernos pertencentes ao sistema romano-germânico, ou seja, não só no BGB e nos códigos civis por ele inspirados – em que não se reconhece a propriedade separada do solo e da superfície –, como também naqueles, em especial o *Code Civil* francês e outras legislações que o acompanharam, a exemplo, notadamente, do *Codice Civile* italiano, nos quais se admite a propriedade superficiária amplamente.

Contudo, a fundamental diferença entre esses dois grupos é que, no primeiro (dos Códigos Civis da Alemanha e alguns outros ordenamentos), o dogma “*superficies solo cedit*” se apresenta como *regra cogente* (e, assim, *presunção*

⁶³ Excetuando-se, obviamente, como já dissemos antes, a figura jurídica *sui generis* do condomínio edilício, que apresenta regulamentação exclusiva com a imposição compulsória da comunhão do solo e das partes comuns de um edifício entre os titulares dos apartamentos.

5. PROPRIEDADE SEPARADA OU CO-PROPRIEDADE⁸⁴?

A figura, aqui estudada, do direito de laje ou propriedade superficiária, vale dizer, do domínio separado, por exemplo, da superfície superior e inferior de uma mesma construção, obviamente desemboca, sob certo aspecto, no instituto jurídico da co-propriedade, já que uma mesma coisa (a edificação de dois ou mais pavimentos) pertencerá, a título de propriedade, a mais de uma pessoa, ainda que incidindo uma divisão espacial.

Mesmo assim, a co-propriedade resultante do direito de laje é, em termos técnicos, não só diversa do *condomínio edilício* (arts. 1.331 a 1.358), e já o dissemos mais de uma vez, como também diferente da figura padrão e comum de co-propriedade – o chamado *condomínio voluntário* de cotas-partes do CC/02 (arts. 1.314 a 1.322).

Nessa última figura, tão conhecida, temos apenas a divisão do domínio de um mesmo bem em *partes abstratas*, ou seja, em quinhões ou cotas ideais.

Não há, pois, uma divisão física ou espacial desse direito de propriedade. Por isso mesmo, tal instituto é apelidado de “comunhão indivisível” – *communio pro indiviso*.

Já na figura da propriedade superficiária ou laje, objeto do presente estudo, estamos diante da divisão da propriedade de uma *mesma coisa* por *partes materiais* ou *espaciais*. Em razão de tal característica, a laje ou propriedade superficiária corresponderia, semelhantemente ao que a doutrina chama de *communio pro diviso*, ou seja, uma “comunhão divisível”.

Em outras palavras, como ensina F. C. PONTES DE MIRANDA⁸⁵, na comunhão

⁸⁴ Não obstante o uso, pelo nosso CC/02, do vocábulo “condomínio” geral (art., prefere-se aqui o sinônimo “co-propriedade”. Explica-se o motivo: entre nós, o termo “condomínio” (ou “condômino”) *tout court*, costuma, não poucas vezes, ser empregado com o significado de “condomínio edilício” e não de “condomínio” (geral). Cf., no sentido indicado, O. J. DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico* cit. (nota 14 supra), p. 337: “*Condomínio*. Sem fugir ao conceito que lhe é atribuído pelo Direito Civil, igualmente se designam como *condomínio* as diversas dependências de um *prédio de apartamentos*”. Em vista de tal possível confusão de significados, melhor optar pelo vocábulo técnico “co-propriedade”, que dá menos margem a essa dificuldade. A mesma questão apresenta-se na terminologia jurídica italiana: “Preferisco parlare di comproprietà”, bem observa M. Marrone, *Istituzioni* cit. (nota 11 supra), p. 361, n. 137, “anziché di condominio ... perché al termine ‘condominio’ il nostro codice civile attribuisce un significato specifico, di comproprietà dele parti comuni d’un edificio (artt. 1117 e segg.)”.

⁸⁵ *Tratado de Direito Privado XII* cit. (nota 2 supra), pp. 44-45.