

RODRIGO REIS MAZZEI \*\*

ENUNCIADO 309: ART. 1.228. O CONCEITO DE POSSE DE BOA-FÉ DE QUE TRATA O ART. 1.201 DO CÓDIGO CIVIL NÃO SE APLICA AO INSTITUTO PREVISTO NO § 4 DO ART. 1.228 (IV JORNADA).

Justificativa apresentada:

Há no § 4 do art. 1.228 do Código Civil um deslize capaz de inviabilizar a norma em foco. Vale, pois, a transcrição do dispositivo: "§ 4 O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse *ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos*, de considerável número de pessoas, e estas nela *houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante*" (destaques nossos). Da leitura, não fica dúvida de que o comando legal remete o intérprete ao exame de fenômenos ligados à *posse* exercida pelos possuidores.

Com efeito, além de exigir que a posse seja *ininterrupta* ('por mais de cinco anos'), o legislador lançou dicção considerando como obrigatória que a posse tenha *qualificação social* (ao impor a necessidade do implante de 'obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante'), devendo, ainda, estar configurada a *boa-fé dos possuidores*. Dessa forma, em suma, com olhos para a posse exercida pelos possuidores, três requisitos cumulativamente hão de estar configurados, a saber: (a) *posse ininterrupta de - ao menos - cinco anos*; (b) *posse qualificada*; (c) *posse de boa fé*.

Nada obstante inexistir qualquer embaraço quanto ao prazo sem interrupção e o efeito social da posse, no que se refere à *boa-fé dos possuidores* a exigência legal mutila o instituto inovador inserido no § 4 do art. 1.228 do Código Civil. Isso porque o conceito de posse de boa-fé seguido pelo Código Civil de 2002, em seu art. 1.201<sup>1</sup>, está atrelado à ignorância do possuidor

\* Enunciados elaborados no Conselho de Justiça Federal (CJF).

\*\* Advogado do escritório RolandMazzei & Associados (ES).

1. Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa. Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.

quanto à ocorrência de vício para adquirir a coisa<sup>2</sup>. Em resenha, será possuidor de boa-fé aquele que possuir a coisa como se proprietário fosse, tendo adquirido esta ignorando a existência de vício que era impeditivo à própria aquisição. Com outras palavras, somente poderá ser considerado como possuidor de boa-fé aquele que 'crê' que adquiriu a coisa daquele que poderia, sem embaraço, efetuar a transmissão. Ainda que com variantes, a doutrina não discrepa da assertiva ora lançada Confira-se: "A boa-fé, na aquisição da posse em nome próprio, consiste na consciência de que se está adquirindo a coisa de quem podia, legitimamente, transmitir a propriedade" (GONÇALVES, MARCOS VINICIUS RIOS. *Dos vícios da posse*. 3ª ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 51); "Haverá, pois, na posse de boa-fé um ato jurídico translativo, ligando o possuidor atual ao seu antecessor, de modo que a aquisição se apresente como livre de qualquer lesão ao direito alheio. Essa crença de que não ofende o direito alheio também poderá dar-se quando o título não existir efetivamente, mas houver uma aparência de que existe, justificando a justa persuasão do possuidor" (GUIMARÃES, OCTÁVIO MOREIRA. *Da posse e seus efeitos*. 2ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1955, p. 36).

Fixado o conceito da *posse de boa-fé*, tem-se que será raríssima (ou talvez até mesmo inexistente) hipótese em que *considerável número de pessoas* tenha se apossado de imóvel - com extensa área - desconhecendo que não havia qualquer vício para a aquisição da coisa<sup>3</sup>. Note-se ainda que dificilmente o grupo de possuidores estará munido de *justo título*, conferindo '*aquisição conjunta*', o que afastaria a norma em debate do disposto no parágrafo único do art. 1.201 do Código Civil.

Na realidade, exame mais cuidadoso da norma revela que, em regra, a posse a ser exercitada pelos possuidores descritos no § 4 do art. 1.228 do Código Civil será de má-fé, com provável consciência de que a extensa área pertence a outrem. Ao que parece, houve um atropelo legislativo, confundindo os conceitos de posse de boa-fé com o de posse justa, pois é possível que tenhamos posse de má-fé que não seja injusta<sup>4</sup>, isto é, não violenta, não clandestina e não precária, nos termos do art. 1.200 do Código Civil<sup>5</sup>.

---

2. Segundo Joel Dias Figueira Júnior, na posse de boa-fé "o possuidor está liberto de qualquer intenção ou conhecimento referente às circunstâncias fáticas que poderiam macular sua posse" (*Posse e ações possessória*. Vol. I. Curitiba: Juruá, 1994, p. 252).

3. Em concepção moderna da boa-fé possessória, o fenômeno ocorrerá a partir de elementos que extrapolam a análise puramente psicológica da crença do possuidor. A boa-fé há de ser encarada em plano objetivo, devendo se aferir o dever de diligência e os atos concretos laborados pelo possuidor no sentido. Com linha próxima, Antânio Meñezes Cordeiro leciona: "Pode, pois, dizer-se que, de acordo com as actuais coordenadas da Ciência do Direito, há má-fé quando o sujeito conhecia, ou devia conhecer, certo facto, e há boa-fé quando o sujeito, tendo cumprido os deveres de diligência e de cuidado aplicáveis, desconhecia esse mesmo facto" (*A posse: perspectivas dogmáticas. e actuais*. 3ª. ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 94). Esta idéia pode ser reforçada no nosso sistema a partir da inteligência extraída do art. 113 do Código Civil, no que tange às cautelas e exigências para fins de configuração, inclusive, do justo título tratado no parágrafo único do art. 1.201 do diploma, uma vez que situações locais poderão permitir certa diferenciação na interpretação do dito conceito vago na projeção da boa-fé possessória.

4. Com boa resenha, confira-se: Joel Dias Figueira Júnior (ob., cit., p. 241).

5. Art. 1.200. É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária.



É perfeitamente exigível, dentro do escopo da norma, que se reclamasse a *posse justa* como requisito para a figura do § 4º do art. 1.228 do Código Civil, já que com tal postura se fecharia a porta do instituto para aqueles que adquirissem a posse com violência ou clandestinidade, marcas comuns em invasões deflagradas por grandes grupos (por vezes organizados e detentores de considerável capital). No entanto, seguindo nossa visão, houve enleio do legislador, confundindo conceitos absolutamente distintos que gravitam sobre o instituto da posse (posse de boa-fé com posse justa).

Para que não ocorra a total ineficácia do dispositivo deverá ser implementada *interpretação restritiva* ao § 4º do art. 1.228 do Código Civil, de modo a excluir a presença da posse de boa-fé do rol dos requisitos para a concessão da figura jurídica ali desenhada. A solução apontada é admitida, já que a interpretação restritiva, segundo Francesco Ferrara, fica autorizada nas seguintes situações: "1º) se o texto, entendido no modo tão geral como está redigido, viria a contradizer outro texto de lei; 2º) se a lei contém em si uma contradição íntima (é o chamado argumento 'ad absurdeum'; 3º) se o princípio, aplicado sem restrições, ultrapassa o fim que foi ordenado"<sup>6</sup>. Registre-se que interpretação restritiva de dispositivo constante do Livro III (Do Direito das Coisas), próxima à idéia ora proposta, já foi levada a cabo para resolver o embate entre o art. 187 e o § 2º do art. 1.228 do Código Civil, afastando-se o critério subjetivo na última norma, incompatível com as diretrizes da codificação, culminando com a aprovação do Enunciado 49<sup>7</sup> na I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Prestigiar o grave equívoco legislativo, mantendo o descompasso do art. 1.201 frente ao § 4º do art. 1.228, com a confusão instaurada entre os conceitos de posse de boa-fé e de posse justa, implicará no esvaziamento, quase completo, do inédito instituto jurídico constante em nosso Código Civil, inutilizando-o como ferramental útil para concretização da função social da propriedade.

6. *Como aplicar e interpretar as leis* (tradução do *Tratatto de Di'ito Civile Italiano*. Roma, 1921, do Professor Francesco Ferrara, por Joaquim Campos de Miranda) Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 43. Próximo: Adotando a mesma posição do professor italiano, confira-se Jose Antonio Nino (*La interpretación de las leyes*. 2. ed., México: Editorial Porrúa, 1979, p. 55-56).

7. Enunciado 49: "A regra do art. 1.228, § 2º, no novo Código Civil, interpreta-se restritivamente, em harmonia com o princípio da função social da propriedade e com o disposto no art. 187 da mesma lei".

ENUNCIADO 315 - ART. 1.241. O ART. 1.241 DO CÓDIGO CIVIL PERMITE QUE O POSSUIDOR QUE FIGURAR COMO RÉU EM AÇÃO REIVINDICATÓRIA OU POSSESSÓRIA FORMULE PEDIDO CONTRAPOSTO E POSTULE AO JUIZ SEJA DECLARADA ADQUIRIDA, MEDIANTE USUCAPIÃO, A PROPRIEDADE IMÓVEL, VALENDO A SENTENÇA COMO INSTRUMENTO PARA REGISTRO IMOBILIÁRIO, RESSALVADOS EVENTUAIS INTERESSES DE CONFINANTES E TERCEIROS (IV JORNADA).

Justificativa apresentada:

O Código Civil de 2002 regula (com algumas inovações) a usucapião extraordinária (art. 1.238) e a usucapião ordinária (art. 1.242). Inovou nos arts. 1.239 e 1.240 ao trazer novas modalidades do instituto para seu ventre, agasalhando figuras muito próximas às previsões constitucionais (arts. 191 e 183, CF/88).

Vale dizer que há grande semelhança no disposto no art. 1.240 do Código Civil, com o constante no art. 9º do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01), diferenciando-se, na arquitetura, quanto à existência (ou não) de um parágrafo extra (no caso o § 3º, do art. 9º, da Lei 10.257/01).

Indo mais além do simples comparativo entre as normas, percebe-se que o Estatuto da Cidade contém dispositivo *operativo*, de alto calibre, que possibilita que a usucapião alegada em matéria de defesa forme coisa julgada material em favor do réu, propiciando a alteração de registro da propriedade, consoante disposto no art. 13 da dita lei especial<sup>1</sup>. Registre-se, outrossim, que não se trata de disposição inédita, haja vista o anteriormente disposto no art. 7º da Lei 6.969/81<sup>2</sup>.

Com efeito, apesar do Código Civil de 2002 não conter regra com redação tão explícita ao art. 13 da Lei 10.257/01 e ao art. 1º da Lei 6.969/81, há superfície legal no bojo da codificação que também autoriza o mesmo resultado, ou seja, a usucapião (em qualquer modalidade) poderá ser invocada como matéria de defesa e a sentença que a reconhecer valerá como título para registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Para tanto, o art. 1.241 do Código Civil deve ser interpretado em conformidade com as diretrizes que iluminam o diploma codificado, com especial apego ao *princípio da operabilidade*, alardeado na respectiva Exposição de Motivos (item 'p'), pois se buscou "Dar ao Anteprojeto, antes de tudo um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da realizabilidade (...)".

- 
1. Art. 13. A usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no cartório de registro de imóveis.
  2. Art. 7º A usucapião especial poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para transcrição no Registro de Imóveis.



Em resenha bem apertada, com o *princípio da operabilidade* há uma busca para que o Código Civil seja - efetivamente - aplicado, justificando, inclusive, opções do legislador nos contornos de certos institutos, como, por exemplo, o uso de critério mais seguro quanto à distinção da prescrição e da decadência. No entanto, como anunciado no item 'p' da Exposição de Motivos, a manifestação do *princípio da operabilidade* é mais ampla, ocasionando a inserção no Código Civil, em pontos capitais, de dispositivos com a natureza de *pedido contraposto*, ou seja, de *postulações* (em forma de pedido e formando coisa julgada material) que poderão ser formuladas pelo réu em contestação. No sentido, visando à *conservação dos contratos*, foram implantados os arts. 157, § 2 ; e 479<sup>3</sup> (dispositivos sem paradigmas no Código Civil de 1916<sup>4</sup> permitindo que o réu promova a *revisão do contrato*, afastando a eventual *onerosidade excessiva* autorizativa de *ruptura do vínculo contratual*).

Consoante já defendemos em estudo anterior<sup>5</sup>, *pedido contraposto* é uma técnica processual que permite ao réu apresentar pedido, no bojo da contestação, valendo-se da *causa de pedir* (=mesmos fatos) do autor. Tem cognição mais limitada que a reconvenção, pois a última, além de ser ofertada em peça apartada, pode *expandir a matéria fática em quantidade*, uma vez o legislador permite seu manejo quando houver conexão (horizonte mais amplo, sem a limitação na causa de pedir - *mesmos fatos* - do *pedido contraposto*). Dessa forma, o manejo autorizado do *pedido contraposto* - em questões eleitas previamente pelo legislador - propicia agilização do resultado útil da pendenga, pois não há necessidade da formalização de dois processos, podendo o réu formular pedido se houver identidade na causa de pedir dos litigantes.

Note-se, por relevante, que a técnica em voga está em total conformidade com o inciso LXXVIII, art. 5 da Carta Magna<sup>6</sup>, já que viabiliza a resolução de controvérsias de forma mais célere.

Portanto, com atenção no *princípio da operabilidade* e com os contornos de *pedido contraposto* (utilizado pelo legislador em outros momentos dentro do Código Civil de 2002), não há como se vedar que o réu de ação reivindicatória

---

3. Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. (...) § 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito - destacamos. Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato - destacamos.

4. O reconhecimento da projeção processual do art. 479 e do § 2º do art. 157, do Código Civil, conjugada com a importância do princípio da conservação dos contratos, acaba por gerar um 'poder-dever' do julgador, com atuação ativa no sentido de estimular a subsistência do acordado, mesmo que em diferentes condições. A constatação pode ser retirada nos Enunciados 149 e 176 da 111 Jornada do Conselho da Justiça Federal, tendo o último a seguinte redação: "Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual".

5. MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil, in *Comentários ao Código Civil brasileiro*: parte geral (arts. 1 a 103). Arruda Alvim e Thereza Alvim (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. XCVII-XCIX, nota de rodapé n. 248.

6. LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

ou possessória venha se utilizar do art. 1.241 para invocar a usucapião como matéria de defesa, visando obter sentença que valerá como título hábil junto ao Cartório de Registro de Imóveis.

Observe-se, no sentido, que não há qualquer ressalva na dicção legal do art. 1.241 de que a usucapião somente poderá ser declarada mediante ação promovida pelo possuidor na qualidade de autor da demanda. Em razão inversa, a leitura do dispositivo demonstra que o possuidor, figurando em qualquer dos pólos da ação, poderá "requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião a propriedade imóvel".

Pensar diferente (e limitar o alcance do art. 1.241) significa conspirar contra o *princípio da operabilidade* e tomar sem qualquer efeito prático o dispositivo, uma vez que não existe qualquer dúvida no cabimento da ação de usucapião, conforme cristalina redação do art. 941 do CPC. O art. 1.241 somente pode ser considerado como uma inovação útil se admitida a possibilidade do *pedido contraposto*.

Vale dizer, ainda, que o Código Civil de 2002 seguiu um processo de *recodificação*<sup>7</sup>, com o prestígio de soluções de outros diplomas, razão pela qual não se pode desprezar a idéia de que o art. 1.241 tem espeque e alcance semelhante ao disposto nos arts. 13 da Lei 10.257/01 e 7 da Lei 6.969/81. Conclusão: o art. 1.241 do Código Civil permite que o possuidor, ao figurar como réu em ação reivindicatória ou possessória, formule *pedido contraposto* e postule ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel, valendo a sentença como instrumento para registro no Cartório de Registro de Imóveis<sup>8</sup>.

---

7. Entenda-se *recodificação*, consoante alerta Francisco Amaral, como a "ressistemização da matéria de direito privado, preservando, no possível, as disposições do Código vigente, e a ele incorporando as contribuições legais, jurisprudenciais e doutrinárias que têm cercado a evolução do direito civil brasileiro na segunda metade do século XX. (O novo Código Civil brasileiro, in *Estudos em homenagem ao professor doutor Inocêncio Galvão Telles*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 9).

8. As mesmas conseqüências jurídicas dos casos julgados com o tecido dos arts. 13 da Lei 10.257/01 e 7 da Lei 6.969/81 devem ser aplicadas para efeito do art. 1.241. Assim, como não há a participação dos confinantes na alegação da usucapião em forma de *pedido contraposto*, a sentença é ineficaz em razão destes. No sentido: Fredie Didier Jr (Aspectos processuais do usucapião especial rural e urbano. In *Procedimentos especiais cíveis*. Cristiano Chaves de Farias e Fredie Didier Jr. (Coords). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 837; José Carlos Moreira Salles. *Usucapião de bens móveis e imóveis*. 4ª ed., São Paulo: RT, p. 296; Athos Gusmão Carneiro. *Aspectos processuais da lei do usucapião especial* (AJURIS 26, p. 119). Confira-se, em termos, STJ, REsp. 233.607/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, j. 18.05.2000, DJ 01.08.2000 p. 270.



ENUNCIADO 322 - ART. 1.376. O MOMENTO DA DESAPROPRIAÇÃO E AS CONDIÇÕES DA CONCESSÃO SUPERFICIÁRIA SERÃO CONSIDERADOS PARA FINS DA DIVISÃO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO (ART. 1.376), CONSTITUINDO-SE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO SIMPLES ENTRE PROPRIETÁRIO E SUPERFICIÁRIO (IV JORNADA).

Justificativa apresentada:

O artigo 1.376 do Código Civil<sup>1</sup> prevê que, em caso de desapropriação, a indenização caberá a cada uma das partes da relação superficiária (proprietário/concedente e superficiário/concessionário), no valor correspondente ao seu direito.

De plano, a redação singela do dispositivo nos remete à idéia de que a análise para a divisão estará vinculada ao valor dos implantes e do solo, a fim de obter, proporcionalmente, o *quantum* do direito real de cada um, levando-se, ainda, em conta um suposto *momento neutro da concessão*, ou seja, um determinado ponto temporal no qual as partes se encontram em pé de igualdade. Entretanto, a leitura do dispositivo deve ser mais ampla, eis que nem sempre estarão as partes no ponto de equilíbrio contratual presumido no dito artigo de lei.

Com efeito, nada obsta que a desapropriação venha a ocorrer ao final do contrato, quando o proprietário está prestes a incorporar no seu patrimônio os implantes (art. 1.375). Também é possível que a desapropriação ocorra no início da concessão, quando o superficiário apenas iniciou os trabalhos para o(s) implante(s), sem sequer ter quitado integralmente o *solarium* junto ao proprietário. Nessas condições, a interpretação do artigo 1.376 será mais complexa<sup>2</sup>, devendo ser levado em conta também o fator temporal<sup>3</sup>, assim como circunstâncias peculiares de cada contrato (p. ex.: o pagamento e o valor do *solarium*, previsão de indenização para o superficiário ao fim da concessão) para se aferir o valor do direito real de cada um. Desse modo, toda vez que a ação desapropriatória alvejar os dois direitos reais (propriedade e superfície), ou seja, englobe o terreno e a acessão (gerando a extinção do direito de superfície), deverão ser citados tanto o proprietário quanto o superficiário em

1. Artigo 1.376 - No caso de extinção do direito de superfície em consequência de desapropriação, a indenização cabe ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito real de cada um.

2. Em termos: Joel Dias Figueira, *Novo Código Civil*, coordenação de Ricardo Fiuza, 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1.216), Jones Figueiredo Alves e Mário Luiz Delgado (*Código Civil anotado: inovações comentadas artigo por artigo*, São Paulo: Método, 2005, p. 698).

3. No sentido: Aída Kelelmaker de Carlucci e Alicia Puerta de Chacón: "*La expropiación ponde la cosa fuera dei comercio, por 10 que es razonable la extinción de la propiedad privada. En este caso, el justiprecio que se pague deberá distribuirse entre el superficiario y el dominus soli en proporción ai valor de uno y outro ai tiempo de verificarse la expropiación*" (*Derecho real de superficie*, Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 60).

*litisconsórcio necessário*, pois a demanda judicial implicará na perda do direito real de propriedade do imóvel pelo concedente e na perda do direito real sobre coisa alheia em favor do superficiário/concessionário, inclusive no que tange ao(s) implante(s). A solução ora apresentada detém tecido na interpretação extensiva do artigo 16 do Decreto n. 3.365/41<sup>4</sup>, de modo que a expressão *proprietário dos bens* contida no dito dispositivo deve ser absorvida de forma elástica, abrigando não só o efetivo proprietário, mas também todos os titulares de direitos reais vinculados ao bem expropriado<sup>5</sup>.

Portanto, para fins do art. 1.376 do Código Civil, não nos parece possível afastar o superficiário da formação do pólo passivo da ação expropriatória que alcance seu direito real, valendo lembrar que ele teria, inclusive, se não alvejado pela expropriação, o direito de alienar (= *ceder*) o referido direito real a terceiro, nos termos do artigo 1.372<sup>6</sup>. Há, assim, *litisconsórcio necessário* na situação arquitetada no artigo 1.376 quando a desapropriação atingir o imóvel da concessão (direito real do proprietário/concedente) e a sua superfície (direito real sobre coisa alheia em favor do superficiário/concessionário).

No entanto, apesar da formação de *litisconsórcio necessário*, a ação de desapropriação que incidir sobre os dois direitos reais gerará *litisconsórcio simples* (não unitário), pois, como se trata de direitos reais distintos, a desapropriação judicial não os atingirá igualmente, até mesmo porque a base de valoração das indenizações será diferente. A sentença proferida na ação de desapropriação trabalha com *cognição horizontal* extremamente limitada, haja vista que, à luz dos artigos 9º e 20 do Decreto-Lei n. 3.365/41, a parte passiva da ação somente poderá arguir vícios processuais e impugnar o valor

---

4. Artigo 16: A citação far-se-á por mandado na pessoa do *proprietário dos bens*; (...). (destaque nosso).

5. Para Pontes de Miranda: "Têm que ser citados todos os titulares de direito real que a desapropriação há de apanhar; portanto quem quer que, com a desapropriação, sofra a perda de direito. Na expressão *proprietário*, no artigo 16 do Decreto-Lei n. 3.365, está o titular de direito, como *direito de propriedade*, no artigo 141, parágrafo 16, 1ª parte, da Constituição de 1946, é qualquer direito desapropriável" (*Tratado de direito privado*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 14, p. 237).

6. Ainda que fora dos ditames do art. 1.376 (que se volta para casos de extinção do direito de superfície), parece-nos que somente pode ser dispensada a citação do superficiário na incomum hipótese em que a desapropriação for exclusiva quanto ao imóvel, mantendo-se incólume a concessão até o seu término, pois assim não ocorrerá, em princípio, situação que cause embaraço ao direito real do fundeiro, a justificar uma indenização. No que se refere ao concedente-proprietário, sempre existe em seu favor a presunção de que, ao final da concessão, seu patrimônio será fortalecido, pois, sendo as concessões temporárias, absorverá, ao final, os implantes respectivos (art. 1.375, CC/2002). Se a expropriação impedir tal *bônus* ao concedente-proprietário e/ou fizer cessar o recebimento do *canon* (caso se trate de contrato oneroso), a desapropriação não será apenas do direito real de superfície e, via de talante, haverá interesse do concedente-proprietário a justificar sua participação no pólo passivo, já que merecerá justa indenização. Ademais, nos parece claro que o direito de superfície, como direito real sobre coisa alheia, não se confunde com a chamada '*propriedade supeticiária*' ('*direito sobre as acessões*'), havendo uma dualidade de situações, conforme bem definem Aída Kelelmaker de Carlucci e Alicia Puerta de Chacón (*Derecho real de supeticie*, Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 11-12). De toda forma, o caso concreto há de ser sopesado, pois é possível que se crie embaraço tal a justificar a desapropriação indireta do imóvel.



ofertado pelo autor, não se admitindo no bojo da desapropriação discussões desafetas à limitação cognitiva<sup>7</sup>. Com atenção ao *caput* dos arts. 24 e 27 do Decreto-Lei n. 3.365/41, tem-se que a sentença proferida na ação de desapropriação está jungida à consolidação de valor a ser pago pelo despojamento compulsório. Isso significa dizer que o objetivo da ação não é obter autorização judicial para a desapropriação em si<sup>8</sup>, mas apenas de fixar o preço a ser pago pelo desapropriante. Dessa forma, se a ação de desapropriação englobar o imóvel e os implantes, a sentença final terá dois capítulos distintos, um deles referindo-se ao preço do imóvel (com capítulo voltado ao concedente/proprietário) e o outro ao preço das acessões (com capítulo atinente ao fundeiro/superfideiário)<sup>9</sup>. Ora, se na fixação da verba indenizatória (que é a resposta judicante ao pleito principal da ação) ocorre resultado diferenciado para cada titular de direito real, não sendo, no particular, a sentença uniforme para os réus, até mesmo diante da cindibilidade da mesma, há de ser afastada a figura do litisconsórcio unitário, surgindo a figura do *litisconsórcio simples*.

Conclusão: o art. 1.376 do Código Civil cria situação de *litisconsórcio necessário* entre os titulares dos distintos direitos reais alcançados pela ação desapropriatória. Contudo, pela falta de uniformidade na fixação da indenização, este litisconsórcio será *simples*.

---

7. No sentido: Seabra Fagundes (*Desapropriação no direito brasileiro*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949, p. 151).

8. A desapropriação, nos termos da conjugação dos artigos 2, 6, 7 e 8 do Decreto-Lei n. 3.365/41 é ato de índole administrativa, prévio à ação judicial.

9. Artigo 27 (Decreto-Lei n. 3.365/41)- O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles aufero o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos; e à valorização ou depreciação da área remanescente, pertencente ao réu.