

VÁRIA

PARECER. CESSÃO DE ESPAÇO AÉREO

RICARDO PEREIRA LIRA*

PARECER

EMENTA: (a) **Concepção volumétrica da propriedade imobiliária, consistente em um plano (surface), sobre o qual existe o espaço aéreo e sob qual se encontra o subsolo, ambos se estendendo até a utilidade e o interesse que possam oferecer ao proprietário (Art. 526, do Código Civil vigente, e Art. 1.229, do novo Código Civil);**

(b) **Aquisição do espaço aéreo sobrejacente ao prédio contíguo (pela via da cessão perpétua) (direito de superfície previsto no art. 21, §1º, do Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.157, de 10.07.2001), tendo como consequência o atendimento do afastamento lateral exigido pela legislação municipal, relativamente ao dito prédio contíguo.**

CONSULTA

1. A Consulente **A**, firma individual com sede nesta Cidade do Rio de Janeiro, conforme projeto aprovado no Processo nº..... e respectiva modificação de 00.00.00 e licença nº....., está construindo o edifício designado ".....", que receberá o nº166 da Rua

2. Por escritura pública de Instituição de Servidões, lavrada no Livro nº....., Folha nº..... e seguintes, Ato nº, do Tabelionato do ...º Ofício de Notas desta Comarca, datada de 00.00.2001, a Consulente, como Outorgada, celebrou com **B** e sua mulher **C**, como Outorgantes, proprietários do prédio e

respectivo terreno situados contiguamente na Rua, as seguintes servidões:

(a) servidão de ar e luz em benefício da futura edificação, para ser usada como afastamento, prisma de iluminação e ventilação, respeitado o limite legal de afastamento entre os imóveis serviente e dominante de 1,5 metro previsto no artigo 573 do Código Civil e, também, a legislação municipal;

(b) servidão aérea “non altius tollendi”, do supramencionado imóvel contíguo situado na Rua....., no sentido de que, se, no futuro, os Outorgantes **A** e **B**, seus herdeiros e sucessores, a qualquer título, vierem a nele acrescer benfeitorias ou acessões, estas não ultrapassarão a altura de 12,00 m, valendo dito limite, inclusive, para quaisquer novos projetos arquitetônicos relativos ao dito imóvel de propriedade dos Outorgantes; em contrapartida e a título de indenização, a Outorgada pagou aos Outorgantes a quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), sendo R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) relativamente a cada uma das servidões, na forma mencionada na referida escritura.

A dita escritura foi celebrada em caráter irrevogável e irretratável, extensiva e obrigatória aos herdeiros e sucessores, a qualquer título, das partes contratantes.

2.1 Por escritura pública de cessão de espaço aéreo, lavrada no Livro nº....., Folha nº ... e seguintes, Ato nº ..., do Tabelionato do ...º Ofício de Notas desta Comarca, celebrada na mesma data que a anteriormente citada, 00.0.2001, os Outorgantes **A** e sua mulher **B**, proprietários do prédio e respectivo terreno situados na Rua, cederam e transferiram, gratuitamente, à Outorgada, ora Consulente, em caráter perpétuo, o espaço aéreo correspondente ao supramencionado imóvel, contíguo, situado na Rua, colocando a Outorgada em paz e a salvo de dúvidas e contestações futuras, nada dela podendo pedir nem reclamar, em tempo algum e a qualquer título, em juízo ou fora dele, com fundamento no dito instrumento.

2.2 A escritura pública constitutiva das servidões de ar e luz em benefício da futura edificação para ser utilizada como afastamento, prisma de iluminação e ventilação, respeitado o limite legal de afastamento entre os imóveis serviente e dominante de 1,5 m previsto no artigo 573 do Código Civil e, também a legislação municipal, bem como a dita escritura pública de cessão do espaço aéreo, feita gratuita e perpetuamente, pelos respectivos proprietários, sobrejacente ao terreno e respectivo imóvel situados na Rua, foram registradas no ...º Ofício do Registro de Imóveis da Comarca desta Capital, respectivamente sob os nºs e, em 0.00.2002.

2.3 Conforme instrumento de promessa de compra e venda exibido pela Consulente ao autor do presente parecer, a primeira fez constar na outorga a cada um dos adquirentes finais as servidões de ar e luz e a servidão aérea "altius non tollendi", bem como a cessão de espaço aéreo sobre o terreno e imóvel situados na Rua, garantindo a realidade e perpetuidade das aludidas situações jurídicas.

3. Diante das servidões e da cessão do espaço aéreo contratadas, a Consulente requereu ao Senhor Secretário de Urbanismo da Municipalidade do Rio de Janeiro alteração do projeto inicialmente aprovado, que recebeu dos ilustres funcionários municipais instrutores manifestações contrárias, valendo ressaltar para os fins do vertente parecer o argumento por eles utilizado de que o projeto, como alterado, não atende o afastamento lateral relativamente à divisa com o prédio contíguo da Rua, já que, nesse ponto, o afastamento lateral de 3,77m se completa avançando sobre o espaço aéreo adquirido, sendo certo, dizem os eminentes técnicos, arquitetos e procurador municipal (este último encampando o pronunciamento de uma estagiária) funcionando na assessoria da aludida secretaria municipal, que o art. 144, do Código de Obras (Decreto nº 3.800), assim dispõe:

"Art. 144. Para os efeitos de aplicação do que dispõe este Capítulo, é aceito o direito real de servidão recíproca de áreas comuns contíguas às divisas.

§ 1º. A comunhão de áreas para a formação de prisma de iluminação e ventilação ou de ventilação fica subordinada à concordância mútua dos proprietários dos lotes contíguos, estabelecida por escritura pública ou termo de obrigações assinado no órgão estadual (leia-se municipal) competente devidamente registrados no Registro Geral de Imóveis.

§ 2º. No caso de existir diferenças de nível entre os lotes a comunhão a que se refere o parágrafo anterior, será considerada a partir do nível do mais alto".

Aduz a informação dos eminentes arquitetos, datada de 00.00.2002, que "se considerarmos que o contrato firmado entre os vizinhos não altera os limites do lote do Requerente, e que, portanto, não está atendido o afastamento das divisas (conforme definição do glossário), não se poderia aplicar o direito de superfície, pois a legislação não estaria atendida".

O Senhor Secretário Municipal de Urbanismo, Alfredo Sirkis, diante dessas manifestações contrárias à modificação do projeto, resolveu submeter a análise da questão à Procuradoria do Município.

Esse o estado atual do Processo nº 02/335789/00.

Diante dos elementos acima descritos, formula a Consulente o seguinte quesito único:

QUESITO — “ Em face da disposição constante do § 1º do artigo 21 da Lei Federal nº10.257, de 10.07.2001. (Estatuto da Cidade) é de ser indeferida a modificação do projeto requerida pela Consulente, sob o fundamento de que o afastamento na lateral direita (3.77)do prédio edificando e respectivo terreno não se consuma nos limites da divisa do prédio da Rua, invadindo dito afastamento, para que se complete, o espaço aéreo existente sobre o prédio nº..... da Rua.....?”

RESPOSTA

4. Há muitos anos se esperava o fato de que a União Federal tivesse explicitada sua competência constitucional para **“instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”** (Art. 21, inciso XX, da Constituição do Brasil, de 1988, o destaque é nosso).

No fundo, o de que se cogitava era da tentativa de conceber novos instrumentos que dessem tratamento eficaz a uma nova realidade: a de um país urbano, com assento populacional iníquo e irregular, e péssima qualidade de vida nas cidades.

Hoje, após o último censo do IBGE, pode afirmar-se com segurança que o país tem uma população urbana de pouco mais de 80%, e uma população rural de pouco menos de 20%.

Por força dessa razão, a Constituição do Brasil de 1988 alçou, pela primeira vez, a Cidade ao patamar constitucional e atribuiu à União Federal a competência para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, estabelecendo nos artigos 182/183 normas constitucionais definindo a política urbana, a ser executada pelo Poder Público Municipal, conforme princípios gerais fixados pela União Federal e refletidos nos respectivos planos diretores, tendo por objetivo ordenar as funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Antes da Constituição do Brasil de 1988, o Governo Federal, mesmo sem a competência expressamente outorgada pela Constituição, tentava instituir essas diretrizes e, para tanto, remeteu ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 775/83, que se fazia acompanhado de pareceres, demonstrando a competência implícita da União na matéria, de autoria de dois eminentes juristas, os Professores Miguel Reale e Hely Lopes Meirelles, com que se procurava antecipadamente enfrentar a inexistência de uma competência expressa constitucional, conferida à União Federal, para tratar da Questão Urbana.

Esse projeto ficou estagnado em sua tramitação no Congresso Nacional, e várias outras proposições foram apresentadas, inclusive, aprovada uma iniciativa do saudoso Senador Pompeu de Souza, que, aliás, se autodenominava Estatuto da Cidade.

Vários anos se passaram, sobreveio a Constituição do Brasil de 1988, até que, não sem uma certa surpresa, se resolveu dar uma solução legislativa à questão da necessidade de regras federais estabelecerem princípios para a disciplina das Cidades, onde o assentamento humano se realizava, e ainda se realiza, de forma desordenada e iníqua, sendo fundamental que os princípios e instrumentos aprovados com o Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257, de 10.07.2001) ganhem eficácia social.

Esse Estatuto mantém instrumentos antigos, restabelece instrumentos que se haviam perdido em meados do século XIX (como o direito de superfície), e cria instrumentos novos (como, por exemplo, o direito de preempção, a outorga do direito de construir e o usucapião coletivo), todos precisando ser considerados em sua nova facies diante de uma legislação municipal que precisa ser vista com os olhos da contemporaneidade.

É através dessa ótica que a questão que ora se põe e é enfocada no presente parecer deve ser analisada.

5. Vejamos, primeiramente, uma questão para a qual nem sempre os especialistas voltam seus olhos, relativa ao direito de superfície, que interessa de perto à solução da questão vertente e que a Consultente formula.

Em tese acadêmica que elaboramos em 1979, com a qual obtivemos, na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), a titularidade em Direito Civil, chamamos a atenção para a interessante concepção de ALESSANDRO VON DER HEYDE GARRIGOS¹, em que o autor começa de uma concepção geométrica de superfície, para chegar à configuração da propriedade imobiliária.

Parte o autor da noção da propriedade do solo de corte romanista, estendendo-se consequentemente o direito de propriedade a toda a profundidade e espaço aéreo sobre o solo, em linhas perpendiculares. Prossegue asseverando que, dessa maneira, encontramos-nos diante de uma pirâmide, cujo vértice ideal está no centro da terra e cuja base está no céu, da qual a superfície é um setor. Os lados da pirâmide teoricamente não podem ser paralelos. O ângulo, contudo, é tão pequeno que os lados da pirâmide poderiam ser ditos como sendo paralelos. Pode afirmar-se, então, ter a propriedade imóvel a forma de um HEXAEDRO, cujo corte está representado pela superfície, cujas bases se acham no infinito, uma no seio da terra, outra no espaço aéreo.

A propriedade imobiliária, continua a imaginosa abstração, surge assim claramente divisível em três partes: 1ª — a porção subterrânea; 2ª — a superfície; 3ª — porção aérea. Conclui o autor asseverando ser a superfície um plano, insuscetível, por conseguinte, de divisão horizontal, sendo as outras porções, em contrapartida, divisíveis vertical ou horizontalmente, sem limitação alguma.

Relevadas algumas liberdades que a imagem se permite com princípios jurídicos vigentes — sobretudo o da limitação do que está superior ou inferior ao solo (plano da superfície) à medida da utilidade do exercício do direito e do interesse do titular — ela termina por clarificar, inteligente e elegantemente, a ideia da superfícies, como um PLANO, largura e extensão, sem profundidade e sem espessura.

5.1 Ao longo substancialmente de premissas análogas, a doutrina francesa oferece interessante verificação explicitada, entre outros, pelos irmãos MAZEAUD², pelo próprio Código Civil francês³, e detectada por TEIXEIRA DE FREITAS⁴.

Dizem ser o direito de propriedade imobiliária um direito EM VOLUME. Não incide apenas na surface do solo. Nenhum cultivo ou construção seria possível se o direito de propriedade não tivesse por objeto um volume. A evolução social limitou a extensão da propriedade referida no artigo 552, do Código Civil francês, mas não deixa de ser verdadeira a afirmação de que “La Propriété du sol emporte la propriété de dessus et du dessous”.

Partindo dessas premissas irrefutáveis, é jurídico afirmar que a superfícies (surface) é o plano que idealmente separa as colunas que, relativamente a ele, se colocam em posição superior e inferior ao longo de toda a sua extensão e largura (Vide incluso Gráfico nº 1)

5.2 Impende, agora, considerar que supervenientemente surgiu a necessidade de definir a extensão do direito de propriedade, ou seja, a extensão desse volume em sua projeção superior e inferior.

Em suas Instituições de Direito Civil, volume IV, ed. Forense, 1984, págs. 76/78, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA enfoca o ponto com a mestria habitual.

Depois de enfatizar que o tema se põe particularmente no tocante aos imóveis — como aliás temos frisado — o jurista afirma que o que importa é saber até onde vai o poder do proprietário, discorrendo, então, na linha do que fazem a doutrina moderna e contemporânea.

A invocação do Direito Romano, diz o jurista, guarda hoje um interesse puramente histórico, atendendo a que as transformações políticas, econômicas

e técnicas provocaram, necessariamente, sensível modificação nos conceitos jurídicos.

A noção geométrica de superfície, como expressão de solo, não satisfaz as exigências jurídicas, pois é obvio que o proprietário não teria a possibilidade de exercer os poderes dominiais de uso e gozo (*ius utendi et fruendi*) se lhe fosse negado direito ao que está abaixo e acima. Não poderia construir ou plantar, não teria meios de utilizar se a concepção de domínio ficasse adstrita à camada externa de revestimento da terra.

Daí ter nascido a ideia de que a propriedade do solo estende-se ao subsolo e ao espaço aéreo.

Mas, ainda assim, a questão perdura, na indagação de até onde. Se se expande sempre ou se encontra algum limite. O problema ocupou a mente dos romanos.

Os glosadores, tomando literalmente os textos, sem uma depuração das condições psicossociais que os inspiraram, a seu turno construíram uma teoria, que se condensou numa fórmula repetida pelos juristas em toda a Idade Média, e que chegou ao nosso tempo: *Qui dominus est soli dominus est usque ad coelos et usque ad inferos* — quem é dono do solo é também dono até ao céu e até ao inferno. A fórmula é poética, mas não exprime uma realidade econômica nem encerra uma verdade material. Não é exata, porque ao dizer que o dono do solo é dono do subsolo e do espaço aéreo induziria admitir que a propriedade imobiliária se fraciona em propriedade do solo, propriedade do subsolo e propriedade do espaço aéreo. Por isso mesmo já se disse que não é a propriedade que se estende verticalmente, mas o poder do proprietário. Mesmo entendida nesses termos a fórmula deixa de satisfazer como uma equação absoluta. O dono do solo não leva o seu poder verticalmente como a projeção espacial do seu direito. Não se justifica, em consequência, como conceito jurídico. Falta-lhe consistência ao afirmar que o proprietário do solo estende indefinidamente o seu poder para cima e para baixo.

Embora represente tão somente uma abstração, pois que ninguém jamais cogitou levar o seu domínio em projeção vertical sem qualquer termo, a fórmula encontrou simpatia e penetrou no Código Napoleão (Art. 552), reclamando do legislador francês a adoção ulterior de medidas de contenção hábeis a fixar a norma na órbita do possível.

Mais realista é a concepção germânica, que pressupõe a proteção vertical limitada ao interesse do proprietário (BGB art. 905) ou à utilidade do aproveitamento (Código Civil suíço, art. 667).

Essa concepção está perfeitamente explicitada na versão definitiva do art. 526, do Código Civil brasileiro vigente (1915), nos seguintes termos:

“Art. 526. A propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda a altura e em toda a profundidade, úteis ao seu exercício, não podendo, todavia, o proprietário opor-se a trabalhos que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse algum em impedi-los.”

A utilidade e o interesse são, por conseguinte, os marcos de extensão da propriedade do solo.

O Código Civil brasileiro de 10 de janeiro de 2002, com vigência prevista para 10 de janeiro de 2003, é mais incisivo e claro no explicitar a propriedade imobiliária em volume, e as limitações na projeção inferior e na projeção superior, estabelecendo, no artigo 1229:

“Art. 1229. A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las.”

Diante do que ficou deduzido, sobretudo em face do art. 526, do Código Civil vigente, e do art. 1229, do Código Civil a entrar em vigor em 10 de janeiro de 2003, não se pode aceitar que o espaço aéreo e o subsolo não estejam abrangidos na propriedade do solo. Estão evidentemente, com as limitações indigitadas.

5.3 A previsão de negócios jurídicos envolvendo o espaço aéreo em nosso ordenamento está contemplada em dois momentos.

O primeiro deles está consubstanciado no art. 8º, do Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, quando se permite a concessão de uso do espaço aéreo sobre a superfície de terrenos públicos ou particulares, tomada em projeção vertical, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra ou outra utilização de interesse social.

Como se pode notar, à luz desse diploma legal, não se está transferindo ao concessionário a titularidade do espaço aéreo, mas se está concedendo apenas o uso desse espaço, permanecendo a propriedade com o concedente.

Sem entrar em eventuais especificidades do direito urbanístico francês, é o que parece ocorrer na passagem aérea, em Paris, que liga, sobre a via pública, duas projeções pertencentes à Galerie Lafayette.

É o que parece acontecer na passagem aérea sobre o espaço público, existente no complexo imobiliário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), ligando o prédio das tradicionais arcadas ao anexo construído há alguns anos atrás, situado no outro lado da via pública.

É o que acontece na Faculdade de Direito de Campos, no Estado do Rio de Janeiro, onde se construiu uma passagem aérea, nesse caso sempre sobre terreno de propriedade da Fundação mantenedora, inexistindo propriamente uma concessão, mas havendo uma utilização do titular do domínio consistente na ligação aérea entre um prédio recentemente edificado e o prédio histórico.

5.3.1 O outro negócio jurídico referido no ordenamento pátrio, prevendo a possibilidade de ter o espaço aéreo como objeto de pactuação, está na recente Lei Federal nº10.257, de 10.07.2001, que regulamentou os arts. 182/183 da Constituição da República e estabeleceu as diretrizes gerais federais da política urbana, denominada Estatuto da Cidade. \

Ao disciplinar o direito de superfície, o referido Estatuto o fez de maneira criativa e específica, desprendendo-se do conceito clássico predominante em todo o direito comparado, onde o ius superficiæ, direito de superfície, consubstancia sempre uma suspensão (superfície temporânea) ou uma interrupção (superfície perpétua) dos efeitos da acessão.

O direito de superfície clássico, não urbanístico, que está contemplado nos artigos 1369/1377, do Código Civil brasileiro, a entrar em vigor em 10.01.2003, trata da superfície que parte da concessão de construir ou plantar em terreno alheio, de tal forma que concretizada a construção ou plantação, esse incremento, afastados que ficam os efeitos da acessão, pertence ao superficiário, como propriedade superficiária separada, remanescendo o solo de propriedade de seu titular, concedente da superfície.

A superfície urbanística — que, a meu ver sobreviverá quando entrar em vigor o novo Código Civil brasileiro, pois se cuida de institutos com vocações e finalidades diversas — criada entre os novos instrumentos urbanísticos, necessariamente não implica na concessão ad aedificandum ou ad plantandum, com o afastamento dos efeitos da acessão.

Senão vejamos.

O direito de superfície urbanístico está previsto nos artigos 21/24, do mencionado Estatuto da Cidade.

Interessa-nos a formulação do art. 21, e seu §1º, que estão assim concebidos:

“Art. 21. O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório do Registro de Imóveis”.

Tenha-se presente, agora, o respectivo §1º, que interessa fundamentalmente à conclusão do vertente parecer.

“Art. 21.....;”

§1º. O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo, ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística”.

Veja-se que a superfície urbanística, tal como concebida no Estatuto da Cidade, contempla como possibilidades autônomas:

(a) o direito de utilizar o solo (concessão ad aedificandum);

(b) o direito de utilizar o subsolo (é a superfície no subsolo, tal como consentida no art. 955, do Código Civil italiano, de 1942: “Art. 955. Costruzioni al disotto del suolo — Le dispositioni precedenti si applicano anche nel caso in cui è concesso il diritto di fare e mantenere costruzioni al disotto del solo altrui”);

(c) o direito de utilizar o espaço aéreo.

É nitidamente a proclamação que as diretrizes urbanísticas federais fazem da propriedade imobiliária volumétrica.

Atente-se para o fato de que o futuro Código Civil brasileiro não admite, por exemplo, o direito autônomo de superfície no subsolo, pois, no parágrafo único, do art. 1369, estabelece que “ o direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão”.

Na superfície prevista no futuro Código Civil, não há superfície autônoma no subsolo, só se admitindo esse tipo de superfície quando for uma inerência do direito de construir ou plantar em solo alheio. Não há também direito de superfície abrangendo a utilização do espaço aéreo.

É evidente a plasticidade do direito de superfície urbanístico, tal como configurado no Estatuto da Cidade, permitindo autonomamente a concessão de edificar em terreno alheio, o direito de utilizar o subsolo e adquiriu o direito de utilizar o espaço aéreo.

Ora, uma das formas de utilizar o espaço aéreo, como segmento abrangido pela propriedade, é exatamente não utilizá-lo, valendo-se dele como área non aedificandi.

E na superfície urbanística contemplada no Estatuto da Cidade — ao contrário do que acontece no Decreto-Lei nº 271/67, já referido, em que ocorre apenas a concessão do uso do espaço aéreo — ocorre a transferência da titularidade do espaço aéreo ao outorgado concessionário. Como se cuida de bem incorpóreo não há dogmaticamente a venda do espaço aéreo, mas a sua cessão, incorporando-se o espaço aéreo à propriedade do cessionário. Dogmaticamente, as coisas incorpóreas não se vendem, mas são cedidas. O que importa, contudo, é que há a transferência, a título de propriedade, pela via da cessão, do cedente ao cessionário.

Em face do que ficou exposto, na medida em que a Consulente, por escritura pública, devidamente registrada no Registro de Imóveis, se tornou cessionária, a título perpétuo, do espaço aéreo sobrejacente ao prédio nº..., da, esse espaço aéreo urbanisticamente se incorporou à sua titularidade dominial sobre o prédio nº....., da Rua, de tal modo que o afastamento lateral desse último prédio em construção, relativamente ao prédio nº170 se dilargou até a projeção vertical da divisa lateral do prédio nº170 com terceiros, somando dito afastamento, assim, 13,31 metros, afastamento que supera em muito o exigido pela legislação urbanística (Vide Gráfico nº 2)

Veja-se o glossário que acompanha o Decreto "E" nº3800, de 20.04.1970 (Código de Obras), que deve ser interpretado contemporaneamente com a possibilidade da cessão de espaço aéreo preconizada, como demonstrado, no Estatuto da Cidade:

"AFASTAMENTO — é a menor distância entre duas edificações ou entre as linhas divisórias onde ela se situa. O afastamento é *frontal*, *lateral* ou *de fundos*, quando essas divisórias forem, respectivamente, a testada, os lados ou os fundos do lote".

É curial que quando, como no caso concreto, o titular do lote contíguo, onde se edifica, adquiriu, por cessão, o espaço aéreo, na conformidade do Estatuto da Cidade, sobrejacente ao imóvel contíguo, o afastamento lateral será determinado levando-se em consideração a incorporação urbanística do espaço aéreo ao lote em que se realiza a edificação.

Sublinhe-se que esse espaço aéreo que a Consulente adquiriu aos proprietários do imóvel contíguo nº170, da Rua Joana Angélica, é para ser mantido como área non aedificandi, e, já se viu, as escrituras com os adquirentes finais referem a necessidade da observância perpétua dessa situação, o mesmo se aplicando aos próprios cedentes do espaço aéreo que, em qualquer hipótese, como visto na respectiva escritura, ficam obrigados a conter-se no limite de 12.00 m hoje existentes, o que garante uma qualidade de vida excepcional para a área, do ponto de vista da densidade de construção, bem como uma qualidade de aeração e de vista não comum, no sentido da Rua Redentor.

6. Cabe referir que não há impedimento algum no sentido de que a cessão do espaço aéreo tenha sido perpétua. Primeiro porque a questão de prazo só está aflorada no caput do art. 21 do Estatuto da Cidade e não no seu §1º onde está prevista a cessão autônoma do espaço aéreo, e a concessão da superfície no subsolo, que no silêncio da lei podem ser feitos perpetuamente, como, com frequência, exigirão as necessidades urbanísticas. De outro lado, a perpetuidade não deixa de ser uma assinação de prazo determinado, certus an incertus quando. Como dicionariza Aurélio determinado é o que é fixo, definido,

estabelecido. E para Caldas Aulete determinado é o que é demarcado, definido, decidido, certo, estabelecido. Ora, nada mais certo, definido, demarcado, decidido e estabelecido que a perpetuidade.

7. Por força das razões desenvolvidas no presente parecer, é de acuidade evidente o despacho com que o Senhor Secretário Municipal de Urbanismo, Alfredo Sirkis, encaminha o Processo nº 02/335789/00 à douta Procuradoria do Município para opinar sobre o pedido de aprovação de alteração do projeto formulado pela Consulente.

Afirma o eminente Secretário:

“Com o advento do Estatuto da Cidade novos instrumentos de cunho urbanístico ficaram disponíveis ao planejamento para o trato de assuntos referentes às nossas cidades.

Um deles, o instituto do direito de superfície é de interessante aplicação pois sinaliza ao planejador uma série de alternativas. Dentre elas podemos destacar o seu uso para garantir a manutenção de bens preservados, AO POSSIBILITAR QUE SEU ESPAÇO AÉREO SEJA ALIENADO A TERCEIROS, POSSUIDORES DE LOTES CONTÍGUOS AO IMÓVEL TUTELADO E, DAÍ, USUFRUIR DE BENEFÍCIOS QUE VÃO DESDE A GARANTIA DE UMA VISTA PANORÂMICA, ATÉ A INCORPORAÇÃO DESSE ESPAÇO PARA FINS DE CÔMPUTO DE PARÂMETROS URBANÍSTICOS TAIS COMO AFASTAMENTOS, PRISMAS DE VENTILAÇÃO, ATÉ, E OUTROS”.

Como se verifica o raciocínio do Senhor Secretário é irrepreensível quando afirma a possibilidade da incorporação do espaço aéreo adquirido de terceiros, suscetível de ser levado em consideração para o cômputo de parâmetros urbanísticos, inclusive afastamentos, como ocorre no caso concreto.

8. As considerações acima deduzidas demonstram, à saciedade, que a alteração do projeto da Consulente, em consequência da aquisição do espaço aéreo existente sobre o prédio situado na Rua Joana Angélica nº170 é de ser aprovada, pois consubstancia um aproveitamento de área correto, hígido e urbanisticamente positivo, revelando até mesmo preocupação da Consulente com a qualidade de vida a imperar na área, renunciando até mesmo a lucros fáceis que poderiam ser obtidos com a aquisição do imóvel nº170, da Rua Joana Angélica, eliminando dessa maneira os pretensos obstáculos para a aprovação da modificação do projeto.

9. Não fossem as razões já deduzidas no presente parecer, demonstrativas de que a modificação do projeto da Consulente é de ser aprovada, seria de ser igualmente considerada a razão exposta brevemente pela Consulente, em sua petição ao Sr. Secretário, datada de 01 de fevereiro de 2002.

O artigo 144, do Regulamento de Construções e Edificações, contido no Decreto nº 3800 de 20.04.1970, dispôs que:

“Artigo 144. Para os efeitos da aplicação do que dispõe este capítulo é aceite o direito real de servidão recíproca de áreas comuns contíguas.

§1º. A comunhão de áreas para formação de prismas de iluminação e ventilação ou de ventilação fica subordinada à concordância mútua dos proprietários dos lotes contíguos, estabelecida por escritura pública ou termo de obrigações assinado no órgão estadual (leia-se municipal) competente, ambos devidamente registrados no Registro Geral de Imóveis.

§2º

O Decreto nº 7336, de 05.01.1988, disciplinou em pontos específicos a situação de edificações residenciais e comerciais, mas não revogou a disposição genérica da possibilidade de concordância mútua dos proprietários de lotes contíguos, estabelecendo a comunhão de áreas para a formação de prismas de iluminação e ventilação ou de ventilação.

Essa concordância está comprovada com as escrituras públicas referidas, devidamente registradas no Registro de Imóveis.

Vale, todavia, deixar claro que a argumentação que se expõe no item 9 supra é simples adminículo, sendo suficientes e bastantes as razões desenvolvidas no restante deste parecer, evidenciando que, em face da disposição constante do §1º, do artigo 21, da Lei Federal nº 10.257, de 10.07.2001 (Estatuto da Cidade) é de ser deferida a modificação do projeto requerida pela Consulente.

É o que parece,

S.M.J.

Rio de Janeiro, 1º de julho de 2002

NOTAS

* Professor Emérito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

1. ARRIGOS, Alessandro Von Der Heyde, in “La Division Horizontal de la Propiedad Edificada — Contribución Jurídico-Económica al Problema de la Vivienda”, ed. Universidade de Buenos Aires, 1936, pag. 13).

2. MAZEAUD, Henri el Leon — MAZEAUD, Jean, “Leçons de Droit Civil”, Tomo Segundo, nº1357, pag. 1.116, ed. Montchrétien, Paris, 1966.

3. Art. 552. La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous// Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et construction qu’il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre Des servitudes ou services fonciers//Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu’il jugera à propos, et tirer de

ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements de police".

4. TEIXEIRA DE FREITAS (Augusto), "Consolidação das Leis Civis", ed. B.L.Garnier, Rio, 1876, nota ao art. 884, pag. 525: "Ao domínio com aplicação extensiva ao alto e baixo do solo chama o Direito Francez — droit de dessus — droit de dessous — e que bem chamaremos — direito de sobre — direito de sob. Direito de sobre, como no direito de superfície": A PROPRIEDADE COMO UM VOLUME".