

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ - UFPR

ARTHUR JOSÉ GRANICH

**O DIREITO DE SUPERFÍCIE SOB A ÉGIDE DO ESTATUTO DA CIDADE E DO
NOVO CÓDIGO CIVIL**

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO AMBIENTAL

CURITIBA

2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ - UFPR

ARTHUR JOSÉ GRANICH

**O DIREITO DE SUPERFÍCIE SOB A ÉGIDE DO ESTATUTO DA CIDADE E DO
NOVO CÓDIGO CIVIL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Banca Examinadora da
Universidade Federal do Paraná, como
exigência parcial para obtenção do título de
especialista em Direito Ambiental.

Orientadora: Professora Dra. Ana Maria
Jara Botton Faria.

CURITIBA

2011

ARTHUR JOSÉ GRANICH

**O DIREITO DE SUPERFÍCIE SOB A ÉGIDE DO ESTATUTO DA CIDADE E DO
NOVO CÓDIGO CIVIL**

CURITIBA

2011

Banca Examinadora:

Professora Orientadora:

Examinador:

Examinador:

Dedico este trabalho de especialização, à minha família, berço de fraternidade intangível, aos meus amigos, pela empatia e respeito mútuos e, em especial, à minha namorada, pelo carinho, amor e compreensão demonstrados ao longo dessa árdua jornada.

De forma igualitária, à Professora Doutora Ana Maria Jara Botton Faria, pelos aconselhamentos encaminhados, pelo entusiasmo manifestado quando da escolha do tema proposto, bem como pela paciência demonstrada nos momentos em que o tempo foi inimigo, exíguo quando da confecção desse trabalho. Agradeço pela postura uniforme de profissional gabaritada que é e, pela oportunidade que me foi dada e que muito me honra ao ser coroado como seu orientado.

***“O que importa na vida não é o ponto de partida, mas a caminhada. Caminhando e semeando, no fim terás o que colher.”
(Cora Coralina)***

RESUMO

Após o surgimento da superfície no Direito Romano, o instituto se desenvolveu gradativamente, sendo recepcionado por vários países. Sua inserção no panorama jurídico brasileiro pode contribuir de forma significativa para a consecução dos fins sociais da propriedade. Sob a ótica do Estatuto da Cidade, propiciou ao Poder Público reorganizar a base estrutural das cidades, definindo uma ordem cronológica de atos que deveriam ser executados para o melhor desenvolvimento urbano. Sob a luz do Código Civil, permitiu que os proprietários de terrenos, cedessem, gratuita ou onerosamente, aos possuidores – superficiários uma parcela do referido imóvel, para que, construíssem, edificassem ou plantassem sobre o solo de outrem. Ao fim do contrato, a parte utilizada da superfície pertenceria ao nu-proprietário. Nessa perspectiva, ambas as partes foram beneficiadas. O proprietário, na medida em que lhe foi conferido o direito de dispor de parte do seu imóvel inutilizado em favor de um terceiro. O possuidor direto, quando da constituição da superfície, eis que lhe foi concedido o direito de realizar sobre o solo alheio, edificação, construção ou plantação, prescindindo da aquisição de propriedade própria para atendimento dos fins pretendidos.

ABSTRACT

After the appearance of the surface in Roman law, the institute has developed gradually, being greeted by several countries. Its inclusion in the Brazilian legal landscape can contribute significantly to the achievement of social purposes of the property. From the perspective of the City Statute, allowed the Government to reorganize the structural basis of the cities, setting a timeline of acts that should be performed to the best urban development. In light of the Civil Code, which allowed owners of land, yield, or without consideration, to the owners - surface owner a portion of the property, so that, build, build or planted on the soil of another. At the end of the contract, the portion used to belong to the bare surface-owner. From this perspective, both parties benefited. The owner, as it was given the right to dispose of part of its property canceled in favor of a third. The owner direct, when the constitution of the surface, behold, he was granted the right to conduct on foreign soil, building, construction and planting, regardless of the acquisition of property suitable for meeting the intended purposes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

.....	11
CAPÍTULO I – O DIREITO DE SUPERFÍCIE E A NORMATIZAÇÃO DO INSTITUTO	13
1.1. Origem da superfície	14
1.2. Surgimento no Direito Romano	15
1.3. Conceito e natureza jurídica	20
1.4. A superfície nos ordenamentos estrangeiros	25
1.5. A inserção da superfície no panorama jurídico brasileiro	30
1.5.1. O Direito de Superfície sob a ótica do Estatuto da Cidade e do Novo Código Civil (breve introito)	34
1.6. Da distinção com outros institutos	36

CAPÍTULO II – DIREITO DE SUPERFÍCIE: ENFOQUE SOB O PRISMA DO ESTATUTO DA CIDADE E DO NOVO CÓDIGO CIVIL

.....	39
2.1. A Superfície no Estatuto da Cidade	39
2.1.1. Diretriz geral de desenvolvimento urbano x norma geral de Direito Urbanístico	39
2.1.2. A normatização à luz do Estatuto	41
2.1.2.1. Um paralelo entre o Estatuto da Cidade e o Direito Ambiental e Urbanístico	48
2.1.2.2. Princípios do Direito Urbanístico implícitos na Lei nº 10.257/2001	49
2.1.2.3 Os efeitos da superfície na seara ambiental	50
2.2. A superfície no Novo Código Civil	52
2.2.1. A normatização do instituto sob a égide do Diploma Civilista ...	52
2.3. Constituição e transmissão da superfície	56
2.3.1. Modalidades	57
2.3.1.1. Modo originário	57

2.3.1.1.1. Por usucapião	57
2.3.1.1.2. Modo derivado	60
2.3.1.1.2.1. Por contrato	60
2.3.1.1.2.2. Por cisão	60
2.3.1.1.2.3. Por testamento	62
2.4. Dos encargos e contribuições	63
2.4.1. Da incidência ou não do Imposto de Transmissão sobre Bens Imóveis – ITBI	66
2.5. Do pagamento do cânon	67
2.6. Do direito de preempção	69
2.7. Da alienação a terceiros	72
2.8. Da extinção	73
2.8.1. Por termo	75
2.8.2. Por descumprimento contratual	76
2.8.3. Por distrato	78
2.8.4. Por renúncia	78
2.8.5. Por consolidação	79
2.8.6. Por desapropriação	79
2.9. Da função social do direito de superfície	81
2.10. Do conflito aparente de normas	85
2.11. Divergências legislativas entre o Estatuto da Cidade e o Código Civil	89
2.12. Dos direitos e deveres do concedente	92
2.13. Dos direitos e deveres do superficiário	93
CONCLUSÃO	96
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	98

INTRODUÇÃO

O direito de superfície nasceu como uma espécie de direito real, ainda que, timidamente, nos primórdios do século 530 d.C, durante o período de pós-queda da cidade de Roma na Itália. O surgimento coincidiu com a evolução jurídica do reinado do Imperador Justiniano. Não obstante, a criação desse instituto, envolto de peculiaridades, decorreu da necessidade de conceder aos antigos comerciantes o direito de construir em propriedade que não a sua¹.

Inicialmente, e, em razão da flexibilização social do termo “propriedade” e impulsionado pela obrigatoriedade em dar destinação às terras ocupadas pelas forças do Império Romano, permitiu-se ao superficiário a prerrogativa de ocupar, para fins edilícios, os terrenos alheios, sem excetuar àqueles pertencentes ao Estado. Era, de fato, a concretização do exercício do direito de uns sobre a propriedade, quase que inatingível, de outros. Em outras palavras, a superfície teve o condão de propiciar a um terceiro a posse direta da coisa alheia (acessão), restando, tão-somente ao nu-proprietário, a posse indireta de seu terreno².

Acompanhando o desenvolvimento inevitável do instituto, face às transformações do mundo moderno, o campo de sua incidência foi relativizado, estendendo-se também às plantações, mormente sua incidência no âmbito rural³.

Nacionalmente, os contornos acerca do direito de superfície restaram implicitamente evidenciados na Constituição Federal de 1988, nos moldes dos artigos 182 e 183. Dessa premissa estampada, fez-se necessária à sua regulamentação, que veio com a edição da Lei nº 10.257/01 – Estatuto da Cidade e, posteriormente, com a promulgação do Novo Código Civil de 2002.

Desde então, a grande insurgência quando da análise do direito de superfície no panorama jurídico brasileiro passou a ser o conflito aparente de normas entre os dois diferentes regramentos.

¹ TEIXEIRA, José Guilherme Braga. **Da propriedade, da superfície e das servidões**. Disponível [Http://jus.com.br/revista/texto/2543/direito-de-superficie/1](http://jus.com.br/revista/texto/2543/direito-de-superficie/1). Acesso 05 nov 2011

² TEIXEIRA, José Guilherme Braga. **Da propriedade, da superfície e das servidões**. Disponível [Http://jus.com.br/revista/texto/2543/direito-de-superficie/1](http://jus.com.br/revista/texto/2543/direito-de-superficie/1). Acesso 05 nov 2011.

³ LIRA, Ricardo Pereira. **O Moderno direito de superfície: ensaio de uma teoria geral**. Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Nº 35, 1979.p. 26.

Não obstante, além disso, o tema central trouxe outros aspectos de enorme relevância, ao ponto de suscitar, não raras vezes, as mais diversas interpretações, mesmo diante de casos que, aparentemente, são idênticos ou que, então, apresentam enorme similitude.

Nesse contexto, exsurtem uma série de indagações acerca da matéria, fazendo com que a problemática enfrentada seja manifestada de forma clara e precisa. Questiona-se: qual a legislação a ser aplicada? Há a possibilidade de prevalência de uma sobre a outra? Se sim, em que situações? É possível a coexistência? O princípio da especialidade deve ser levado em conta no momento da aplicação da norma em abstrato? A lei posterior não revoga a anterior?

No que se refere ao Estatuto da Cidade (lei 10.257/01), o aparato normativo visou solucionar a problemática da política urbana no panorama jurídico brasileiro. Em suma, este regramento, anterior ao Novo Código Civil de 2002, sedimentou a figura do direito urbanístico em nosso país, mais precisamente para preencher as lacunas deixadas pelo direito administrativo, pelo Código Civil de 1916 e, propositalmente, pela Constituinte, que, preocupou-se apenas em delimitar o tema, sem, contudo, tratar a matéria de frente, como por exemplo, direcionar o seu alcance (art. 24, parágrafo 1º da Constituição Federal).

Nesse diapasão, o legislador se ateu à distribuição de competência prevista no art. 21, XX da Carta Magna. Não bastasse, a edição do Estatuto da Cidade, também regulamentou os artigos 182 e 183 da Constituinte, haja vista ter contribuído para a implementação das políticas de desenvolvimento urbano nas cidades, fulcradas em grande parte, na concretização do princípio da função social da propriedade.

Após o advento do Novo Código Civil de 2002, muito se discutiu acerca da compatibilidade das duas normas vigentes. Alguns, como Washington de Barros Monteiro⁴ e José Manuel de Arruda Alvim⁵, foram a favor da revogação do Estatuto da Cidade em virtude da promulgação do Novo Código Civil, face o princípio da especialidade, sob a justificativa de que uma contrapõe à outra e cuidam das

⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas**. 37ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3. p. 253 e 254.

⁵ ARRUDA ALVIM, José Manuel de; ALVIM Thereza (orgs.) **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. v. 12. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P.. 266 e 267.

mesmas atribuições. Outros, como Maria Helena Diniz⁶ e Rima Gorayb⁷ se opuseram, abraçados na premissa de que as duas normas não são conflitantes, pois apesar de disciplinarem a mesma matéria, o foco de incidência é outro, razão pela devem coexistir.

Aos olhos da coletividade, o que se vê, é que, ambas as leis (Estatuto da Cidade e Código Civil), disciplinam uma mesma matéria. Contudo, quanto à norma especial contida no Estatuto da Cidade, optou o legislador, por uniformizar e, sobretudo, direcionar todo o conteúdo atinente às políticas públicas, já contemplado nos artigos 182 e 183 da Constituição-Cidadã, abarcando, inevitavelmente, às questões relativas ao direito de superfície.

Certo é que, os dois diplomas possuem peculiaridades próprias e específicas, especialmente, se analisarmos o tipo de norma a qual representam, os prazos de duração dos contratos firmados, o alcance do direito do superficiário de gozar e usufruir de todo o bem e à questão relativa aos aspectos exsurgentes de cada ordenamento normativo, dentre outras não menos importantes.

Adiante, traçaremos uma ordem cronológica para entendermos melhor de que forma a superfície é instituída, como se dá sua formação mediante confecção contratual e resolução, além de fazermos um paralelo sobre as nuances do instituto do ponto de vista legal, social e ambiental.

⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito das Coisas**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4. P.. 455.

⁷ GORAYB, Rima. **O Direito de Superfície**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 88 - 89.

CAPÍTULO I – O DIREITO DE SUPERFÍCIE E A NORMATIZAÇÃO DO INSTITUTO

1.1. Origem da superfície.

Antes de adentrarmos no tema central do trabalho proposto, ressalta-se a importância de arrazoar acerca da procedência do instituto, analisando-o sob o aspecto etimológico, para fins didáticos de compreensão do objeto. Por ora, o estudo da origem da superfície é precedente indispensável para alavancar o seu entendimento.

Percucientemente, devemos esclarecer que assim como ocorre em relação a grande maioria dos termos advindos do *latim*, impõem-se a necessidade de estudarmos a palavra em si, em toda a sua conjuntura, desagrupando a expressão “superfície”, composta por uma preposição e um substantivo. Nessa situação, temos: *super* (preposição) + *fície* (substantivo). Etimologicamente, “*super*” advém do termo *supra*, que significa *em cima* ou *acima* de alguma coisa. A segunda parte do vocábulo, “*fície*” quer dizer *plano*, a indicar algo que esteja sobre o *chão*, *solo* ou sobre a *planície*⁸.

A união dos vocábulos com a formação da expressão “superfície” dá amplitude ao sentido da palavra, que, segundo as lições de Frederico Henrique Viegas de Lima⁹, levam à seguinte definição:

Etimologicamente, da palavra superfície forma-se dois elementos *super* e *facere*, que, num sentido rigoroso, quer dizer tudo aquilo que está realizado, ou tudo aquilo que se levanta, por obra artificial do homem ou da natureza sobre um plano horizontal.

Desse modo podemos depreender que a superfície é tudo aquilo que do solo surge, e que, de certa forma, emerge. Em suma, tendo o solo como ponto inicial, a superfície é a verticalidade.

Em relação ao sentido jurídico dado ao vocábulo, sábias são as palavras de Plácido e Silva¹⁰:

⁸ Disponível <http://pt.wiktionary.org/wiki/superf%C3%ADcie>. Acesso 05 nov 2011

⁹ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **O direito de superfície como instrumento de planificação urbana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p 25.

¹⁰ SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**: A - C, v. I: 3ª ed. Forense: São Paulo, 1973. p 1.501.

Do latim *superficies* (parte exterior, parte superior, cimo), em sentido gramatical designasse a parte exterior ou a face externa da coisa. Geometricamente, entende-se a extensão de qualquer coisa, considerada exclusivamente em seu comprimento e largura, isto é, sem dependência de sua altura e espessura. Mas no sentido jurídico tradicional que provem do Direito Romano, a *superficies* (superfície) é tudo aquilo que se eleva acima do solo. E, assim, a expressão conduz ao significado que não condiz com o sentido geométrico.

Nesse contexto, pouco se assemelha à acepção crua da palavra, já que, juridicamente falando, a superfície está atrelada as questões relativas ao direito sobre o solo, assumindo, portanto, um caráter mais restritivo, em contrapartida à amplitude que o simples significado do termo nos dá.

1.2. Do surgimento no Direito Romano.

Indubitavelmente, a superfície tem a origem balizada no Direito Romano¹¹, que considerava o direito de propriedade exclusivo, na medida em que o dono do imóvel era o beneficiário de tudo aquilo que emanasse do solo, podendo, livremente, usar, gozar e fruir do que dali surgisse. Essa ideia inicial deu ensejo ao nascimento do brocardo latino *superficies solo cedit* (a superfície segue o solo), conferindo à superfície a condição de parte indissociável do solo. Assim, entendia-se que as construções, edificações, plantações e demais acessões eram ínsitas ao solo, que, para fins jurídicos, consistia numa coisa só¹².

Em virtude dessa exclusividade, sob o ponto de vista urbano e de crescimento das cidades, era difícil para o Estado implementar ações voltadas para esse desenvolvimento, mormente no que se refere a realização de obras públicas e destinação de terrenos de propriedade do Estado¹³.

Em decorrência da necessidade de expansão do território romano mundo afora, esse mesmo Estado se viu obrigado a desenvolver uma forma de viabilizar o progresso imperial, sem, contudo abrir mão de suas prerrogativas, enquanto sujeito público de direitos. Talvez, tenha surgido nesse período, ainda que timidamente,

¹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de Superfície: Origem histórica. Conceito. Particularidades.** Disponível em <<http://www.uj.com.br/impressao.asp?pagina=doutrinas>>. Acesso em: 24 out 2011.

¹² RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P.. 861.

¹³ TEIXEIRA, José Guilherme Braga. **O Direito Real de Superfície.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. Pág. 17.

uma das primeiras manifestações em relação à ponderação de princípios, a figurar de um lado, a rigidez do direito de propriedade até então absoluta, em contraste com o princípio da supremacia do Poder Público, de dispor de seus privilégios em benefício de uma coletividade, ainda que este ato não tenha sido, em um primeiro momento, intencional.¹⁴

Contudo, crente que os programas necessitavam de mudanças, o Estado idealizou um modelo socioeconômico mais flexível, criando alternativas para satisfazer seus anseios e, concomitantemente, atender as necessidades da população. Nesse trilhar, Marise Pessoa Cavalcanti preceitua¹⁵:

Contudo, com a evolução dos tempos, necessário se fez abrandar tal princípio para que houvesse adaptação às novas realidades socioeconômicas. Assim se começou a permitir, àqueles que construíssem em solo alheio, o gozo sobre suas atividades. Pode-se dizer que a doutrina cita como origem da superfície as concessões de solo público a particulares que podiam usufruir das construções que realizassem em tais terras.

Nessa toada, permitiu-se que os particulares utilizassem os terrenos públicos para construir suas casas, resguardando, porém, o domínio útil do Estado sobre a propriedade e, conseqüentemente, sobre as construções e edificações porventura levantadas, eis que, até então, o mero possuidor não representava um sujeito detentor de direitos, mas de obrigações.¹⁶

Insta consignar que, o surgimento da superfície coincide com a fase pós-classista ou helênica (230 d.C. a 530 d.C.), momento histórico este posterior ao Período Arcaico (753 a.C. a 130 a.C.) e Período Clássico (130 a.C. a 230 d.C.), mas, anterior ao Período Justiniano (530 d.C. a 565 d.C.).¹⁷

¹⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de Superfície: Origem histórica. Conceito. Particularidades.** Disponível em <<http://www.uj.com.br/impressao.asp?pagina=doutrinas>>. Acesso em: 24 out 2011.

¹⁵ CAVALCANTI, Marise Pessoa. **Superfície compulsória: instrumento de efetivação da função social da propriedade.** Rio de Janeiro: Renovar. 2000. p. 08.

¹⁶ MOTA, Maria Sarita Cristina. **Nas terras de Guaratiba uma aproximação histórico-jurídica às definições de posse e propriedade da terra no Brasil entre os séculos XVI – XIX.** Disponível <http://www.artedigital.ufrj.br/cpda/static/teses/tese_maria_sarita_mota.pdf> Acesso 05 nov 2011.

¹⁷ MOTA, Maria Sarita Cristina. **Nas terras de Guaratiba uma aproximação histórico-jurídica às definições de posse e propriedade da terra no Brasil entre os séculos XVI – XIX.** Disponível <http://www.artedigital.ufrj.br/cpda/static/teses/tese_maria_sarita_mota.pdf> Acesso 05 nov 2011.

Aliás, foi na primeira fase que a expressão “*superfície solo cedit*” ganhou força e notoriedade, eis que difundiu a ideia de que a superfície é parte acessória integrante do solo¹⁸.

Contrariando os fundamentos principiológicos avalizados acima, o período classista pode alterar os pensamentos retrógrados vivenciados. Mormente, foi nessa fase que os primeiros resquícios em favor da não-exclusividade do direito sobre a propriedade foram apreciados. Outra não é a opinião de Silvio de Salvo Venosa¹⁹:

A superfície é um instituto de origem exclusivamente romana. Decorreu da necessidade prática de se permitir a construção em solo alheio, principalmente sobre bens públicos. Os magistrados permitiam que comerciantes instalassem tabernas sobre as ruas, permanecendo o solo em poder do Estado. Entre particulares, o instituto estabelecia-se por contrato. **É consagrado como direito real em coisa alheia na época clássica. Permitia-se a plena atribuição do direito de superfície a quem, sob certas condições, construísse em terreno alheio. Assim, passou-se a permitir que o construtor tivesse obra separada do solo. No entanto, sob o ponto de vista romano, o direito de superfície somente era atribuído as construções, não se aplicando as plantações em terreno alheio.** (grifamos.)

Denota-se que, apesar da relativização do direito, ao possuidor só era permitido construir sobre o imóvel alheio, desde que observadas certas condições. A possibilidade de plantar ainda não havia sido contemplada.

Nessa época, já havia a cobrança do “*cânon*”, que nada mais era do que uma contraprestação paga pelo possuidor para desfrutar de uma parcela da propriedade. Nesse desiderato, preleciona Carlos Roberto Gonçalves²⁰:

Surgiu da necessidade prática de se permitir edificação sobre bens públicos, permanecendo o solo em poder do Estado. No direito romano o Estado arrematava suas terras a particulares, **que se obrigavam ao pagamento dos *vectigali***, com o objetivo precípuo de manter a posse das largas terras conquistadas. (grifo nosso)

Acompanhando o desenvolvimento natural das coisas, a partir da fase helênica o instituto atingiu seu ápice, isso porque o direito de superfície acabou se

¹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 861.

¹⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**, v. 5: **Direito das Coisas**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 390 - 391.

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil,; Direito das Coisas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, v.05 2006.p. 409.

estendendo às plantações, mormente como acontece nos dias de hoje. Nesse sentido, apregoa Arnaldo Rizzardo²¹:

No curso do Século II depois de Cristo, já se admitia aos particulares o uso do solo alheio, construindo moradias na superfície, ou estendendo às plantações. Mereceu esta forma de utilização a proteção do pretor, que concedia ao superficiário, quando ofendido em sua posse, um interdito de afastamento da perturbação.

Apoiado nessa premissa, surgiram os famosos arrendamentos a longo prazo, concedidos por ordem do rei aos particulares interessados em adquirir área não-utilizada (*locati conducti rei*).²²

De outra monta, ressalte-se, porém, que, somente durante o reinado do Imperador Justiniano, correspondente ao período da queda do Império Romano, o instituto adquiriu raízes de direito real. Ao encontro dessas assertivas, Frederico Henrique Viegas de Lima²³ dispõe:

No período pós-clássico, a partir da vulgarização do direito, a superfície experimenta grande evolução, existindo diversas manifestações do instituto na praticam ainda que, muitas vezes, não fosse possível em períodos anteriores do direito romano. Bem mais adiante, no período pós-clássico, tornou-se um preceito o direito de superfície.

A importância de avaliarmos os dados históricos apresentados, em ordem cronológica, é de grande relevância para uma melhor compreensão do fenômeno jurídico sob estudo, isso porque as referidas fases revelam uma evolução natural das instituições jurídicas no Direito Romano, dentre as quais figura o direito de superfície.

Mais tarde, com a queda do Império Romano e o nascimento da Idade Média (476 - 1.453) instaurou-se uma crise financeira sem precedentes, da qual nem a Igreja Católica foi poupada²⁴.

²¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**.. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 861.

²² PEGHINI, Cesar Calo. **A função social do direito de superfície**. Disponível www.fadisp.com.br/download/turma_m4/cesar_calos_peghini.pdf Acesso 05 nov 2011.

²³ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **O direito de superfície como instrumento de planificação urbana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 48.

²⁴ Disponível <http://pt.wikipedia.org/wiki/Idade_M%C3%A9dia> Acesso 05 de nov 2011.

Isso porque, a repercussão da crise fez com que a Igreja deixasse de conquistar novas terras, impedindo-a de se tornar cada vez mais poderosa. Sem propriedades e sem lucro, a Igreja Católica viu na superfície um meio de satisfazer suas necessidades. Assim, a Igreja Católica passou a utilizar-se do instrumento posto à disposição, da mesma forma como ocorrera com o Estado no Período Clássico e Pós-Classista, para arrecadar fundos e auferir renda, eis que não poderia se dar ao luxo de dispensar um lucro relativamente fácil. Não obstante, a concessão dos terrenos a ela pertencentes foi utilizada como meio para o alcance de um fim maior – a conquista de novas terras²⁵.

No que se refere à utilização da superfície pela Igreja no período Medieval, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal²⁶ esclarecem:

Com o aperfeiçoamento do modelo jurídico no direito medieval, pelo interesse da igreja em legitimar as construções feitas em seus terrenos, e, posteriormente, nas legislações modernas – sobretudo na reforma do BGB de 1919 –, a superfície foi reconhecida como verdadeiro direito de propriedade, abrandando-se o rigor do princípio da unicidade da titularidade, pois de forma inédita, a propriedade do solo se apartaria da propriedade das construções e plantações servindo como maneira de estancar situações de crise habitacional.

Com a relativização desse direito, as cidades também passaram a utilizar essa ferramenta como forma de obtenção de receita. Os fundeiros, proprietários dos terrenos, recebiam dos novos possuidores um valor anual, a título de contraprestação pelo “empréstimo” da coisa, que, posteriormente, seria chamado de *cânon superficiário*²⁷.

Quanto à disponibilidade desse direito, a superfície era pactuada mediante a assinatura de um contrato, adequando-o de acordo com os interesses do concedente – o proprietário do imóvel. Permitiu-se que o possuidor direto usufrísse

²⁵ LIRA, Ricardo Pereira. **O Moderno direito de superfície: ensaio de uma teoria geral**. Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Nº 35, 1979.p. 30.

²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 397.

²⁷ TEIXEIRA, José Guilherme Braga. **Da propriedade, da superfície e das servidões**. Arts. 1.277 a 1.389. In: ARRUDA ALVIM, José Manuel de; ALVIM Thereza (orgs.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. v. 12. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 256.

da parte que fosse incorporada ao imóvel, desde que se incumbisse da finalidade pela qual se destinasse a acessão²⁸.

Como dito alhures, a flexibilização do instituto foi motivada pela necessidade de adaptação da sociedade romana aos novos rumos socioeconômicos da época, em que pese a preservação dos aspectos sociais, indiretamente, lançados, a partir daí, a um patamar mais elevado²⁹.

Ad argumentandum, como bem visto, pouco se diverge acerca da fase histórica em que o direito de superfície, de fato, despontou. A maioria quase que absoluta da doutrina compartilha dessa mesma opinião, figurando entre os adeptos dessa posição, Maria Helena Diniz, Fábio Ulhôa Coelho, Silvio de Salvo Venosa e Nelson Rosenvald.

Ademais, alega-se que, neste mesmo período, existia um instituto com nuances de arrendamento perpétuo, todavia, com características bastante similares ao direito de superfície. Nesse viés, o arrendatário pagava ao proprietário, a título de remuneração, uma contraprestação, a qual era chamada de *solarium* (construções) ou *uctigal* (plantações). Destarte, apesar de normalmente incidente por força e critério do proprietário, a cobrança do *solarium* ou *uctigal* era geralmente considerada facultativa³⁰.

Por outro lado, Rima Gorayb³¹ assevera que a superfície teria surgido no Século IX antes da Era Cristã, quando da fundação da cidade de Roma no ano de 298. Na oportunidade, teria sido concedido ao povo plebeu o direito de concessão de uso de imóveis para fins de moradia, em pavimentações cedidas pelo Estado.

Contudo, não há provas robustas que solidifiquem a aceitação desta teoria, rechaçada, como esclarecido acima, pela doutrina majoritária.

Infere-se, portanto, que o instituto em apreço surgiu da necessidade do Estado em encontrar um destino às inúmeras terras por ele conquistadas,

²⁸ DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 449.

²⁹ CAVALCANTI, Marise Pessoa. **Superfície compulsória: instrumento de efetivação da função social da propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar. 2000. p. 8.

³⁰ TEIXEIRA, José Guilherme Braga. **Da propriedade, da superfície e das servidões**. Artigos 1.277 a 1.389. In: ARRUDA ALVIM, José Manuel de; ALVIM Thereza (orgs.) **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. v. 12. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 257.; GORAYB, Rima. **O Direito de Superfície**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.p.. 33.

³¹ Neste sentido: GORAYB, Rima. **O Direito de Superfície**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. Pág. 26; LIRA, Ricardo Pereira. **O Moderno direito de superfície: ensaio de uma teoria geral**. Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Nº 35, 1979. p. 21.

concedendo aos particulares o direito de construir, edificar, e, *a posteriori*, até mesmo de plantar sobre o terreno público.

1.3. Conceito e natureza jurídica.

Com o intuito de melhor compreendermos o direito de superfície, é louvável buscarmos uma definição do termo relativo à acessão, que, perfunctoriamente, nada mais é do que algo acessório acrescido ao principal. Inevitavelmente, o nascimento daquele estaria condicionado à existência deste último.

Sobre a acessão, bem explica Arnaldo Rizzardo³²:

Da palavra acessão, deriva o termo “acessório”. Daí poder se afirmar que as coisas acessórias são aquelas que advêm ao bem, ou seja, são coisas postas ao serviço da coisa principal de um modo permanente. Acrescentam-se à *res principais*. A aquisição se produz pela aderência ou união física de uma coisa à outra, de modo natural ou artificialmente, isto é, tanto no caso de surgir por obra da natureza, como na hipótese de se acrescentar por meio da intervenção do homem. Há incorporação de um bem a um outro.

E, finaliza, de maneira enfática, que:

As acessões ocorrem de dois modos. Ou elas nascem e se formar de dentro do bem para fora. Provêm da coisa. São produzidas por ela. É o caso dos frutos de uma árvore. O bem produz riquezas em proveito do proprietário. Ou costuma-se dizer que podem aparecer de fora, para serem acrescentadas ao bem. **Emanam de uma força externa, em proveito da propriedade móvel ou imóvel, como na situação da construção de um prédio, do cultivo de uma área de terras.** (sem grifos no original)

Dessa forma, pode a acessão se originar tanto de modo natural quanto artificialmente. Não obstante, a última modalidade serve como exemplo da superfície, já que, nesse caso, o superficiário é quem construirá, edificará ou plantará sobre o solo de outrem. Não força na natureza, mas humana. Ademais,

³² RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2009. Pág. 347.

suspende-se o direito absoluto de propriedade do concedente sobre a parcela objeto da superfície.

Assim, apesar da regra ser no sentido de que o acessório sempre acompanha o principal, é cediço que os preceitos apresentam exceções. No direito de superfície, não é diferente. O superficiário terá os poderes sobre a parcela utilizada e irá mantê-los até o fim do vínculo contratual, embora o proprietário permaneça com o domínio pleno sobre todo o imóvel.

Em consonância, no que se refere especificamente à definição e instituição do direito de superfície, Maria Helena Diniz³³ apresenta uma conceituação bastante precisa:

Um direito real de fruição sobre coisa alheia visto que não atinge a propriedade do dono do solo, por afastar a acessão, consagrada no artigo 1253 do Código Civil, pelo qual tudo que se acrescentar ao solo deverá pertencer ao seu proprietário (*superficies solo cedit*). Assim sendo, a propriedade superficiária é a exceção ao princípio de que o acessório acompanha o principal, pois a lei concede ao superficiário um direito real sobre construção ou plantação feita em terreno alheio, utilizando sua superfície.

Nesse trilhar, Arnaldo Rizzardo³⁴ destaca:

Constitui o direito de superfície na faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra ou plantação em terreno. O proprietário de um imóvel, concebido na sua integridade, concede o direito a outrem de construir ou plantar em seu terreno, por tempo determinado, formalizando-se o contrato através de escritura pública, que sujeita-se ao registro imobiliário.

Em ato contínuo, Luiz Guilherme Loureiro³⁵ pondera:

A superfície é um direito real, fixado por tempo determinado ou indeterminado, que confere ao superficiário a propriedade da construção ou plantação, ainda que em caráter resolúvel, gratuito ou mediante o pagamento de uma pensão periódica, e que pode ser transmitido por ato ``entre vivos`` ou *causa mortis*. O proprietário da

³³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 410.

³⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 867.

³⁵ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Direitos Reais à luz do Código Civil e do Direito Registral**. São Paulo: Método, 2004. p. 273.

construção ou plantação é o superficiário e o proprietário do terreno é o fundeiro.

Wilson de Sousa Campos Batalha³⁶ explica de forma simplificada que, “o direito de superfície é o direito real de ter plantações (*plantio*), fazer sementeiras (*satio*) e edifício (*inaedificatio*), em terreno de propriedade alheia.”

Quanto à natureza jurídica, o direito de superfície insere-se no rol de direitos reais, engendrado no artigo 1.255 do Código Civil Brasileiro. Isso porque, a relação dos direitos reais para com as pessoas físicas e jurídicas, com previsão expressa no artigo retromencionado, é taxativa, embasada no princípio da tipicidade dos direitos reais, que acaba por consagrar o brocardo latim *numerus clausus* (interpretação restrita do corpo da lei). Apesar de existirem opiniões divergentes acerca interpretação do dispositivo em comento, no que diz respeito à taxatividade dos direitos reais, José Guilherme de Braga Teixeira³⁷ elucida:

Cumpra insistir, quanto à caracterização de um direito real, que há duas correntes distintas disputando a posição vencedora: uma proclama serem direitos reais todos aqueles institutos que apresentam as características principais desses direitos; outra que entende não bastar a uma direito tais características para ser um direito real, caráter que só adquirirá quando, ademais dessas características, o legislador conferir-lhe a dignidade de direito real. Essa última posição tem o elenco dos direitos reais de um ordenamento como constituído um rol taxativo, por isso denominado de sistema do *numerus clausus* de tais direitos, ao passo que a primeira posição recebe a denominação de sistema do *numerus apertus* dos direitos reais. Apesar de insígnias opiniões em sentido contrário, parece-nos que sempre predominou no País, o sistema de constituírem os direitos reais em número taxativo.

Justo esse entendimento, eis que o direito de superfície nada mais é que uma relação jurídica entre pessoas sejam elas físicas ou jurídicas, na qual os objetos serão coisas certas e determinadas, representando, precipuamente, às questões relativas ao direito de propriedade.

A ratificação dessa premissa vem ao encontro de características específicas que são inerentes a toda e qualquer espécie de direito real. São elas: a

³⁶ Apud CHALUB, Melhin Namen. **Direito de Superfície**. Revista de Direito Civil – Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo. [s.n], a. 19, v. 53, 1995. p. 76.

³⁷ TEIXEIRA, José Guilherme Braga. **Da propriedade, da superfície e das servidões**. Arts. 1.277 a 1.389. In: ARRUDA ALVIM, José Manuel de; ALVIM Thereza (orgs.) **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. v.12. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 256.

necessidade de escrituração pública junto ao Cartório de Registro de Imóveis; a possibilidade de alienação de acessão (construções, edificações ou plantações) a terceiros; o fato de que, em caso de extinção do direito de superfície, o bem imóvel retorna ao *status quo ante*, ou seja, passa a ter o proprietário, novamente, o domínio pleno sobre o imóvel, inclusive sobre o objeto superficiário e; ainda, em caso de desapropriação, receberão fundeiro e superficiário, um valor a título de indenização pelo ato expropriatório, considerando, a parcela efetiva de ocupação e utilização do terreno, de um e de outro, condição que somente será possível, se ambas as partes possuírem direitos reais cada qual sobre a sua parte³⁸.

Cabe consignar que, a superfície somente adquire *status* de direito real quando devidamente registrada à margem da matrícula do imóvel na comarca respectiva. Eis que somente a partir daí, a superfície passa a operar com efeitos *erga omnes*, alcançando as partes e, principalmente, terceiros interessados ou não, em perfeita consonância com o princípio da publicidade dos atos³⁹.

Outro ponto que merece destaque e encontra certa resistência na doutrina, diz respeito ao fato da superfície ser também uma propriedade resolúvel e não apenas um direito real. Adeptos a essa corrente, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁴⁰ apregoam:

O direito de superfície é um direito real sobre coisa alheia (lote ou gleba), pois sua formação resulta de uma de uma concessão do titular da propriedade para fins de futura edificação (sobre ou sob solo) ou plantação, que, quando concretizada pelo superficiário (concessionário), converterá o direito inerente incorporado em um bem materialmente autônomo da propriedade do solo do concedente.

Ao final, ressaltam com rara maestria⁴¹:

Esses argumentos evidenciam que não pode ser a superfície considerada apenas como um direito real em coisa alheia, em paralelismo com modelos jurídicos como servidão, usufruto e enfiteuse. Em sentido contrário, a caracterização da superfície como verdadeira propriedade resolúvel propicia a dinamização e o

³⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 2 e 3.

³⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 869.

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. Pág. 399.

⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. Pág. 402.

enriquecimento do modelo jurídico, concedendo-lhe eficácia como relevante função social do direito subjetivo de propriedade.

Contrariando essa posição, Maria Helena Diniz⁴² preceitua:

É um direito de propriedade sobre plantações separado do domínio do solo, por ser um direito real de construir ou plantar em terreno de outrem. É um direito real de construir ou plantar em terreno de outrem. É um direito real de fruição sobre coisa alheia, visto que não atinge a propriedade do dono do solo, por afastar a acessão, consagrada no art.1.253 do Código Civil.

Ao passo do entendimento da ilustre doutrinadora, não há dúvidas acerca de ser a superfície instituto de direito real, na medida em que pressupõe o exercício dos direitos do superficiário sobre o imóvel de propriedade de outrem, mediante registro no Cartório de Imóveis competente e exigência de escrituração, consoante preconiza o artigo 108 do Código Civil⁴³.

Atente-se ao fato de que o superficiário adquire para si o exercício do direito de uso, gozo, fruição e disposição sobre as obras, construções ou plantações porventura erguidas sobre o respectivo terreno. Detém, portanto, o direito decorrente da posse sobre a parcela superficiária em sua plenitude (artigo 1.228 e 1.232 do Código Civil Brasileiro).

1.4. A superfície nas legislações estrangeiras.

Impulsionado pelo nascimento no Direito Romano, a superfície se estendeu aos mais diversos países, tais como: França, Alemanha, Áustria, Itália, Suíça, Espanha, Portugal, Inglaterra, Holanda, China, Canadá e Argentina, dentre outros⁴⁴.

Talvez não seja possível precisar com exatidão qual o país que primeiro tratou do instituto, até porque tal questão é desnecessária, não merecendo maiores

⁴² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito das Coisas**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4. Pág. 457.

⁴³ CCb Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. Direito das Coisas**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4. p. 457.

questionamentos, eis que os dados pesquisados se apresentam, em sua maioria, bastante contraditórios e imprecisos.

Contudo, primordial sim, expor, ainda que em linhas gerais, breves comentários acerca da superfície e sua inserção no direito alienígena.

A exemplo, na França, o instituto já havia sido contemplado pelas primeiras leis. Em contrapartida, foi banido do ordenamento jurídico francês em 1.803, isso porque, aos olhos do legislador, nada daquilo que emanasse do solo poderia pertencer à pessoa diversa que o proprietário. Assegura Silvio de Salvo Venosa que⁴⁵, “não foi introduzido no Código Civil Francês, pois era visto como forma de manutenção da propriedade feudal.”

Ademais, após a Revolução Francesa, o sistema ruiu. A abusividade dos valores cobrados pela utilização do terreno ensejou a ruptura do novo modelo econômico, eis que os homens – possuidores passaram a serem escravos da terra⁴⁶.

Por essa razão, a superfície foi excluída. Sua admissão estremeceria a relação com os proprietários feudais, detentores de grandes e largas porções de terra, que, não poderiam, de forma alguma, se tornarem reféns de futuros possuidores, o que acabaria por lhes retirar, o poder inato e absoluto que detinham sobre os seus terrenos⁴⁷.

Porém, o que se vê atualmente não nos remete à história. Hodiernamente, o Código Civil Francês disciplina o instituto e apresenta uma postura bem distinta daquela alhures mencionada. A dicção do art. 553⁴⁸ estabelece que: “todas as construções, plantações e obras sobre um terreno ou no seu interior são presumidas feitas pelo proprietário e lhe pertence, se o contrário não é possível provar.” Há que se dizer que, a simples análise do dispositivo supradescrito é insuficiente para comprovar a recepção plena do instituto. Porém, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais tem se posicionado de forma contrária, fulcrados, em

⁴⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil, v. 5: **Direito das Coisas**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 391.

⁴⁶ TEIXEIRA, José Guilherme Braga. **O Direito Real de Superfície**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 25.

⁴⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil, v. 5: **Direito das Coisas**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 391.

⁴⁸ BENASSE, Paulo Roberto, **Direito De Superfície e o Novo Código Civil Brasileiro**. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2002. Pág. 65. In PLANIOL. **Traité élémentaire de droit civil**. v. 1, pp. 777 ss.

grande parte, na interpretação extensiva do artigo (*lato sensu*), com base na premissa de que o espírito da norma é no sentido de presumir a existência jurídica da superfície⁴⁹.

O Código Civil Alemão foi um dos pioneiros na absorção do direito de superfície, ao adaptá-lo às novas realidades, permitindo que o particular construísse (ou plantasse) sobre o solo de outrem. A intenção do Estado era garantir para si o direito de propriedade, preservando, para tanto, o domínio sobre ela recorrente. A adaptação da superfície contribuiu para o preenchimento dessa lacuna, evitando assim, que os terrenos conquistados pelo Império - o *Deutsches Reich*, ficassem sem destinação. Nesse desiderato, Marise Pessoa Cavalcanti preconiza⁵⁰:

O direito alemão foi um dos primeiros a regulamentar, expressamente, o instituto da superfície, no B.G.B (Código Civil Alemão), de 1896, utilizando-a como um instrumento para a reforma imobiliária, na época. Os terrenos públicos, em vez de serem alienados tornavam-se objeto de superfície viabilizando a locação social, via associações de utilidade pública, ou construção da casa própria para as classes trabalhadoras e médias. Nota-se as vantagens de: coibir a especulação imobiliária, tornar o Poder Público beneficiário da mais-valia, além de poder influenciar na maneira de construir.

Findo o período pós-guerra, o direito de superfície foi readaptado ao novo Código Civil Alemão (1.919), vez que não mais se prestava a atender às aspirações do *Reich*⁵¹.

⁴⁹ Neste sentido: LIRA, Ricardo Pereira. **O Moderno direito de superfície: ensaio de uma teoria geral**. Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. n. 35, 1979. p.32.; BARBOSA, Diana Coelho. **O Direito de Superfície: À Luz do Estatuto da Cidade**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 50.; GORAYB, Rima. **O Direito de Superfície**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 51 e 52.

⁵⁰ CAVALCANTI, Marise Pessoa. **Superfície compulsória: instrumento de efetivação da função social da propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar. 2000. p. 22.

⁵¹ ZANIN, Jorge Luiz. **Superfície: um novo/velho direito real**. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2007. BGB – Código Civil Alemão §§ 1012 - /* Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, das veräußerliche und vererbliche Recht, auf oder Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben (Erbbaurecht) §§ 1012 - /* Uma propriedade pode ser gravada de forma que a aquele em cujo benefício se estabelece o gravame corresponda o direito inalienável e hereditário de ter uma construção sobre ou abaixo de superfície daquela propriedade. §§ 1013 - /* Das Erbbaurecht kann auf Benutzung eines für das Bauwerk nicht erforderlichen Teils des Grundstücks erstreckt werden, wenn sie für die Benutzung des Bauwerks Vorteil bietet. §§ 1013 - /* O direito de superfície pode estender-se ao aproveitamento de uma parte da propriedade não necessária para a construção, se dita parte oferecer vantagem para o aproveitamento da construção. §§ 1014 - /* Die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Teil eines Gebäudes, insbesondere ein Stockwerk, ist unzulässig. §§ 1014 - /* A limitação do direito de superfície a uma parte de um edifício, em especial a um piso, é inadmissível. §§ 1015 - /* Die zur

O arcabouço jurídico suíço também disciplinou o instituto da superfície (artigos 675 e 779), permitindo que o superficiário realizasse construções sobre a coisa alheia, equiparando-a a uma forma de servidão. Em decorrência do agravamento da crise habitacional no país, ocasionado pelos males da 1ª Guerra Mundial, o instituto passou por um celeiro de adaptações, que, por fim, deu azo a uma série de inovações, como no caso do subsolo, elevado à condição de objeto superficiário⁵².

Curiosamente, o Código Civil Suíço facultou ao superficiário a possibilidade de exercer sobre o bem alheio, a chamada sobrelevação, consistente no direito de transmitir a um terceiro o direito a ele conferido originalmente, qual seja, de construir sobre o imóvel de outrem. Destarte, cabe consignar que, tal novidade não gera confusão com o condomínio edilício, já que *in casu*, o terceiro é estranho à relação contratual (artigo 837)⁵³.

Inspirado em outros modelos, o Código Inglês também contemplou o direito de superfície, regulando, inclusive, sua formalização, através dos chamados *building lease*⁵⁴.

Inicialmente em Portugal, a legislação lusitana não fazia qualquer menção ao instituto, permitindo que o direito de superfície fosse regulamentado apenas após o advento da Lei nº 2.030/1948, que dispunha sobre os direitos de propriedade. Sob a égide do Código Civil Português de 1967, a referida lei foi, de certa forma, suprimida pelos artigos 1.524 a 1.542 do novo diploma civilista, tratando de regular

Bestellung des Erbbaurechts nach § 873 erforderliche Einigung des Eigentümers und des Erwerbers muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden. §§ 1015 - /* O acordo entre proprietário e o adquirente necessário segundo o parágrafo 873 para a constituição do direito de superfície deve ser declarado perante o Oficial do Registro com a assistência simultânea de ambas as partes. §§ 1016 - /* Das Erbbaurecht erlischt nicht dadurch, das Bauwerk untergeht. §§ 1016 - /* O direito de superfície não se extingue pela circunstância que destrói a construção. §§ 1017 - /* (1) Für das Erbbaurecht gelten die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften. (2) Die für den Erwerb des Eigentums und die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften finden auf das Erbbaurecht entsprechende Anwendung. §§ 1017 - /* Para o direito de superfície valem as disposições referentes às propriedades. Se aplicam ao direito de superfície as disposições existentes para a aquisição da propriedade e para as pretensões derivadas da mesma.

⁵² Neste sentido: BARBOSA, Diana Coelho. **O Direito de Superfície: À Luz do Estatuto da Cidade**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 46.; BENASSE, Paulo Roberto. **O Direito de Superfície e o código civil brasileiro**. Campinas: Bookseller, 2002. p. 69.

⁵³ GORAYB, Rima. **O Direito de Superfície**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 47.

⁵⁴ TEIXEIRA, Ivo Jorge Rocha. **Direito de superfície e o conflito aparente de normas entre o Código Civil e o Estatuto da Cidade**. Disponível <<http://jus.com.br/revista/texto/14506/direito-de-superficie-e-o-aparente-conflito-de-normas-entre-codigo-civil-e-estatuto-da-cidade/2>> Acesso 04 nov 2011.

toda a matéria atinente, aumentando, assim, a importância da coisa instituída sob o ponto de vista legal⁵⁵.

⁵⁵ TÍTULO V Do direito de superfície CAPÍTULO I Disposições gerais Artigo 1524.º (Noção) - O direito de superfície consiste na faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações. Artigo 1525.º (Objecto) 1. Tendo por objecto a construção de uma obra, o direito de superfície pode abranger uma parte do solo não necessária à sua implantação, desde que ela tenha utilidade para o uso da obra. 2 - O direito de superfície pode ter por objecto a construção ou a manutenção de obra sob solo alheio. Artigo 1526.º (Direito de construir sobre edifício alheio) O direito de construir sobre edifício alheio está sujeito às disposições deste título e às limitações impostas à constituição da propriedade horizontal; levantado o edifício, são aplicáveis as regras da propriedade horizontal, passando o construtor a ser condômino das partes referidas no artigo 1421.º. Artigo 1527.º (Direito de superfície constituído pelo Estado ou por pessoas colectivas públicas) O direito de superfície constituído pelo Estado ou por pessoas colectivas públicas em terrenos do seu domínio privado fica sujeito a legislação especial e, subsidiariamente, às disposições deste código. CAPÍTULO II Constituição do direito de superfície. Artigo 1528.º (Princípio geral) O direito de superfície pode ser constituído por contrato, testamento ou usucapião, e pode resultar da alienação de obra ou árvores já existentes, separadamente da propriedade do solo. Artigo 1529.º (Servidões) 1. A constituição do direito de superfície importa a constituição das servidões necessárias ao uso e fruição da obra ou das árvores; se no título não forem designados o local e as demais condições de exercício das servidões, serão fixados, na falta de acordo, pelo tribunal. 2. A constituição coerciva da servidão de passagem sobre prédio de terceiro só é possível se, à data da constituição do direito de superfície, já era encravado o prédio sobre que este direito recaía. CAPÍTULO III Direitos e encargos do superficiário e do proprietário Artigo 1530.º (Preço) 1. No acto de constituição do direito de superfície, pode convencionar-se, a título de preço, que o superficiário pague uma única prestação ou pague certa prestação anual, perpétua ou temporária. 2. O pagamento temporário de uma prestação anual é compatível com a constituição perpétua do direito de superfície. 3. As prestações são sempre em dinheiro. Artigo 1531.º (Pagamento das prestações anuais) 1. Ao pagamento das prestações anuais é aplicável o disposto nos artigos 1505.º e 1506.º, com as necessárias adaptações. 2. Havendo mora no cumprimento, o proprietário do solo tem o direito de exigir o triplo das prestações em dívida. Artigo 1532.º (Fruição do solo antes do início da obra). Enquanto não se iniciar a construção da obra ou não se fizer a plantação das árvores, o uso e a fruição da superfície pertencem ao proprietário do solo, o qual, todavia, não pode impedir nem tornar mais onerosa a construção ou a plantação. Artigo 1533.º (Fruição do subsolo) O uso e a fruição do subsolo pertencem ao proprietário; este é, porém, responsável pelo prejuízo causado ao superficiário em consequência da exploração que dele fizer. Artigo 1534.º (Transmissibilidade dos direitos) O direito de superfície e o direito de propriedade do solo são transmissíveis por acto entre vivos ou por morte. Artigo 1535.º (Direito de preferência) 1. O proprietário do solo goza do direito de preferência, em último lugar, na venda ou dação em cumprimento do direito de superfície; sendo, porém, enfiteutico o prédio incorporado no solo, prevalece o direito de preferência do proprietário. 2. É aplicável ao direito de preferência o disposto nos artigos 416.º a 418.º e 1410.º CAPÍTULO IV Extinção do direito de superfície Artigo 1536.º (Casos de extinção) 1. O direito de superfície extingue-se: a) Se o superficiário não concluir a obra ou não fizer a plantação dentro do prazo fixado ou, na falta de fixação, dentro do prazo de dez anos; b) Se, destruída a obra ou as árvores, o superficiário não reconstruir a obra ou não renovar a plantação, dentro dos mesmos prazos a contar da destruição; c) Pelo decurso do prazo, sendo constituído por certo tempo; d) Pela reunião na mesma pessoa do direito de superfície e do direito de propriedade; e) Pelo desaparecimento ou inutilização do solo; f) Pela expropriação por utilidade pública. 2. No título constitutivo pode também estipular-se a extinção do direito de superfície em consequência da destruição da obra ou das árvores, ou da verificação de qualquer condição resolutiva. 3. À extinção do direito de superfície, nos casos previstos nas alíneas a) e b) do n.º 1, são aplicáveis as regras da prescrição. Artigo 1537.º (Falta de pagamento das prestações anuais) 1. A falta de pagamento das prestações anuais durante vinte anos extingue a obrigação de as pagar, mas o superficiário não adquire a propriedade do solo, salvo se houver usucapião em seu benefício. 2. À extinção da obrigação de pagamento das prestações são aplicáveis as regras da prescrição. Artigo 1538.º (Extinção pelo decurso do prazo) 1. Sendo o direito de superfície constituído por certo tempo, o

Conceitualmente, o art. 1.524 do Código lusitano assim definiu a superfície: “O direito de superfície consiste na faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações.”

É cediço que, não cabe aqui especificar por completo quais países instituíram a superfície em seus respectivos ordenamentos, por não ser este o objetivo pelo qual o trabalho se propõe. Todavia, ressalta-se a importância de frisar o momento histórico do surgimento da superfície nos mais diversos países e sua inserção no ordenamento jurídico alienígena. Nesse desiderato, preceitua e esclarece, com rara propriedade e conhecimento, o ilustre doutrinador Carlos Roberto Gonçalves⁵⁶:

No direito moderno o aludido instituto é regulado, entre outros, no direito italiano (CC, arts. 952 a 956), no direito português (CC, arts. 1.524 a 1.542), no direito alemão (arts.1.012 a 1.017), no direito austríaco (arts. 1.125, 1.147 a 1.150), no direito suíço (arts. 675 e 779), no direito holandês (arts. 758 a 766) no direito belga (Lei de 10-1-1824). Confere a ele, em essência, a uma ou várias pessoas o direito de construir ou plantar em terreno alheio.

Observados os apontamentos supra, notadamente, pudemos nos aprofundar um pouco mais acerca do surgimento da superfície e sua consequente adaptação às legislações correlatas. Da mesma forma, foi possível reconhecer o

proprietário do solo, logo que expire o prazo, adquire a propriedade da obra ou das árvores. 2. Salvo estipulação em contrário, o superficiário tem, nesse caso, direito a uma indenização, calculada segundo as regras do enriquecimento sem causa. 3. Não havendo lugar à indenização, o superficiário responde pelas deteriorações da obra ou das plantações, quando haja culpa da sua parte. Artigo 1539.º (Extinção de direitos reais constituídos sobre o direito de superfície) 1. A extinção do direito de superfície pelo decurso do prazo fixado importa a extinção dos direitos reais de gozo ou de garantia constituídos pelo superficiário em benefício de terceiro. 2. Se, porém, o superficiário tiver a receber alguma indenização nos termos do artigo anterior, aqueles direitos transferem-se para a indenização, conforme o disposto nos lugares respectivos. (Artigo 1540.º (Direitos reais constituídos pelo proprietário)Os direitos reais constituídos pelo proprietário sobre o solo estendem-se à obra e às árvores adquiridas nos termos do artigo 1538.º Artigo 1541.º (Permanência dos direitos reais) Extinguindo-se o direito de superfície perpétuo, ou o temporário antes do decurso do prazo, os direitos reais constituídos sobre a superfície ou sobre o solo continuam a onerar separadamente as duas parcelas, como se não tivesse havido extinção, sem prejuízo da aplicação das disposições dos artigos anteriores logo que o prazo decorra. Artigo 1542.º(Extinção por expropriação) Extinguindo-se o direito de superfície em consequência de expropriação por utilidade pública, cabe a cada um dos titulares a parte da indenização que corresponder ao valor do respectivo direito. CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS: Atualizado até à Lei n.º 61/2008, de 31 de out. 2011. Disponível <<http://www.portolegal.com/CodigoCivil.html>> Acesso 05/11/2011.

⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil,:** **Direito das Coisas**. v. 5 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 409.

impacto ocasionado pela sua inserção nos quatro cantos do mundo, o que acabou modificando drasticamente a rigidez cultural de alguns países e, em um segundo momento, os padrões de postura e de conduta sociais, haja vista o período truculento de guerras, revoltas e demais transições, pelo qual os países retromencionados, observadas as devidas proporções, mormente no que se refere às distinções de cunho histórico, tiveram que defrontar.

1.5. Da inserção do direito de superfície no panorama jurídico brasileiro.

Remetendo-se ao passado, durante o apogeu da colonização no Brasil, já havia resquícios da existência da superfície no Direito Português. Sendo a legislação extravagante autoaplicável, o direito de superfície passou a fazer parte do cotidiano nas relações referendadas no Brasil⁵⁷.

Após a Independência, ao contrário do que se imaginava, a sobreposição do direito português pode se consolidar. Não bastasse, essa nova adequação foi traduzida em norma (Lei Imperial de 1823). Assim, a manutenção das regras exaradas pela Coroa Portuguesa, especialmente, no que se refere às disposições atinentes à regulamentação do direito de superfície, fez com que esse mecanismo fosse, posteriormente, instrumentalizado no Brasil, mediante aparato normativo próprio⁵⁸.

Gradativamente, as leis do Reino Português, estigmatizadas pelas Ordenações – Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603), que nada mais eram que um emaranhado de leis elaborado com o objetivo de reorganizar toda a estrutura judiciária. Até a elaboração do esboço do Código Civil por Teixeira de Freitas⁵⁹, que deu azo à promulgação da Lei nº 1.237 de 24 de setembro de 1.864 puderam perfeitamente vigor no Brasil⁶⁰. A partir daí, foram suprimidas, conforme

⁵⁷ ANDRADE, Marcus Vinícius dos Santos. **Superfície à luz do Código Civil e do Estatuto da Cidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 46.

⁵⁸ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **O direito de superfície como instrumento de planificação urbana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p 202 e 203.

⁵⁹ ANDRADE, Marcus Vinícius dos Santos. *Superfície à luz do Código Civil e do Estatuto da Cidade*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 47.

⁶⁰ BARBOSA, Diana Coelho. **O Direito de Superfície: À Luz do Estatuto da Cidade**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 60.

dicção do artigo 6º, na qual não continha no rol dos direitos reais, qualquer referência sobre a superfície⁶¹.

Não bastasse a derrogação do direito de superfície pela Lei nº 1.237/1864 (Código Civil), a motivação teve outro fundamento: a forte pressão provocada pelos juristas da época, que pugnavam pelo seu imediato banimento, por considerarem o instituto um instrumento jurídico desnecessário⁶².

Reitera-se que, apesar do Código Civil (1864) dar um destaque maior a figura dos direitos reais, o legislador deixou de contemplar o direito de superfície, suprimindo-o, intencionalmente, do rol acima descrito. Nesse trilhar, José Guilherme Braga Teixeira assevera⁶³:

O seu banimento de tal categoria, por exclusão do rol respectivo, é uma das aplicadores di sistema de que os direitos reais constituem um número taxativo, da competência do legislador (a propósito, é o que está ocorrendo atualmente com a enfiteuse no novo Código Civil ora sob comentário). Banida do elenco dos direitos reais da legislação vigente no País reduziu-se a superfície a uma mera modalidade de arrendamento, deixando de ter maior importância na ocasião.

Assim, o princípio da taxatividade que remonta a norma em apreço, não poderia dar lugar a uma interpretação mais extensiva ou meramente exemplificativa. Deveria ser levada em conta a literalidade do rol inserto na lei.

Não obstante, quando da elaboração do projeto de lei do Código Civil (1916), a comissão de relatoria, capitaneada pelo insigne jurista Clóvis Beviláqua, tentou reintroduzir, sem sucesso, o direito de superfície no ordenamento pátrio⁶⁴.

⁶¹ BENASSE, Paulo Roberto. **O Direito de Superfície e o código civil brasileiro**. Campinas: Bookseller, 2002. p. 16.

⁶² TEIXEIRA, José Guilherme Braga. **Da propriedade, da superfície e das servidões**. Arts. 1.277 a 1.389. In: ARRUDA ALVIM, José Manuel de; ALVIM Thereza (orgs.) **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. v.12. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 260 e 261.

⁶³ TEIXEIRA, José Guilherme Braga. **Da propriedade, da superfície e das servidões**. Arts. 1.277 a 1.389. In: ARRUDA ALVIM, José Manuel de; ALVIM Thereza (orgs.) **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. v. 12. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 260 e 261.

⁶⁴ TEIXEIRA, José Guilherme Braga. **Da propriedade, da superfície e das servidões**. Arts. 1.277 a 1.389. In: ARRUDA ALVIM, José Manuel de; ALVIM Thereza (orgs.) **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. v.12. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 260 e 261. In: ARRUDA ALVIM, José Manuel de; ALVIM Thereza (orgs.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. v. 12. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 260.

Porém, considerou-se que a reinserção da superfície no Código Civil de 1916 não teria utilidade⁶⁵.

Em 1963, o ilustre advogado Orlando Gomes acenou com a possibilidade de reinserir a superfície no Direito Pátrio, ao apresentar um anteprojeto para a instituição de um Código Civil inovador. Contudo, por razões desconhecidas, a comissão, por unanimidade, decidiu por bem, retirar do anteprojeto a proposta inicial⁶⁶.

Sobre o referido projeto, Marcus Vinícius dos Santos Andrade aponta de modo bastante esclarecedor:

Após várias alterações tópicas, porem importantes, veio à tona a necessidade de uma revisão ampla do Código Civil e, mais precisamente, da elaboração de um novo projeto. A coordenação coube a Caio Mario da Silva pereira, a quem também foi conferida a elaboração do anteprojeto do Código de Obrigações. Orlando Gomes ficou com a formulação do anteprojeto do Código Civil de Direito Civil. O texto apresentado ao Ministro da Justiça, em 31.03.1963 (arts. 513, 524/531 e 685), por primeiro, posicionava o direito de superfície dentre os direito reais limitados. (...) A proposta de Orlando Gomes terminou por ser recusada pelos restantes membros da comissão revisora, Caio Mario da Silva Pereira e Orozinho Nonato. Vale acrescentar que o projeto, embora remetido pelo Poder Executivo ao Legislativo, através da Mensagem 804, de 12.10.1965, não teve sequência e acabou arquivado.

Finalmente, após um longo período de espera, a superfície voltou a ser admitida na legislação brasileira, após a confecção de uma terceira tentativa – o anteprojeto do Código Civil de 2002, elaborado por Ebert Viana Chamount e supervisionado por Miguel Reale, publicado no DOU em 07 de agosto de 1972⁶⁷.

Amparado nas raízes romanas, Reale descreveu, com enorme desenvoltura, algumas poucas palavras acerca da origem histórica da superfície e

⁶⁵ Neste sentido: CAVALCANTI, Marise Pessoa. **Superfície compulsória: instrumento de efetivação da função social da propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.p. 30.; BENASSE, Paulo Roberto. **O Direito de Superfície e o código civil brasileiro**. Campinas: Bookseller, 2002. p. 16.; ANDRADE, Marcus Vinícius dos Santos. **Superfície à luz do Código Civil e do Estatuto da Cidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 49.

⁶⁶ TEIXEIRA, José Guilherme Braga. **Da propriedade, da superfície e das servidões**. Arts. 1.277 a 1.389. In: ARRUDA ALVIM, José Manuel de; ALVIM Thereza (orgs.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. v.12. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 260 261.

⁶⁷ Texto na íntegra da Mensagem nº 160, de 10 de junho de 1975. Disponível <<http://www.asjtrio.com.br/Codigos/Codigocivil.htm>>, Acesso 02/11/2011.

do seu recepcionamento pelo Direito Brasileiro. Luciano de Souza Godoy⁶⁸ cita o breve arrazoado em sua obra, se não vejamos:

Toda vez que uma sociedade, como toda vez que um grande centro urbano se desenvolve e isto acontece em Roma surge a idéia do direito de superfície. É o que nós costumamos dizer, que os modelos jurídicos às vezes entram em eclipse e, quando menos se espera, por circunstâncias completamente imprevistas, esses modelos jurídicos antigos reaparecem com roupagens novas, mas na mesma feição do antigo, para realizar a mesma feição ou feição análoga ou paralela à do modelo antigo. Assim acontece com a superfície.

Após, o anteprojeto converteu-se no projeto nº 634-B (1975) do Código Civil, sendo encaminhado ao Congresso Nacional pelo Presidente da República por meio da mensagem nº 160, de 10 de junho de 1975.

A seguir, foi convertido em lei e sancionado pelo presidente da República Fernando Henrique Cardoso. A entrada em vigor do Novo Código Civil esculpiu definitivamente a superfície no rol dos direitos reais, conforme preconiza o disposto no art. 1.255, II, do Novo Código Civil.

1.5.1. O direito de superfície sob a ótica do Estatuto da Cidade e do Novo Código Civil (breve introito).

Inicialmente, é imperioso tecermos alguns comentários acerca do direito de superfície, especialmente no que tange à sua disposição que por ora se encontra prevista em dois diferentes diplomas: no Estatuto da Cidade e no Novo Código Civil.

⁶⁸ REALE, Miguel. **O Projeto de Código Civil**, São Paulo, Saraiva, 1986. In GODOY, Luciano de Souza, **Direito de Superfície. Uma solução jurídica para minimizar custos em edificações**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 15, ago./nov. 1996. p.. 67.

Repetidamente, antes de qualquer coisa, cumpre reiterar que o projeto de lei a pouco citado, somente passou a vigor após o advento da Lei nº 10.402/02, que instituiu o Novo Código Civil. Isso é fato.

Porém, um ano antes da promulgação do Diploma Civilista, fora sancionada a Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001, rapidamente intitulada de Estatuto da Cidade.

O referido Estatuto regulamentou os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988, que tratam da política nacional de desenvolvimento urbano.

Por falar na Constituinte, o legislador, ciente da necessidade de modificar a estrutura organizacional das cidades, quis, para tanto, resolver a problemática do crescimento desenfreado e desorganizado dos municípios. Desse modo, foram estabelecidos critérios norteadores para servirem de base à adoção de novas práticas voltadas para o desenvolvimento das políticas urbanas. Sem prejuízo do disposto, a tão propalada sustentabilidade rompeu os padrões tradicionalistas, dando ensejo a uma nova ordem - a dos direitos sociais. Nessa esteira, preconiza o art. 182 da Constituição-Cidadã:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das **funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.** (grifei)

Posteriormente, com o intuito de preencher todas as lacunas porventura existentes, o Estatuto da Cidade tratou de incluir na matéria destinada às políticas urbanas, a figura do direito de superfície. O instrumento viabilizou a tomada de uma série de ações, voltadas ao desenvolvimento sustentável das cidades, abarcando, além das regras de índole urbanística, às questões relativas ao direito de propriedade, mormente no que se refere às relações contratuais entre particulares e ente público.

No Estatuto da Cidade, a superfície é regida pelos artigos 21, 22, 23 e 24, que serão objetos de discussão mais à frente, em momento oportuno.

A respeito da incumbência do Estatuto, enquanto microsistema que é, semelhante ao Código de Defesa do Consumidor, Frederico Henrique Viegas de Lima preleciona⁶⁹:

A lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, desde logo conhecida como Estatuto da Cidade, tem como ponto de partida o Projeto Lei de nº 5.788/90, que buscava estabelecer diretrizes gerais sobre a política urbana. Tanto é assim que a regulamentação do direito de superfície que continha no antigo projeto 775/83, é muito superior ao que foi estabelecido no pelo Estatuto da Cidade. (...) Contudo não se pode negar que o Estatuto da Cidade introduziu no ordenamento jurídico nacional algumas figuras importantes do urbanismo moderno.

Nesse diapasão, o Estatuto da Cidade sedimentou o entendimento de que era necessário uma intervenção incisiva na saúde estrutural e organizacional das cidades, sob pena de, haver, num futuro próximo, a impossibilidade de reparação dos danos porventura ocasionados e o retorno ao *status quo ante*.

Dessa forma, a legislação especial objetivou reeducar o sistema de gestão nas cidades, aperfeiçoando o *modus operandi*, fazendo com que medidas preventivas de desenvolvimento sustentável fossem observadas e adaptadas às necessidades urbanas de cada lugar.

Corroborando esse entendimento, Frederico Henrique Viegas de Lima⁷⁰ esclarece:

Atualmente, em virtude da concentração de grande parte da população nos grandes centros, têm sido elaboradas as leis com o propósito de solucionar os problemas urbanos de moradia.

Cabe consignar que, como dito alhures, o anteprojeto de 1975 foi convertido em projeto do Novo Código Civil. Ocorre que, antes da promulgação do Diploma Civilista foi sancionada a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 – o Estatuto da Cidade. Com isso, o projeto foi utilizado e recepcionado pelo Estatuto. Nesse diapasão, relata Arnaldo Rizzardo⁷¹:

⁶⁹ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **O direito de superfície como instrumento de planificação urbana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 202 e 203.

⁷⁰ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **O direito de superfície como instrumento de planificação urbana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 192.

⁷¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 861.

Embora não incluído nos anteprojetos iniciais do novo Código Civil, que visavam mais uma reforma, o de 1975 obteve êxito ao introduzir a figura, que veio ser mantida nas tramitações do projeto, até a sua aprovação. O chamando Estatuto da Cidade, implantado pela Lei 10.257, de 10.07.2001, regulou a matéria.

Já o Código Civil reservou os artigos 1.369 a 1.377 para cuidar de forma específica do direito de superfície, reinserindo-o, de vez, no ordenamento jurídico pátrio. Não bastasse, ganhou contornos e *status* de direito real (art. 1.255, II).

Contudo, com a regulamentação proposta pelo Diploma Civilista, o que era para ser benéfico, se transformou, aparentemente, em um grave problema. A coexistência das normas gerou o efeito inverso.

Inevitavelmente, vieram os questionamentos. Em grande parte, fulcrados nas questões atinentes ao objeto, a competência, a vigência e aplicabilidade da superfície, dentre outras não menos importantes. Subsistir-se-á qual regramento? Os juristas deram ênfase a acaloradas discussões que persistem até os dias de hoje.

Certo é que, na medida em que as ideologias tradicionais foram rompidas, com a reintrodução definitiva da superfície no Direito Pátrio – leia-se Estatuto da Cidade (2001) e Código Civil (2002), os operadores do direito passaram a conviver mais de perto com a insegurança jurídica, suplantada, em parte, pela coexistência de ambas as leis.

Indubitavelmente, o tema proposto merece maior reflexão. Nesse ponto, a questão será especificamente debatida quando do exame da matéria no tópico pertinente.

1.6. Da distinção com outros institutos.

É cediço que a superfície caracteriza-se por ser um direito real de uso, gozo, fruição e disposição sobre coisa alheia, resguardados os direitos do nu-proprietário sobre o terreno (artigos 21, *caput* do Estatuto da Cidade e 1.369 do Código Civil).

Diante disso, o fundeiro, apesar de proprietário do imóvel, não detém o domínio útil do objeto da superfície, que cabe, até perdurar a relação negocial instituída, ao superficiário.

Conforme se vê, o estudo do direito de superfície nos revela algumas particularidades, não obstante, por vezes, são confundidas com as de outras espécies de direito real.

Contudo, analisando percucientemente a superfície, sob a égide do Estatuto da Cidade e do Novo Código Civil, percebe-se que as semelhanças encontradas são meramente aparentes, eis que o instituto se revela, apresentando características bastante peculiares.

Como exemplo, podemos compará-lo à enfiteuse, direito real de uso e fruição de imóvel alheio. Seguem as diferenças: I - na enfiteuse, os fins a que se destina são restritivos, característica inversa do que ocorre na superfície, onde o leque de abrangência é muito maior, sendo possível o objeto abarcar além de obras, edificações e construções, outras formas de acessões; II – enquanto a enfiteuse é gravada com cláusula de perpetuidade, mormente em relação às propriedades particulares, o mesmo não acontece no contrato de superfície, que, via regra, é temporário, podendo ser também por prazo indeterminado e; III – por fim, a enfiteuse se dá sempre de forma onerosa, com o pagamento do *foro* pelo enfiteuta, ao passo que a superfície poderá ser, além de onerosa, gratuita⁷².

Nesse desiderato, preleciona Artur Oscar de Oliveira⁷³:

As duas figuras jurídicas diferenciam-se profundamente no tocante a extensão dos direitos do superficiário e do enfiteuta, em relação ao solo. Enquanto aquele dispõe, apenas, do direito real limitado de gozo sobre o solo, o enfiteuta – conforme acentua Guilarte – tem das mais amplas faculdades de gozo sobre a totalidade do fundo, incluindo as coisas que estão situadas sobre o próprio solo.

No que se refere ao direito real de servidão, com amparo nos artigos 695 a 712 do Código Civil, a superfície a ele em nada se assemelha. Primeiro, porque nas servidões há restrição de uso e gozo do bem serviente em benefício do prédio

⁷² DEDA, Artur Oscar de Oliveira. **Direito de Superfície**. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo. V.26, 1979, p.339 e 340.

⁷³ DEDA, Artur Oscar de Oliveira. **Direito de Superfície**. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo. V.26, 1979. p. 339 e 340.

dominante, ao contrário da superfície, em que há livre disposição. Outra distinção entre as duas figuras jurídicas consiste na impossibilidade de alienação do bem serviente em favor do prédio dominante e, vice-versa, já que as servidões tem como característica precípua, o caráter perpétuo.

Também não se admite confundi-lo com o direito real de usufruto, já que este, pelas próprias características, só é passível de uso e fruição. Além disso, por ser *intuitu personae*, é gravado com cláusulas de inalienabilidade e intransmissibilidade.

Quanto à parceria, o arrendamento e a locação, diferem da superfície, por serem direitos de índole eminentemente obrigacional. Não são direitos reais. Assim sendo, não preveem necessariamente à forma escrita, podendo ser o contrato acordado verbalmente. Ademais, o direito real de superfície pode ser concedido gratuitamente, sendo desnecessário o pagamento de uma verba a título de contraprestação. Também não há que se falar em indenização pelas benfeitorias, úteis ou necessárias realizadas pelo possuidor direto no imóvel do proprietário, eis que tal característica é da essência e natureza da superfície. Nos casos retromencionados, essa é a regra geral. Não bastasse, os institutos ilustrados não podem ser transferidos, haja vista a vedação ancorada na regência do princípio da personalidade, que, por certo, subverteria a ordem natural e jurídica das coisas.

Ao passo que o direito de superfície concede ao possuidor direto a prerrogativa de usar, gozar, fruir e, principalmente, dispor do bem alheio, outros direitos reais não gozam dessa mesma prerrogativa.

CAPÍTULO II - DIREITO DE SUPERFÍCIE: ENFOQUE SOB O PRISMA DO ESTATUTO DA CIDADE E DO NOVO CÓDIGO CIVIL

2.1. O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01).

2.1.1. Diretriz geral de desenvolvimento urbano x norma geral de Direito Urbanístico.

A Constituição-Cidadã foi a primeira a transferir aos Estados e Municípios uma maior autonomia para gestão das questões de interesse local, muito em decorrência da redistribuição de recursos alçada a estes entes federativos. Dentre as inúmeras inovações trazidas pela Carta Magna, nos interessa nesse momento, apenas àquelas relativas ao sistema de política pública.

Nesse panorama, antes de adentrarmos no cerne central da questão, submetendo-se a análise das legislações condizentes, não podemos nos escusar de reservar algumas poucas linhas para eventuais questionamentos acerca da natureza normativa do primeiro aparato legal: o Estatuto da Cidade.

Ora, pois, no âmbito de distribuição de competência proposto pela Constituição Federal, é cediço que o advento do Estatuto da Cidade decorreu da permissibilidade dos dispositivos elencados na Constituição Federal de 1988. Nesse diapasão, os artigos 21, XX e 24, I, parágrafo 1º da Constituinte estabelecem, respectivamente, o seguinte:

Art. 21. Compete à União:

(...)

XX – instituir diretrizes gerais para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

(...)

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

(...)

1º. No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

(...)

Analisando os dispositivos acima transcritos, temos que o primeiro tem cunho eminentemente norteador, eis que sinaliza o caminho a ser percorrido, guardando enorme similitude com as características estampadas em normas que estabelecem diretrizes gerais, que são consideradas não vinculativas. Contudo, é certo que incumbe ao Poder Executivo o dever aplicá-las.

Em contrapartida, o próximo artigo em pauta se destaca por ser uma referência legal, eis que há atribuição e competência legislativas. Sendo vinculativa, é óbvio que o dispositivo em apreço constitui-se como sendo norma geral de Direito Urbanístico, na medida em que os efeitos dela decorrentes são de incumbência tanto do Poder Judiciário, quanto do Poder Executivo, culminando numa verdadeira divisão de responsabilidades.

Sobre normas gerais, o ilustre ministro aposentado Eros Grau⁷⁴, de forma brilhante, preleciona:

Norma geral então – termo que designa outro conceito, diverso daquele com trânsito no campo, da teoria geral do direito -, é, disse-o, norma que supõe a determinação de parâmetros, em um nível maior de generalidade, a serem sentidos na normatividade subsequente à sua definição. O que conferiria às normas gerais só o caráter de direito sobre direito, conforme, de modo inadequado – no meu sentir, -, se tem referido. Mas isso não diz muito. Seria necessário dizermos, Ademais, que as normas gerais (normas nacionais) (i) consubstanciam regras que conferem concreções a princípios jurídicos fundamentais recepcionados expressa ou implicitamente na Constituição, e a princípios que Canotilho denomina políticos constitucionalmente conformadores – inobstante as normas gerais também vinculem princípios e princípios que sejam também vinculados por normas que não se pode qualificar como normas gerais (ii) consubstanciam a ordenação de condutas uniformes, visando a prevenir conflitos entre as entidades da federação e/ou entre os que nelas estejam situados (iii) suprem lacunas constitucionais; e (iv) no Brasil, respeitam às matérias enunciadas no art. 22 da constituição de 1988. Todas elas são, no Brasil normas nacionais/normas gerais.

Desta feita, temos que as normas gerais são regras e princípios inerentes ao Direito Urbanístico, ramo que disciplina a utilização sustentável e adequada do

⁷⁴ GRAU. Eros Roberto. **Licitação e Contrato Administrativo (estudo sobre a interpretação da Lei)**. São Paulo: Malheiros, 1995. Pág. 12.

solo urbano. Em contrapartida, as diretrizes gerais estabelecem regras e princípios voltados ao desenvolvimento das políticas urbanas das cidades⁷⁵.

Assim, como o Estatuto da Cidade regulamentou os artigos 182 e 183 da Carta Magna referendados no Capítulo II – Da Política Urbana, nos parece que estamos diante de um regramento de cunho eminentemente norteador.

Ademais, ao analisarmos a Lei nº 10.257/01, nota-se, no corpo textual inicial o propósito pelo qual a mesma fora instituída. A lei *“regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.”*

A opinião compartilhada é de que o espírito do Estatuto da Cidade consiste em estabelecer as diretrizes gerais da política urbana no âmbito municipal. A diretriz nada mais é que uma linha na qual se traça um caminho a ser percorrido.

Portanto, presta-se o Estatuto para proceder a um melhor direcionamento das ações efetivas por meio do Poder Público competente, no sentido de identificar e combater os problemas de índole estrutural e organizacional enfrentados, sobretudo, pelas grandes cidades⁷⁶.

2.1.2. A Normatização à luz do Estatuto.

Não obstante, dada a relevância do tema, o legislador constituinte reservou um capítulo específico sobre a matéria acima referida, expresso nos artigos 182 e 183, posteriormente regulamentados pela Lei nº 10.257, de 10 de junho de 2001. Trata-se do Capítulo II – Da Política Urbana, inserto no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira.

Sobre o advento do Estatuto, relata Arnaldo Rizzardo⁷⁷:

Embora não incluído nos anteprojetos iniciais do novo Código Civil, que visavam mais uma reforma, o de 1975 obteve êxito ao introduzir a figura, que veio ser mantida nas tramitações do projeto, até a sua aprovação. O chamando Estatuto da Cidade, implantado pela Lei. 10.257, de 10.07.2001, regulou a matéria.

⁷⁶ SUNDFELD. Carlos Ari. **O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais**. In Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/20010) Dallari. Edílson Abreu e Ferraz, Sérgio – Organizadores. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 45-60

⁷⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Pág. 861.

Adiante, dispõem, respectivamente, os artigos 182 e 183 da Constituição Federal:

Art. 182 - A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Art. 183 - Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Desta feita, os dispositivos acima transcritos se mostram reveladores. Isso porque, até então, nenhuma Constituição pode tratar com mais afinco as questões relativas ao melhoramento das práticas de gestão e desenvolvimento das cidades. Viu-se, pela primeira vez, a concretização de uma aliança, unindo ao planejamento estratégico urbano, outros aspectos quicá mais relevantes: os de cunho social, representados pelo crescimento sustentável das cidades e pelo bem-estar dos habitantes.

Como dito alhures, além da regulamentação dos dispositivos constitucionais retromencionados, o Estatuto da Cidade reintroduziu no ordenamento pátrio, importantes instrumentos de política urbana, dentre eles: a usucapião coletiva, o direito de preempção, a outorga do direito de construir sobre a propriedade alheia, e, principalmente, o direito de superfície.

Porém, o conteúdo que envolve o Estatuto da Cidade é muito mais abrangente. A Lei nº 10.257/2001 foi dividida em cinco capítulos. São eles, nessa ordem: as diretrizes gerais; os instrumentos da política urbana; o plano diretor; a gestão democrática da cidade e; as disposições gerais.

Essa subdivisão em capítulos específicos expressa uma nova concepção da cidade em termos de planejamento e gestão municipal.

Talvez a característica principal do Estatuto tenha sido a necessidade de implementação dos planos diretores dos municípios, o que pode contribuir para a regulamentação fundiária dos imóveis urbanos e, inclusive, para o combate à especulação imobiliária.

Contudo, vale assinalar que a complexidade do Estatuto ocasionou uma interferência nas instâncias dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, bem como nas esferas municipais, estaduais e federais, o que torna a missão de decifrá-lo no âmbito de suas atribuições uma tarefa um tanto quanto árdua.

Apesar disso, o Poder Público tem tentado utilizá-lo com esforço contínuo como um instrumento de estratégia para agregar os valores ali contidos em uma forma de reestruturar as cidades.

Nessa esteira, dentre as inovações trazidas pela Lei nº 10.257/2001, podemos citar: (i) os novos instrumentos para regulamentação do uso e ocupação do solo; (ii) a necessidade de regularização dos terrenos urbanos e; (iii) planos de gestão municipal aliados à participação efetiva da população.

Aliás, é nesse último item que a lei nos transmite uma mensagem que aflora democracia e solidariedade, a considerá-las como figuras de suma importância para a concretização do que chamamos de Justiça Social.

O Capítulo II retrata os instrumentos de política urbana e a Seção VI o direito de superfície⁷⁸. O instituto encontra supedâneo nos artigos 21 a 24 do Estatuto abaixo transcritos, se não vejamos:

Seção VII

Do direito de superfície

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 de registro de imóveis.

§ 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.

§ 2º A concessão do direito de superfície poderá ser gratuita ou onerosa.

§ 3º O superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo.

§ 4º O direito de superfície pode ser transferido a terceiros, obedecidos os termos do contrato respectivo.

§ 5º Por morte do superficiário, os seus direitos transmitem-se a seus herdeiros.

Art. 22. Em caso de alienação do terreno, ou do direito de superfície, o superficiário e o proprietário, respectivamente, terão direito de preferência, em igualdade de condições à oferta de terceiros.

Art. 23. Extingue-se o direito de superfície:

I – pelo advento do termo;

II – pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário.

Art. 24. Extinto o direito de superfície, o proprietário recuperará o pleno domínio do terreno, bem como das acessões e benfeitorias introduzidas no imóvel, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário no respectivo contrato.

§ 1º Antes do termo final do contrato, extingui-se o direito de superfície se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para a qual for concedida.

§ 2º A extinção do direito de superfície será averbada no cartório de registro de imóveis.

De imediato, o *caput* do artigo 21 nos revela três aspectos de suma importância. O primeiro fulcrado na possibilidade do proprietário urbano ceder a terceiro o direito de superfície sobre parte de seu terreno. Propositamente, o legislador preferiu utilizar-se da expressão “terreno” ao invés de qualquer outra, por considerar que o direito de superfície deve abranger tudo aquilo que do solo emergja,

⁷⁸ BARBOSA, Diana Coelho. **O Direito de Superfície: À Luz do Estatuto da Cidade**, 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006. Pág. 71.

toda e qualquer construção, edificação ou acessão que dali surja. Nesse caso, a utilização do direito de superfície é bastante ampla, permitindo às partes inovarem quando do manuseio do referido instrumento.

Assim, o objeto da superfície será, além do solo não edificado, tudo aquilo que for eventualmente construído sobre o terreno.

É imprescindível salientar que apenas aquele que é proprietário de um terreno está legitimado a conceder a outrem o direito de superfície. Essa disposição também se aplica quando o objeto da superfície for de titularidade do Poder Público.

Ressalva ao fato do legislador fazer menção apenas a possibilidade de concessão dos terrenos localizados em solo urbano, afastando, desde já, a possibilidade do direito de superfície contemplar áreas localizadas na zona rural.

O ponto intermediário preceitua que o prazo de vigência do contrato de superfície poderá ser determinado ou indeterminado. Assim, cabe unicamente aos negociantes a faculdade de escolher se o contrato vigorará com termo certo para o fim. Ainda, a respeito do teor do *caput* desse artigo, faz-se necessário distinguir o tempo indeterminado da perpetuidade. A diferença está, exclusivamente, na hipótese do contrato estipular um modo de ruptura do vínculo entre as partes. Se há essa possibilidade de por fim a relação instituída, ainda que inexista prazo de duração, o contrato terá a característica de ser por prazo indeterminado.

Em relação a parte final do *caput* do artigo, o Estatuto impõe, como medida para a validade do negócio jurídico, a obrigatoriedade de confecção de escritura pública com ulterior registro no Cartório de Imóveis competente, cujo imóvel se encontra legalmente vinculado. A inobservância dessa regra implicará na invalidação do negócio jurídico, eis que é da essência do próprio objeto, tal como ocorre diante das espécies de direitos reais, mormente quando o assunto ventilado é a propriedade.

O parágrafo 1º do artigo 21 dispõe que a superfície abrangerá o solo, o subsolo e o espaço aéreo do terreno. Quanto ao solo, não há suscitação de dúvidas, isso porque qualquer edificação, construção ou acessão será objeto da superfície. No que tange a superfície no subsolo, podemos citar como exemplo, os estacionamentos subterrâneos construídos em torno de um shopping center. A utilização do espaço aéreo pode ser facilmente compreendida quando da construção de um heliponto em um lugar pré-determinado. Assim, todos os voos realizados

sobre a propriedade alheia estarão contratualmente protegidos por força do disposto nesse parágrafo.

No que remete a análise do parágrafo 2º, é facultado ao proprietário, ceder, onerosa ou gratuitamente, o terreno para o superficiário. A escolha é de livre arbítrio do concedente.

No caso do parágrafo 3º, independentemente da onerosidade, caberá ao superficiário arcar com os encargos incidentes sobre a área, objeto da concessão. Assim, as construções ou edificações porventura existentes serão tributadas e pagas pelo superficiário, observadas as devidas proporções, considerando-se o uso efetivo da parte que lhe couber.

Nada impede, entretanto, que o contrato disponha de modo diverso, desincumbindo o superficiário de arcar com os encargos e demais tributos. Do mesmo modo, como ocorre no parágrafo anterior, a desobrigação decorrerá de disposição em contrato com previsão em sentido contrário, eis que a responsabilidade tributária do superficiário é presumível. Assim, em outras palavras, o instrumento assinado pelas partes poderá prever que as referidas despesas corram integralmente a cargo do proprietário – concedente do imóvel.

O parágrafo 4º do Estatuto da Cidade permite que a área, objeto da superfície, seja alienada a terceiro estranho à relação contratual, desde que respeitado o direito de preferência preconizado no artigo 22. Após esgotamento do prazo, que, por analogia, é de trinta dias, o proprietário do terreno e possuidor indireto da superfície, poderá alienar a construção, edificação ou acessão a terceiro interessado, sem a necessidade de aquiescência do superficiário.

O parágrafo 5º estatui que, com a morte do superficiário, os direitos decorrentes da superfície transmitir-se-ão aos herdeiros. Além da transmissão via *causa mortis*, nada impede que o superficiário conceda aos seus herdeiros o usufruto da área, transmissão que se dará por ato *inter vivos*. Porém, em ambos os casos, o direito sobre a superfície persistirá, até o término do prazo, se o contrato assim dispuser.

Como dito alhures, o artigo subsequente veio para disciplinar o instituto da preempção no direito de superfície, resguardando às partes de exercerem, no prazo legal, a prerrogativa de adquirirem o objeto da superfície.

Sabe-se que a preempção é sinônima da preferência, não obstante, constitui-se uma garantia posta à disposição das partes que possuem interesse na aquisição da superfície ou da propriedade. Nessa hipótese, é defeso às partes que sacramentaram a negociação, alienarem o bem a um terceiro, sem dar oportunidade à outra de manifestar-se, seja negativamente ou positivamente, sobre o interesse em adquirir o objeto da superfície ou o imóvel como um todo. A inobservância dessa cláusula, presente em contratos dessa natureza, poderá culminar na invalidação de contratos firmados com terceiros adquirentes, dando ensejo ao ajuizamento de medidas judiciais com ênfase na rescisão contratual. Destarte, deverá ser oportunizado às partes o direito de exercerem a prelação sobre a parcela superficiária ou sobre todo o terreno, em igualdade de condições, para, a partir daí, disponibilizarem contato com terceiros interessados.

Ad argumentandum, em se tratando da parte superficiária, o superficiário detém apenas o domínio útil do objeto, não o *dominus* pleno e total sobre a área, que pertence ao fundeiro do imóvel, o proprietário. Caso a manifestação do superficiário seja negativa, terá então, o proprietário, a oportunidade de incorporar ao restante do terreno que não faz parte do objeto superficiário, as edificações, construções e demais acessões realizadas no imóvel.

Frise-se, que os três parágrafos anteriores serão amplamente debatidos no tópico intitulado “Direito de Preempção”.

Subsequentemente, o artigo 23 traz em seu bojo duas formas de extinção do contrato de superfície: I – por termo e; II – pelo descumprimento contratual por qualquer das partes. No inciso I, o legislador refere-se aos contratos por prazo determinado, nos quais o simples término do prazo de vigência ocasiona a ruptura do vínculo contratual entre as partes. Não se pode olvidar, porém, que, silenciando as partes a respeito do prolongamento do vínculo contratual, haverá renovação automática, passando o contrato a vigor indeterminadamente.

No tópico “Da Extinção”, veremos que é perfeitamente possível ser inserido no inciso supramencionado outras hipóteses de ruptura contratual por inadimplemento, devendo, para tanto, serem observados casos específicos que norteiam a bilateralidade do negócio.

Em relação aos efeitos decorrentes da extinção, conforme dicção do *caput* do art. 24 do Estatuto, o proprietário readquire a posse direta sobre o seu

terreno, inclusas as edificações, construções e acessões, porventura, realizadas pelo superficiário, independentemente de qualquer indenização, pelas benfeitorias executadas, se inexistir disposição expressa nesse sentido.

Em seguida, no parágrafo 1º do artigo 24, outra hipótese de extinção por descumprimento contratual se verifica: caso o superficiário dê destinação diversa a coisa da qual inicialmente prevista em contrato. Assim sendo, se o superficiário utilizar o objeto superficiário para fins não autorizados em contrato, o negócio estará sujeito à extinção.

Em termos práticos, é facilmente possível compreender a sistemática. Imaginemos que o superficiário firme com o concedente contrato para realizar a construção de um hospital. Por razões desconhecidas, sem a anuência do proprietário, resolve construir um shopping center, contando, inclusive, com a possibilidade de realizar obras no subsolo do terreno, para futuras instalações de um estacionamento subterrâneo. Nesse caso, é notório que houve destinação diversa da pretendida. *In casu*, verifica-se que o superficiário desrespeitou, além dos aspectos sociais que o benefício da construção de um hospital traria à população, a previsão contratual, haja vista o intuito mecanizado de utilizar o subsolo do terreno.

O parágrafo 2º destaca ainda que, a extinção deverá ser levada a registro no Cartório de Imóveis competente, para que surta efeitos e atinja terceiros estranhos à relação contratual. Deve ser averbada à margem da matrícula do imóvel correspondente, mormente por ser direito real.

2.1.3. Um paralelo entre o Estatuto da Cidade e o Direito Ambiental e Urbanístico

Apesar de campos distintos e de abrangência próprios, cada qual desses aspectos estarem direcionados para o seu campo específico de atuação, é impossível desvincilhá-los totalmente, sem que, por diversas vezes tenhamos que nos socorrer de um para compreensão ou entendimento do outro.

O Direito Urbanístico é uma disciplina relativamente nova. Como subespécie e umbilicalmente atrelada ao Direito Ambiental traz consigo o interesse na ordenação de um espaço, na concreção de metas e na promoção de uma melhor qualidade de vida.

Nesse diapasão, com o intuito de promover o bem-estar do homem é que surgiu o Direito Urbanístico, na mesma medida como é utilizado o Direito Agrário, em prol do homem do campo. Abrange o Direito Urbanístico ou Direito das Cidades a organização dos espaços habitáveis.

Para Antônio Bezerra Baltazar:

O urbanismo é uma ciência, uma técnica e uma arte ao mesmo tempo, cujo objetivo é a organização do espaço urbano visando o bem-estar coletivo – através de uma legislação, de um planejamento e da execução de obras públicas que permitam o desempenho harmônico e progressivo das funções urbanas elementares: habitação, trabalho, recreação, do corpo e do espírito, circulação no espaço urbano⁷⁹.

Para tal, no todo ou em parte, o Direito Urbanístico consiste, através do Estatuto da Cidade, na exteriorização do desejo de organizar, estruturar, planejar, conduzir e executar todo e qualquer espaço localizado no âmbito das cidades.

2.1.3.1. Dos princípios do Direito Urbanístico implícitos na Lei nº 10.257/2001.

Assim como enunciado, desdobramento do Direito Ambiental que é, o Direito Urbanístico também sujeita-se à observância de princípios basilares, a serem utilizados para a concreção das finalidades nas quais, no caso, o Estatuto da Cidade se baseia.

Estão divididos em princípios: da legalidade, da função pública, da coesão dinâmica, da subsidiariedade e da função social da propriedade.

A começar pelo mais importante deles, que é o princípio da legalidade, inserto no artigo 5º, II, da Constituição Federal. Esse princípio, comum em todas as outras disciplinas do Direito, decorre da vontade da lei, a consagrar a expressão de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.” Para tanto, para que as regras de Direito Urbanístico tenham validade e eficácia sob o ponto de vista jurídico, devem estar expressas no texto legal pertinente.

⁷⁹ BALTAZAR, Antônio Bezerra. Introdução ao planejamento urbano, p. 136, *apud* SILVA. **Direito Urbanístico Brasileiro**, p. 30.

O princípio da função pública tem esse nome, pois é de atribuição pública, onde os fins deverão atender sempre a uma coletividade, em detrimento dos interesses privados.

Não confundir o interesse da coletividade com o do Estado, que apenas se utiliza do princípio para o atendimento, eis que atua através dessa *função pública*. Segundo Regina Helena Costa⁸⁰:

O Urbanismo, como conjunto de medidas destinadas a organizar os espaços habitáveis, é, sem dúvida, uma função pública, visto estar-se diante de um poder voltado para atendimento do interesse coletivo e cujo exercício consubstancia-se num dever jurídico.

Quanto ao princípio da coesão dinâmica, temos que o sentido da norma deve ser sempre lógico, sobretudo, no contexto em que estiver escrito, para que tal logicidade possa ser levada adiante, mesmo que haja transformações e alterações para a implantação de novos planejamentos⁸¹ (o “dinamismo” vem daí).

O penúltimo princípio é o da subsidiariedade. Esse princípio decorre do artigo 173 da Constituição Federal, o qual determina que, *in verbis*:

Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Segundo Mariana Senna Sant’Anna⁸²:

Apesar de mencionar a exploração econômica pelo Estado, este artigo também diz respeito à política urbana e, portanto, ao Direito Urbanístico, visto que incide sobre o domínio econômico, o qual exerce influência sobre a problemática da propriedade – também objeto do urbanismo.

Por fim, em relação ao princípio da função social da propriedade, o particular não mais poderá utilizar sua propriedade da forma como queira. É preciso

⁸⁰ Santi Romano *apud* COSTA. **Princípios de direito urbanístico na Constituição de 1988**, p. 122.

⁸¹ SANT’ANNA, Mariana Senna. **Direito Urbanístico e Ambiental**. 2ª. Ed. Belo Horizonte: Forum, 2011.

⁸² SANT’ANNA, Mariana Senna. **Direito Urbanístico e Ambiental**. 2ª. Ed. Belo Horizonte: Forum, 2011.

atender à sua função social, que consiste em dar destinação, não apenas aos seus próprios interesses, mas também ao interesse de uma coletividade.

Assim, o imóvel e as construções que provierem deverão respeitar o Meio Ambiente (artificial e naturalmente falando), desde as regras alusivas descritas no Plano Diretor até os ditames legais impostos pela lei quando da preservação de todo o entorno.

2.1.3.2. Os efeitos da superfície na seara ambiental

Antes de adentrarmos no tópico relativo ao direito de superfície como ferramenta da política urbana, que, necessariamente, nos remete à análise do Estatuto da Cidade, nada mais justo que tecermos alguns comentários acerca da importância desse diploma sob a ótica ambientalista e, sobretudo, do Direito Urbanístico.

De bom grado entendermos com qual finalidade se deu a promulgação do Estatuto da Cidade e de que modo a sua regulamentação contribuiu para definir novos conceitos no âmbito das cidades e organizar toda a conjectura atual, negativamente viciada pelo descaso do Poder Público, a partir da adoção de instrumentos de política urbana engajados na readequação de uma nova ordem voltada para o crescimento e desenvolvimento sustentável das cidades.

Desse modo, o Estatuto da Cidade trata o Meio Ambiente sob o prisma artificial, em intrínseca relação com o Direito Ambiental, tendo em vista que a própria lei determina que seu objetivo precípua é assegurar aos moradores da cidade uma melhor qualidade de vida.

Nesse ponto, apesar da Lei nº 10.257/2001 estar mais direcionada ao Direito Urbanístico do que exclusivamente ao Direito Ambiental, é inegável que seus efeitos repercutem no Meio Ambiente como um todo.

Como desdobramento que é do Direito Ambiental, o Direito Urbanístico interfere não somente no Meio Ambiente alterado (artificial), mas também no Meio Ambiente natural.

Tendo em vista que um dos grandes desafios do Estatuto da Cidade é evitar que os centros urbanos se expandam desordenadamente, os mecanismos de controle sugeridos pelo Estatuto da Cidade vão exatamente nessa direção.

Para fins de compreensão, imaginemos as populações de baixa renda que migram de um centro para o outro na expectativa de melhores condições de vida, melhores salários, etc. Cada vez que surge essa possibilidade, a tendência é termos um aglomeramento de pessoas. Em muitas vezes, a cidade não comporta esse crescimento e tende a criar os chamados “blocos ilegais”. É o que acontece quando da instalação dessas pessoas em favelas, em áreas de risco e nas periferias das cidades⁸³.

Sendo assim, caso o Poder Público utilize dos instrumentos de política urbana, a exemplo do Plano Diretor, de maneira segura, adequada e responsável, problemas dessa natureza poderão ser combatidos com mais eficácia, encontrando soluções rápidas para adoção de medidas que viabilizem a vinda de novos moradores, contribuindo também para uma melhor adaptação das pessoas à cidade e ao Meio Ambiente e vice-versa.

2.2. A superfície no Novo Código Civil.

2.2.1. A normatização do instituto sob a égide do Diploma Civilista.

No Código Civil, o direito de superfície trata especificamente de seis matérias distintas, sendo elas, respectivamente: objeto; condições; tributos; transferência; prelação; extinção e; constituição por ente de direito público.

O Diploma Civilista dispõe sobre a superfície nos seguintes termos:

Art. 1.369. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.

Art. 1.370. A concessão da superfície será gratuita ou onerosa; se onerosa, estipularão as partes se o pagamento será feito de uma só vez, ou parceladamente.

Art. 1.371. O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel.

Art. 1.372. O direito de superfície pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros.

⁸³ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Estatuto da Cidade: Considerações introdutórias**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3434&p=2> Acesso em: 14 de jan 2012.

Parágrafo único. Não poderá ser estipulado pelo concedente, a nenhum título, qualquer pagamento pela transferência.

Art. 1.373. Em caso de alienação do imóvel ou do direito de superfície, o superficiário ou o proprietário tem direito de preferência, em igualdade de condições.

Art. 1.374. Antes do termo final, resolver-se-á a concessão se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para que foi concedida.

Art. 1.375. Extinta a concessão, o proprietário passará a ter a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário.

Art. 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.

Art. 1.377. O direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público interno, rege-se por este Código, no que não for diversamente disciplinado em lei especial.

Diferentemente do preceito estampado no *caput* do artigo introdutório exposto no Estatuto da Cidade, o artigo 1.369 do Código Civil estabelece que o proprietário poderá conceder a outrem o direito de construir ou plantar sobre seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública com registro no Cartório de Imóveis competente.

De pronto, nota-se que em relação a norma estampada no artigo 21 do Estatuto da Cidade, a superfície foi restringida, isso porque o legislador civilista mencionou apenas que a superfície poderá se dar mediante construção ou plantação.

Comparando o disposto nos dois regramentos, logo de início, podemos notar duas diferenciações. Em um primeiro momento, temos que o legislador civilista escusou-se do encargo de restringir o direito de superfície. Isso porque fez menção ao concedente, independentemente de estar a propriedade localizada em zona rural ou urbana. Nesse caso, ante a ausência de complementação legal, presume-se que a propriedade, objeto da superfície, incidirá tanto no âmbito rural quanto no urbano, o que nos leva a crer na relativização desse direito sob a ótica do Código Civil, diferentemente do que ocorre no Estatuto da Cidade, que oportuniza apenas aos proprietários de imóveis urbanos a faculdade de conceder a outrem a benesse do direito de superfície.

Outro ponto que merece respaldo, alude à vigência do contrato. Enquanto o Estatuto da Cidade faculta às partes livremente disporem sobre o prazo de duração do contrato de concessão da superfície, o Código Civil impõe a

obrigatoriedade de contratar mediante estipulação de prazo, certo e determinado, ou seja, com início e fim para o desfazimento do vínculo contratual.

A parte final do artigo 1.369 apresenta praticamente a mesma redação do artigo 21 do Estatuto da Cidade, eis que, ambos condicionam, para a validação do negócio jurídico, o registro do direito de superfície no Cartório de Registro de Imóveis.

O parágrafo único desse mesmo dispositivo desautoriza o uso do subsolo, por não considerá-lo objeto da superfície. Faz, porém, uma ressalva. Sua permissão estaria condicionada à comprovação de que o objeto da superfície é inerente ao subsolo, como nos casos de construção de poços artesianos, das fundações de edifício e construções de garagens.

Da mesma forma como prevê o Estatuto da Cidade, a previsão do artigo 1.370 do Código Civil também abre a possibilidade da concessão da superfície ser feita de forma gratuita ou onerosa. Contudo, ao contemplar essa última hipótese, as partes deverão dizer se o pagamento será realizado de uma única vez, ou, se será feito parceladamente.

Outro viés vem estampado no artigo 1.371 do Diploma Civilista. Enquanto o parágrafo 3º do artigo 21 do Estatuto da Cidade estabelece que o pagamento relativo aos encargos e tributos incidentes sobre o imóvel será de responsabilidade do superficiário, de maneira proporcional, de acordo com a parcela de sua ocupação, o Código silencia a respeito. Muito pelo contrário, pela dicção da norma, a obrigação é imposta ao superficiário, sem quaisquer ressalvas. Tanto é que, há presunção de que todos os encargos e tributos incidentes sobre o imóvel correrão por conta do superficiário. Agora, nada impede que o contrato disponha de maneira diferente.

Sequencialmente, o artigo 1.372 do Código Civil trata da transferência do direito de superfície a terceiros, e, em caso de morte do superficiário, aos seus herdeiros. Coaduna com o disposto no artigo 21, parágrafo 4º e 5º do Estatuto, se não pelo acréscimo do parágrafo único, que preceitua ser defeso ao concedente, estipular em contrato, a possibilidade de pagamento pela transferência, em qualquer das hipóteses apresentadas.

O artigo seguinte textualiza que o proprietário e o superficiário terão, respectivamente, em igualdade de condições, direito de preferência sobre a parte

superficiária do imóvel e sobre o restante do terreno. Significa dizer que, ultrapassado o prazo para que se manifestem sobre o desejo ou não de adquirir o objeto da superfície ou o imóvel como um todo, será concedida às partes interessadas a oportunidade de intervir, para aquisição de um ou de outro. Como declarado em linhas passadas, ao encontro do enunciado acima preconiza o artigo 22 do Estatuto da Cidade.

O exposto nos artigos 1.374 e 1.375 consagram o mesmo conteúdo contido no art. 24, *caput* e parágrafo 1º do Estatuto da Cidade, razão pela qual não serão repetidas as indagações anunciadas no tópico alusivo à Normatização do Instituto à luz do Estatuto da Cidade.

Não obstante, a teor do artigo 1.374, afigura-se que, dar destinação diversa ao objeto da superfície constitui cláusula resolutiva de pleno direito, culminando na extinção do contrato.

Em referência ao artigo 1.375, passa o fundeiro ou proprietário do terreno, a exercer sobre a construção, edificação ou plantação, o domínio pleno, posto que, anteriormente detinha apenas a posse indireta sobre o objeto superficiário.

Em contrapartida às similitudes verificadas em ambos os regramentos, caso curioso e que não tem previsão legal no Estatuto da Cidade, diz respeito ao disposto no artigo 1.376, o qual contempla mais uma causa de extinção do direito de superfície: através da desapropriação do imóvel. A respeito, Arnaldo Rizzardo⁸⁴ ensina que:

A desapropriação também apontada como uma causa de extinção, através da qual se dá a transferência compulsória de bens particulares para o Poder Público, por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro ou em títulos da dívida pública. De sorte que, desapropriando-se o terreno, do qual precedeu a transferência da superfície, esta igualmente é abrangida pelo ato público de expropriação, acarretando a sua extinção. De nada adiantaria a desapropriação do solo, desacompanhada da possibilidade de utilização da superfície.

De maneira brilhante, finaliza:

⁸⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 872.

Oportuno acrescentar, por coerência, como prevê o art. 1.376, que a indenização cabe ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito de cada um. Chega-se à estimativa mediante perícia, que considerará vários critérios, sobretudo os atinentes ao prazo de vigência do direito de superfície, a finalidade da utilização, a perspectiva de renda no curso do período faltante.

Adicionando ao raciocínio retro, Maria Helena Diniz⁸⁵, citando Pablo Stolze Gagliano, observa que:

O superficiário teria direito ao valor proporcional ao benefício que teria durante o período de concessão, se o fundeio não tivesse sido desapropriado. Neste cálculo o perito, por força do art. 1.375, não poderá incluir o valor da construção ou plantação feita. Todavia, para esse autor, será possível que, no contrato de concessão da superfície, se estabeleça o *quantum* a ser pago ao superficiário em caso de uma eventual desapropriação.

Assim, elucida-se toda a questão que verse sobre a desapropriação do imóvel cedido e do objeto da superfície. Se não há estipulação definindo percentuais devidos em caso de desapropriação, o valor a ser aquilatado será a parcela do direito pertencente a cada um, conforme preceitua o artigo 1.376.

Por derradeiro, o dispositivo final (artigo 1.377) declara que as regras precedentes poderão ser estendidas à superfície, sempre que figurar como concedente pessoa jurídica de direito público.

2.3. Da constituição e transmissão do direito de superfície

Para compreendermos bem o panorama trazido à discussão, temos que o direito de superfície só adquire validade e eficácia jurídica com a celebração do contrato, posteriormente registrado no Cartório de Registro de Imóveis.

Assim, adquirir-se-á o direito de concessão da superfície aquele que efetuar o registro no Cartório de Imóveis Competente.

O artigo 167 da Lei de Registros Públicos esclarece que, *ipsis literis*:

Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos.
(Renumerado do art. 168 com nova redação pela Lei nº 6.216, de

⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Coisas**. 22ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 457.

1975). I - o registro: (Redação dada pela Lei nº 6.216, de 1975). II - da constituição do direito de superfície de imóvel urbano; (Incluído pela Lei nº 10.257, de 2001).

Ratificando o disposto na lei, Luiz Guilherme Loureiro⁸⁶ elucida:

Os direitos reais sobre bens imóveis – aí incluído o direito de superfície – são constituídos, transmitidos ou onerados, nos atos “entre vivos”, pelo inscrição do título no Registro de Imóveis. Há, portanto, duas fases na constituição ou aquisição do direito de superfície: a estipulação do direito real no contrato e o registro deste título, que serve de suporte ao direito real respectivo, no Ofício de Registro de Imóveis.(...) O direito brasileiro segue, assim, tal como ocorre com o direito alemão, o princípio da inscrição. Segundo esse princípio, a constituição, transmissão e extinção dos direitos reais sobre imóveis, por ato *inter vivos*, só se operam com a inscrição no Registro de Imóveis.

É, portanto, um ato de liberalidade volitiva das partes, no qual estabelecem um vínculo obrigacional, sujeitando-se a direitos e deveres.

Nesse trilhar, para que de fato, a superfície surta os efeitos que dela se espera, imprescindível, para fins de validação, que o contrato seja levado a cabo para inscrição no órgão competente.

Superadas as primeiras tratativas, infere-se que a constituição da superfície com a concessão do direito de uso, fruição e disposição sobre o objeto, poderá se dar de duas diferentes formas traduzidas em modalidades, conforme se vê a seguir:

2.3.1.1. Modalidades

A constituição do direito de superfície poderá decorrer da aquisição pelo modo originário ou derivado.

Segundo definição de Maria Helena Diniz⁸⁷, a aquisição originária dar-se-á quando o indivíduo faz seu bem sem que este lhe tenha sido transmitido por alguém. É o caso da acessão e da usucapião.

⁸⁶ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Direitos Reais à luz do Código Civil e do Direito Registral**. São Paulo: Editora Método. 2004. p. 277.

⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Ed. Saraiva. Rio de Janeiro, 2007. p. 128.

O que a difere da aquisição derivada é o fato desta ser adquirida mediante condições precedentes já conhecidas, ou seja, originadas e provenientes de um antecessor legítimo. Há, na aquisição derivada, consequência lógica de transmissibilidade, seja por ato *inter vivos* ou *causa mortis*.

2.3.1.1.1. Modo originário

2.3.1.1.1.1. Por usucapião

A usucapião tem previsão expressa contida no artigo 183 da Constituição Federal e no artigo 1.238 a 1.244 do Código Civil de 2002.

Doutrinariamente, a usucapião é amplamente conhecida por ser um modo originário de aquisição da propriedade. O que muitos desconhecem, é que, além disso, a usucapião abarca também os direitos reais, dentre eles, o uso, a habitação, a servidão e, por último, o recente instituto da superfície, também recepcionado como nova espécie de direito real.

Quanto ao direito de superfície e a possibilidade de aquisição pela via originária da *usucapione*, muito se tem discutido. Cabe consignar que apesar de inexistir disposição legal nesse sentido, tal possibilidade é perfeitamente admitida pela doutrina, como veremos adiante.

Assim sendo, o superficiário não teria a propriedade do imóvel, mas sim, o *animus* sobre o domínio da parcela, objeto da superfície propriamente dita. Desta feita, o possuidor adquire tão-somente a superfície (construção, edificação ou plantação). Para tanto, não se pode olvidar que para fazer jus a referida aquisição, o possuidor deverá preencher os requisitos necessários.

Apesar de parte da doutrina considerar possível a aquisição originária nos moldes acima expostos, uma parcela irresignada expõe sua opinião de maneira contrária, com base nos seguintes fundamentos:

Para Silvio de Salvo Venosa⁸⁸, a contemplação da usucapião no direito de superfície geraria consequências negativas sob o ponto de vista legal. Nessa toada, decreta que:

⁸⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil, v. 5: **Direito das Coisas**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. Pág. 393.

Nosso Código também não se refere à possibilidade de aquisição do direito de superfície por usucapião, que poderia dar margem a infundáveis confusões, pois a disposição nesse sentido é criticada no direito português.

Outro não é o entendimento de Ricardo Pereira Lima⁸⁹, que vai além ao dispor que:

Não é possível a aquisição do direito de superfície pela aquisição por usucapião, pois seria difícil imaginar a posse circunscrita somente sobre as plantações e construções, bem como ser a superfície um direito real aprazado e em contrapartida a usucapião por prazo ilimitado; o que geraria uma desconformidade entre os institutos.

Da mesma forma, entende a Professora Dra. Ana Maria Jara Botton Faria.

Contudo, insta consignar que a usucapião em nada modifica a qualidade de fundeiro do proprietário do terreno, tangencia sim, o objeto do direito concedido. Destarte, os requisitos do *animus domini* e da boa-fé deverão estar presentes.

Talvez seja mais fácil ilustrar a situação com um exemplo hipotético. Suponhamos que seja pactuado um contrato regulando a concessão do direito de superfície. Nesse caso, serão estipuladas cláusulas e demais condições para que ambas as partes possam desfrutar dos termos ali expendidos. Contudo, imagine-se que o referido instrumento esteja eivado de nulidades insanáveis, nada obsta que o superficiário requeira, mediante constatação da prescrição, a usucapião sobre a parcela objeto da superfície.

Vislumbramos também a possibilidade de o superficiário não deter o conhecimento de que o fundeiro não era o verdadeiro dono do imóvel, oportunidade em que, mais uma vez, exsurgiria a tese de que o possuidor pudesse usucapir a parte referente à superfície, a exemplo dos parágrafos anteriores.

Nesse diapasão, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁹⁰ apregoam:

⁸⁹ Conforme o professor: “a doutrina dá notícia da possibilidade da constituição do direito de superfície por usucapião. Não conseguimos vislumbrar como possa o direito de superfície constitui-se pela via da usucapião. No tocante da propriedade separada superficiária, no plano dogmático, não haveria dificuldade alguma. Essas dificuldades surgem quando se desce do abstrato para o concreto. Quando se chega à realidade da vida. Como imaginar, por exemplo, uma posse circunscrita à construção, sem necessariamente considerá-la abrangente do solo sobre o qual ela era edificada?” LIRA, Ricardo Pereira. O Moderno direito de superfície: ensaio de uma teoria geral. Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Nº 35, 1979. Pág. 38.

Em tese não há óbice legal para a criação da superfície por intermédio da usucapião. Apesar de, na prática, ser árdua a distinção do *animus* daquele que possui com intenção de proprietário, daquele que exerce a posse a título de superficiário – fato sempre faria prevalecer à primeira situação, posto mais vantajosa ao usucapiente – há casos em que é nítida a distinção. Basta cogitar daquele que recebe concessão de superfície *non domino*, possuído o imóvel por anos, sem saber que o concedente não era o verdadeiro proprietário.

É cediço que ambas as hipóteses são bastante incomuns, porém, notadamente, não são impossíveis de ocorrer.

Cabe lembrar que a usucapião pode abranger além dos imóveis urbanos, as propriedades rurais, de acordo com o preconizado no Código Civil, desde que, preenchidos os requisitos autorizadores.

Por fim, efetivada a usucapião, a propriedade referente à superfície será plenamente incorporada ao patrimônio do adquirente.

2.3.1.1.2. Modo derivado.

2.3.1.1.2.1. Por contrato.

Vivencia-se essa modalidade, que é a mais simples, quando as partes, de comum acordo, decidem celebrar um contrato, estipulando cláusulas, prazos e condições a serem observadas durante a vigência do direito de superfície. Como dito alhures, o contrato deverá, necessariamente, ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis competente, para que surta efeitos *erga omnes* perante terceiros.

De se observar que, de acordo com o artigo 1.396 do Código Civil e artigo 21 do Estatuto da Cidade, o contrato com o conseqüente registro transformar-se-á em escritura pública para o atendimento dos devidos fins.

2.3.1.1.2.2. Por cisão

⁹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. Pág. 404.

Quando o proprietário do imóvel desejar ceder parte do terreno já construído ou edificado a outrem, estaremos diante da chamada “superfície por cisão”.

O artigo 1.369 do Código Civil pondera que ao proprietário do imóvel é facultado conceder ao superficiário o direito de construir ou de plantar em seu terreno. Veja que o intérprete da lei aduz que a superfície recairá sobre a parte do terreno a ser ainda utilizado.

Infere-se que não há previsão legal – nem óbice no sentido de reconhecer e permitir que o direito de superfície recaia sobre imóvel já edificado ou construído. O objeto da superfície ainda não existe, é algo que deverá ser acrescido ao terreno, por força do trabalho do superficiário. Assim, é *conditio sine qua non* para efetivação do negócio, a inexistência de qualquer edificação ou construção para a concessão do instituto. Não obstante, para que o negócio jurídico seja considerado válido, dar-se-á ao superficiário uma licença para CONSTRUIR, EDIFICAR ou PLANTAR.

Nessa toada, como exemplo é possível citar o conhecido “direito de laje”, que nada mais é do que concreção de uma acessão (piscina, casa, dentre outras possibilidades) sobre o próprio imóvel do concedente.

Como alinhavado em linhas anteriores, não havendo vedação da lei, de se considerar a possibilidade do direito de superfície se dar por cisão, contemplando, inclusive, outras formas de constituição do objeto, dentre as quais, podemos colocar o habitual “direito de laje”.

Dessa forma, notória é a relativização do direito, o que consagra a premissa de que nada é absoluto. Trilhando esse caminho, preconiza o Enunciado 250 do Conselho de Justiça Federal⁹¹, que dá nova interpretação o artigo 1.369 do Código Civil: **“Enunciado nº 250 – Art. 1.369: Admite-se a constituição do direito de superfície por cisão⁹².”**

Apesar de não possuírem corpo de lei, tampouco força vinculativa, insta destacar que os enunciados são considerados interpretações normativas modernas, embasados em entendimentos jurídicos de diversos profissionais (juízes e advogados) com o intuito de solucionar a problemática da exegese das normas

⁹¹ SALOMÃO, Lídia. **Enunciados das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal** – CJF. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=69. Acesso 23 out 2011.

⁹² SALOMÃO, Lídia. **Enunciados das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal** – CJF. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=69. Acesso 23 out 2011.

existentes em nosso ordenamento. Os enunciados seguem uma tendência inovadora, consubstanciada no profundo aprimoramento dos fundamentos do direito⁹³.

Ratificando a ideia exurgente fulcrada na possibilidade de admissão da modalidade de superfície por cisão, socorro-me às lições de Ricardo Pereira Lira⁹⁴:

O Direito real de superfície constitui-se por contrato registrado no Registro de Imóveis competente, devendo ter a forma escrita, sendo negócio jurídico solene. A extensão e efeitos da superfície devem estar bem delimitados, no mesmo. Do mesmo modo devem-se ressaltar: os sujeitos da relação superficiária, ou seja, o proprietário do solo concedente, e o superficiário que exerce o direito ao uso do mesmo, com seus respectivos direitos e obrigações. **Note-se que há possibilidade da superfície se constituir por cisão: a propriedade separada superficiária, efeito da alienação que o *dominus soli* separadamente faz a outrem de construção já existente, reservando-se a construção; ou efeito da alienação separada que o *dominus soli* faz a duas pessoas, transferindo a uma o solo, a outra a construção já existente.**

Estela Soares Monteiro de Camargo⁹⁵ compartilha do posicionamento supra, ao dispor que:

Entendo que não há restrição legal para que o direito de superfície incida sobre terreno já construído ou em fase de construção, assumindo o superficiário a obrigação de construir sobre o que já existe, ou de concluir o que foi iniciado, tudo devendo estar regrado no contrato de constituição do direito de superfície.

No meu modo de ver, o instituto acaba por viabilizar o uso e fruição da construção, edificação ou plantação existente, dando-lhe uma serventia considerada útil, sob o aspecto financeiro, principalmente.

Apenas a título informativo, cabe consignar que o objeto da superfície poderá até ser dado como garantia, consoante fundamenta mais um Enunciado do Conselho de Justiça Federal - CJF, o de nº 249⁹⁶, também em referência ao estatuído no artigo 1.369 do Código Civil Brasileiro:

⁹³ SALOMÃO, Lídia. **Enunciados das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal** – CJF. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=69. Acesso 23 out 2011.

⁹⁴ LIRA, Ricardo Pereira. Cit. P 56-61.

⁹⁵ CAMARGO, Estela L. Monteiro Soares de. Aplicações Práticas do Direito de Superfície. **Revista do Advogado**, ano XXVII, nº 90, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2007, p. 49.

⁹⁶ SALOMÃO, Lídia. **Enunciados das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal** – CJF. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=69. Acesso em: 23/10/2011.

Enunciado nº 249 – Art. 1.369: A propriedade superficiária pode ser autonomamente objeto de direitos reais de gozo e de garantia, cujo prazo não exceda a duração da concessão da superfície, não se lhe aplicando o art. 1.474.

2.3.1.1.2.3. Por testamento

Tema de acaloradas discussões no meio jurídico diz respeito a possibilidade de transferência do direito de superfície pela via testamentária.

Nesse sentido, não há previsão em lei que coadune com o entendimento *supra*. Contudo, a doutrina majoritária tem corroborado com essa posição, na medida em que admite a constituição do direito de superfície, desde que devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis competente. Sob o prisma proposto, permite que o testador deixe a parte superficiária a um legatário e a propriedade do solo a outros ou, então, a seus herdeiros. Em paralelo, porém, há autores, dentre eles a ilustre jurista Maria Helena Diniz⁹⁷, que refutam esse posicionamento ao descrever: “impossível será sua aquisição pela usucapião e pela via testamentária”.

Data vênia, não é possível compartilhar da mesma opinião. Ora, isso porque se a manifestação de última vontade do *de cuius* em transmitir ao legatário os direitos sobre a parcela superficiária constitui-se como um ato *inter vivos*, não há óbice para entendimento diverso, se a doutrina dominante admite, além dessa hipótese, a transmissão via *causa mortis*. Não obstante, nos parece plenamente aceitável que o testamento seja contemplado como modalidade de constituição da superfície, desde respeitadas as causas impeditivas insertas no art. 1.801 do Código Civil Brasileiro. Adepto a essa corrente, o Professor Paulo Roberto Benasse⁹⁸ leciona:

O instituto do Direito Real de Superfície constituído através de escritura pública pode ser objeto de testamento respeitadas os limites a ele atribuídos, no que concerne ao direito de disposição de última vontade. (grifamos).

⁹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Sistemas de Registros de Imóveis**. Ed. Saraiva. Rio de Janeiro, 2003. Pág.192.

⁹⁸ BENASSE, Paulo Roberto. **Direito de Superfície e o Novo Código Civil Brasileiro**. Ed.Bookseller, 2002, Pág.103.

Agora, alentamos ao fato de que se o contrato de superfície não mais se encontrar vigente, o negócio jurídico não se concretizará. Deverá o contrato superficiário, no momento da morte do testador, estar em plena vigência, sendo que, somente a partir da data do término do prazo, o legatário fará jus a exercer sobre a parcela respectiva, o direito de superfície. Em decorrência disso, uma condicionante anterior ilegítima (esgotamento do prazo) não poderá tornar o ato realizado, perfeito e inacabado. Agora, se o contrato viger por prazo indeterminado, o registro das disposições testamentárias somente surtirá efeitos jurídicos, se houver a continuidade da superfície⁹⁹.

2.4. Dos encargos e tributos.

Diferentemente do que acontece no direito alienígena que tratam da superfície, no nosso regramento há disposição literal, tanto no Estatuto da Cidade (art. 21, parágrafo 3º) quanto no Código Civil (art. 1.371), regulamentando a matéria referente aos encargos e contribuições incidentes sobre o imóvel objeto da superfície.

A positivação dessa questão, aliás, é extremamente importante, uma vez que, com isso, é possível dar cabo a infundáveis discussões, que, no caso de silêncio da lei, tendencialmente ganhariam maior ênfase.

Contudo, antes de partirmos para análise do tema inserto nesse subtópico, imprescindível delinear-mos acerca da conceituação e definição do que seriam encargos e tributos.

Segundo ensinamentos do mestre tributarista Kiyoshi Harada¹⁰⁰:

O conceito de tributo não é uniforme. Contudo, a doutrina em geral inclui em seu conceito o traço característico da coercitividade. Assim, os tributos são prestações pecuniárias compulsórias, que o Estado exige de seus súditos em virtude do seu poder de império. Na verdade, a conceituação doutrinária não tem mais interesse prático à medida que a definição de tributo se acha normatizada no Código Tributário Nacional.

⁹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Sistemas de Registros de Imóveis**. Ed. Saraiva, Rio de Janeiro, 2003. Pág.192.

¹⁰⁰ HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 15ª ed. Atlas: 2006. Pág. 325-326.

Adiante, acrescenta que:

Tributo é obrigação *ex lege* contrapondo-se à obrigação *ex voluntate*. Tributo só pode nascer da lei. As obrigações contratuais não podem ser opostas às obrigações tributárias.

Os encargos mencionados são valores que não detêm o caráter de fiscalidade. Diferenciando ambos, Fábio Tartuce e José Fernando Simão¹⁰¹ apregoam:

O superficiário tem o dever de pagar os encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel (art. 1.371 do CC). Os tributos têm natureza fiscal sendo pertinente exemplificar com o ITR (para áreas rurais) e o IPTU (para áreas urbanas). Como encargo, pode ser citado o dever de pagar a taxa condominial, se o imóvel dado em superfície se localizar em um condomínio edilício.

Esclarecimentos à parte, a regra é que o superficiário arcará com os tributos e encargos incidentes sobre a parcela efetivamente utilizada e abrangida pelo direito de superfície, salvo estipulação expressa em contrário (nova redação dada pelo Enunciado nº 94 da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal).

Nesse sentido, prevê o Enunciado nº 94 da CFJ, que assim dispõe:

94 - Art. 1.371: As partes têm plena liberdade para deliberar, no contrato respectivo, sobre o rateio dos encargos e tributos que incidirão sobre a área objeto da concessão do direito de superfície.

Assim, extrai-se que, se inexistir cláusula que desonere o superficiário do encargo, este ficará responsável pelo pagamento dos tributos incidentes sobre o imóvel, proporcionalmente à sua ocupação.

A bem da verdade, o entendimento sufragado não constitui nenhuma novidade, posto ser comum sua ocorrência em contratos de usufruto, nos quais o usufrutuário fica encarregado de uma parcela maior de recolhimento de tributos e

¹⁰¹ TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil; Direitos das Coisas**. v. 4 1ª ed. São Paulo: Método, 2008. Pág. 333.

encargos em comparação ao nu-proprietário, eis que, por razões óbvias, aquele é quem detém a ocupação e a posse direta do terreno. Não seria justo que o nu-proprietário arcasse mesmo que, com uma parcela mínima de responsabilidade¹⁰².

Diferentemente acontece na superfície, em que, em razão da essência do contrato, o proprietário detém a posse indireta do restante do imóvel, não abarcado pelo objeto da superfície. Nesse caso, há a necessidade de repartição das cargas tributárias, com base na proporcionalidade, considerando a parcela destinada a cada um.

Nesse diapasão, Frederico Henrique Viegas de Lima¹⁰³ preceitua:

Conforme o estabelecido no §3º artigo 23, ao superficiário corresponderá pagamento de todas as cargas tributárias que incidam direta ou indiretamente sobre a propriedade superficiária, enquanto dure o direito de superfície. Trata-se de uma forma supletiva, que pode ser afastada pela vontade das partes no momento da contratação da superfície. Inquestionavelmente, há uma repartição de cargas tributárias, uma vez que há divisão de domínio. Algumas corresponderão ao proprietário do solo, outras ao superficiário. Isto, aliás, é muito comum na constituição de direito real de usufruto, quando ao usufrutuário corresponde uma carga tributária bem superior àquela correspondente ao nu-proprietário.

Assim, não há dúvidas que proprietário e superficiário responderão proporcionalmente sobre os tributos e encargos incidentes sobre o imóvel, se o contrato não dispuser de outra forma.

2.4.1. Do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis - ITBI.

O imposto em questão é de competência dos Municípios e tem amparo legal nos artigos 156, II, parágrafos 2º e 3º da Constituição Federal e 35 do Código Tributário Nacional.

Insta salientar, que somente a legislação local poderá definir quais tributos os municípios poderão cobrar. Isso porque o Código Tributário Nacional atua

¹⁰² ANDRADE, Marcus Vinícius dos Santos. Superfície à luz do Código Civil e do Estatuto da Cidade. Curitiba: Juruá, 2009. p. 151.

¹⁰³ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. O direito de superfície como instrumento de planificação urbana. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 453.

como norma geral, devendo os municípios subsidiá-lo de acordo com o interesse local, desde que não contrários aos preceitos ali estampados.

Outrossim, o fato gerador somente ocorrerá quando da transmissão de bens imóveis, direitos reais, como é o caso da superfície, ou mediante cessão de direitos. Dar-se-á por ato *inter vivos*, desde que imbuído de onerosidade. Assim, em se tratando de ato gratuito, a incidência do imposto estará, de imediato, afastada.

Quanto à obrigatoriedade de recolhimento do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis, Kiyoshi Harada¹⁰⁴ esclarece no caso da usucapião, que a cobrança será indevida:

Como a transmissão pressupõe uma vinculação, decorrente da vontade da lei, entre o titular anterior (promitente) e o novo titular (adquirente) descabe a cogitação de imposto em se tratando de aquisição originária, como no caso do usucapião, por exemplo, em que inexistente qualquer vínculo entre aquele que perde o direito de propriedade e aquele que o adquire. Por isso, o STF vem acoimando de inconstitucionais as leis que instituem esse imposto nos casos de aquisição por usucapião.

Diante disso, não resta a menor dúvida que os Municípios só poderão exigir do sujeito passivo da obrigação tributária o recolhimento do ITBI nos casos de aquisição derivada do imóvel, ainda sim, observado o requisito da onerosidade e da transmissibilidade por ato *inter vivos*.

Aliás, nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁵ já sedimentou o entendimento de que o Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis somente incidirá quando houver efetiva transmissão da propriedade imobiliária, dos direitos reais ou da cessão de direitos, mediante transação formalizada no Cartório de Registro de Imóveis.

2.5. Do pagamento do cânon superficiário.

Como bem asseverado anteriormente, a superfície poderá ser constituída gratuitamente ou de forma onerosa.

¹⁰⁴ Kiyoshi Harada. **Direito Financeiro e Tributário**. 15ª ed. Atlas: 2006. p. 448.

¹⁰⁵ RESP 253364, 12.546, 264064, 57.641; AGA 448.245 e; ROMS 10.650 e 10.659.

Para o presente estudo, a partir desse momento, quando houver necessidade, os dispositivos inseridos em ambos os regramentos serão disponibilizados em nota de rodapé, fornecendo, de imediato, os dados para comparação, facilitando assim a consulta dos artigos.

Quanto à obrigatoriedade ou não do pagamento do *cânon* superficiário, tanto o Código Civil (art. 1.370)¹⁰⁶ quanto o Estatuto da Cidade (art. 21, parágrafo 2º)¹⁰⁷ previram as possibilidades quando da concessão, em contraste ao direito alienígena, que sequer, preocupou-se em delimitar sobre o assunto.

Acerca da gratuidade ou onerosidade da concessão da superfície, Frederico Henrique Viegas de Lima¹⁰⁸ leciona:

A concessão do direito de superfície pelo teor do §2º do artigo 21 poderá ser gratuita ou onerosa. **No caso de concessão onerosa, as partes contratantes estipularão** se o pagamento do cânon superficiário será realizado de uma única vez ou será satisfeito de forma parcial. Desta forma pode-se estipular, no tempo da constituição do direito de superfície, se o pagamento será realizado no momento de iniciar a concessão, ou será realizado durante toda a concessão do direito. (grifo meu)

Quando expresso em contrato a obrigação *propter rem* – decorrente dos direitos reais, o superficiário deverá pagar o chamado *cânon superficiário* ou *solarium* (conforme denominação utilizada na Roma antiga). Ademais, o valor e demais condições de pagamento serão ser ajustadas de acordo com a necessidade das partes, podendo se dar através de contraprestações anuais, semestrais, bimestrais ou mensais¹⁰⁹.

Consoante entendimento, a doutrina majoritária tem coadunado da tese de que, em caso de ausência de cláusulas contratuais dispendo sobre a necessidade cobrança do *cânon*, presumir-se-á ela ser onerosa, posto que o silêncio da lei favorece o proprietário.

¹⁰⁶ Art. 1.370. A concessão da superfície será gratuita ou onerosa; se onerosa, estipularão as partes se o pagamento será feito de uma só vez, ou parceladamente.

¹⁰⁷ 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 de registro de imóveis. § 2º A concessão do direito de superfície poderá ser gratuita ou onerosa.

¹⁰⁸ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **O direito de superfície como instrumento de planificação urbana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 216 e 217.

¹⁰⁹ BENASSE, Paulo Roberto. **O Direito de Superfície e o código civil brasileiro**. Campinas: Bookseller, 2002. p. 105.

Respeitado o posicionamento da corrente majoritária, a premissa não deve prosperar. E explico o porquê. Em primeiro lugar, o Estatuto da Cidade e o Código Civil não dispõem de elementos normativos que conferem as partes deduzirem pela obrigatoriedade da cobrança em caso de ausência de disposição contratual em sentido contrário. Então, por que tendenciar a oposto *sensu*?

Isso porque, como bem asseverado por José Guilherme Braga Teixeira¹¹⁰:

Convém frisar que, mesmo na antiga Roma, o direito de superfície costumava ser remunerado por uma contraprestação consistente num cânon denominado *solarium*. Entretanto, podia ser a superfície concebida sem nenhuma retribuição, posto que não era o *solarium* essencial ao instituto.

Em segundo lugar, como poderemos abraçar a tese da onerosidade presumida se o contrato não dispuser nada a respeito. Quero dizer, sem a expressa definição de cláusulas contratuais com condições e formas de pagamento ajustadas, como se pode aquilatar o valor do *cânon*?

De se recordar como bem delineado acima, que a onerosidade não é da essência do direito de superfície, até porque ambos os diplomas concernentes disponibilizaram às partes – proprietário e superficiário, o direito de escolha e de disporem livremente sobre as condições contratuais.

Logicamente, é difícil imaginar que o proprietário que tem interesse em auferir renda, deixe de alocar em contrato, cláusulas que regulamentem a concessão onerosa da superfície. Muito pelo contrário.

Exatamente por essa razão, fará questão de delimitar em contrato sua real intenção, pois tem como objetivo a finalidade econômica.

Agora, se há omissão contratual a respeito da obrigatoriedade de pagamento do *cânon* como contraprestação na concessão da superfície, o contrato não deve ser interpretado de modo desfavorável ao superficiário.

2.6. Do direito de preempção.

¹¹⁰ TEIXEIRA, José Guilherme Braga. **Da propriedade, da superfície e das servidões**. Arts. 1.277 a 1.389. In: ARRUDA ALVIM, José Manuel de; ALVIM Thereza (orgs.) Comentários ao Código Civil Brasileiro. v. 12. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 277.

O direito de preempção, preferência ou prelação, é bastante conhecido no ordenamento pátrio, em primeiro lugar, em decorrência de previsão legal, e, em segundo, em virtude da necessidade das partes resguardarem o mínimo de segurança possível, em caso de divergências futuras, quando da celebração de qualquer negócio jurídico¹¹¹.

O Estatuto da Cidade (art. 22)¹¹² e o Código Civil (art. 1.373)¹¹³ disciplinaram a regra, incluindo-a em suas respectivas legislações, vislumbrando, de antemão, possíveis discussões relativas ao direito de preferência sobre a superfície edificada, construída ou plantada ou o restante do terreno.

Assim, antes que seja procedida a alienação a terceiros estranhos à relação contratual, terão ambos os contraentes, igualdade de condições, para exercerem sobre a parcela concernente à superfície ou a parte por ela não abrangida, o direito de prelação.

Desse modo, terá o fundeiro, por ser proprietário do imóvel, o direito de exercer sobre a parcela superficiária a preferência, podendo adquirir o domínio útil sobre a edificação, construção ou plantação, realizada pelo superficiário, em caso de alienação do direito de superfície (artigo 1.373).

De igual forma, ao superficiário será concedida a prelação, se o proprietário tiver o interesse de alienar o imóvel (artigo 1.373).

É claro que, abstendo-se de exercer o direito a eles concedido, poderá o proprietário ou superficiário, após findo o prazo contratual, alienar o imóvel ou a parcela superficiária a terceiro interessado, necessitando, por resguardo, encaminhar ao superficiário, na oportunidade, correspondência informando-lhe da tratativa de negociação.

Caso não exerçam interesse no prazo legal, será admitida a alienação a terceiro.

¹¹¹ BENASSE, Paulo Roberto. **O Direito de Superfície e o código civil brasileiro**. Campinas: Bookseller, 2002. p. 108.

¹¹² Art. 22. Em caso de alienação do terreno, ou do direito de superfície, o superficiário e o proprietário, respectivamente, terão direito de preferência, em igualdade de condições à oferta de terceiros.

¹¹³ Art. 1.373. Em caso de alienação do imóvel ou do direito de superfície, o superficiário ou o proprietário tem direito de preferência, em igualdade de condições.

Veja que, mencionou-se no parágrafo precedente, que ambas as partes deverão exercer o direito de preempção no prazo de lei. Mas, afinal, que prazo seria esse?

Em virtude da ausência de disposição nesse sentido, deve ser aplicado, por analogia, a previsão contida nos artigos 504¹¹⁴ e 513¹¹⁵, parágrafo único, do Código Civil, ambos insertos no Capítulo I – Da Compra e Venda do Título VI – Das Várias Espécies de Contrato. Os artigos em pauta disciplinam, respectivamente, a venda de imóvel em condomínio e o direito de preempção.

De se ver ainda, a necessidade de acrescentarmos o estatuído no artigo 28¹¹⁶ da Lei nº 8.245 de 1991, que faz menção a Lei de Locação. Nessa hipótese, o direito de preferência seria aplicado nos moldes estabelecidos nos contratos de locação, apesar da índole eminentemente obrigacional.

Em contrapartida, esta não é a mesma posição assumida por Flávio Tartuce e José Fernando Simão¹¹⁷, se não vejamos:

Em nossa opinião, não se justifica a aplicação dos arts. 513 a 520 do CC. Isso porque tais dispositivos trazem uma preferência de origem convencional, fixada pelas partes, que somente gera efeitos obrigacionais. Também não se justifica a aplicação, por analogia do art. 33 da Lei de Locação – Lei 8.245/1991 –, que é norma aplicada a um caso em que há um vínculo meramente obrigacional entre as partes, não de natureza real, como ocorre na superfície.

A Professora Dra. Ana Maria Jara Botton Faria ratifica a posição acima assumida.

Apesar da justificativa plausível apresentada, é preciso salientar que inexistente alternativa no tocante a matéria proposta, posto que se deixarmos de aplicar

¹¹⁴ Art. 504. Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto para tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência.

¹¹⁵ Art. 513. A preempção, ou preferência, impõe ao comprador a obrigação de oferecer ao vendedor a coisa que aquele vai vender, ou dar em pagamento, para que compre, este use de seu direito de prelação na compra, tanto por tanto. Parágrafo único. O prazo para exercer o direito de preferência não poderá exceder cento e oitenta dias, se a coisa for móvel, ou a dois anos, se imóvel.

¹¹⁶ Art. 28. O direito de preferência do locatário caducará se não manifestado, de maneira inequívoca, sua aceitação integral à proposta, no prazo de trinta dias.

¹¹⁷ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil,; Direitos das Coisas**. 1ª ed. São Paulo: Método, 2008. Pág. 337.

analogicamente, principalmente, o disposto nos artigos 504 e 513 do Código Civil, o direito de superfície ficaria desamparado.

Doravante, em prol da segurança jurídica, até que haja manifestação legislativa, nada mais justo que nos socorrermos do dispositivo civilista em apreço para regular este ponto lacunoso.

Superado o embate, temos que, adiante, o direito de prelação oportunizado seria recíproco entre proprietário e superficiário. Logicamente, que o transmitente dará à outra parte ciência da intenção de realizar a negociação, sendo feita através de notificação extrajudicial devidamente encaminhada via cartório.

Cabe afirmar, que a notificação deverá conter todas as condições inerentes à proposta apresentada, inclusive, com a fixação de preço e prazo para pagamento.

Como não há disposição expressa em lei, no caso de pluralidade de proprietários e/ou superficiários, observar-se-á a regra de concorrência entre os preferentes. Dessa forma, superficiários concorrerão com superficiários e proprietários com proprietários.

Se, na categoria dos proprietários ou dos superficiários não houver qualquer interessado, automaticamente, a oportunidade será dada a terceiros.

Desse modo, em alusão as regras delineadas, terá a parte, a contar do recebimento da carta, o prazo de trinta dias para dizer se exercerá ou não o direito de preempção. Em caso de negativa, o transmitente poderá alienar a parte superficiária ou o restante do imóvel.

Para assegurar o direito de preferência, naturalmente o proprietário ou o superficiário obrigam-se-á a notificar aquele que detém a superfície ou o domínio do imóvel, para se manifestar quanto ao interesse na aquisição, no prazo peremptório de trinta dias, levando-se a seu conhecimento as condições, como preço, forma de pagamento, local, dia e hora da escritura. Na omissão do ato notificatório, garante-se exercer a preferência no prazo de seis meses, a iniciar do ato do registro, ou da ciência do interessado. Corroborando, diz Arnaldo Rizzardo¹¹⁸: “Estabelece-se o mencionado prazo por analogia do artigo 504 (1.139 do Código Civil anterior), que cuida do direito de preferência na venda de coisa indivisível.”

¹¹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 871.

Assim, inobservado esse preceito, em que se dá ciência ao proprietário ou superficiário, da possibilidade de transferência, poderá o lesado, após pagamento do preço ajustado para a alienação, mediante depósito prévio, recuperar a parcela superficiária ou a propriedade por inteiro, no prazo decadencial de cento e oitenta dias, a contar da publicidade decorrente do registro imobiliário.

2.7. Da alienação a terceiros.

Como bem asseverado em linhas anteriores, o terceiro interessado poderá adquirir a plena propriedade sobre a parcela superficiária somente quando do registro da transferência do bem junto ao Cartório de Imóveis competente.

Porém, para efetivação do ato, haverá tributação?

Infere-se do art. 156, II da Constituição Federal¹¹⁹ que apenas os direitos reais de garantia não serão tributados. Logo, como a superfície não é considerada um direito de garantia real, o adquirente deverá recolher o imposto de transmissão incidente.

Nesse ato, o novo proprietário deverá efetuar o pagamento do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis – ITBI, que é de competência dos municípios.

Sem o prévio recolhimento (ou ausência de comprovação de isenção), o tabelião do Cartório de Imóveis não poderá efetivar o registro, tão pouco lavrar escritura pública, já que a necessidade de pagamento do tributo incidente é condição para validação do negócio jurídico e está tipificada pela lei.

Cumpra reiterar, como bem dito alhures, que o Imposto de Transmissão sobre Bens Imóveis – ITBI só incidirá em se tratando de aquisição derivada, oportunidade que pressupõe a existência de um vínculo obrigacional e contratual entre promitente vendedor e o adquirente. Não obstante, no caso específico da usucapião, a tributação é dispensada, eis que se trata de aquisição originária, sem qualquer vínculo entre as partes, mormente, prescinde de recolhimento do imposto de transmissão para consolidação da propriedade.

¹¹⁹ Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

II - transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

2.8. Da extinção.

Ao analisarmos as formas de extinção do direito de superfície, vemos que tanto o Estatuto da Cidade quanto o Código Civil reservam em seu corpo normativo disposições relativas às causas resolutivas.

Em conformidade com o Estatuto, a extinção encontra respaldo na parte final da Seção VII – Do direito de superfície, mais precisamente nos artigos 23, inc. I e II e 24, parágrafo 1º e 2º.

O artigo 23¹²⁰, sem prejuízo do disposto nos respectivos incisos, revela que a superfície poderá ser extinta pelo advento do termo e pelas obrigações assumidas pelo superficiário.

Já o artigo 24¹²¹ e os referidos parágrafos da mesma Lei estatuem que ao final do prazo de vigência do contrato de superfície, o proprietário recuperará o domínio pleno sobre a parte superficiária indexada ao seu terreno, independentemente de indenização, ressalvada expressa disposição contratual em que autorize o contrário. Ademais, o parágrafo 1º apresenta mais uma causa de resolução do direito de superfície, ao dispor que o negócio jurídico firmado entre proprietário e superficiário se extinguirá, caso este último dê destinação diversa à parcela da ajustada no momento da concessão da superfície.

A parte final do artigo retrata uma exigência para que a extinção seja efetivada. Somente terá validade se averbada à margem da matrícula do imóvel no Cartório de Registro Imobiliário. Se, por um lado, na constituição da superfície a lei impõe o registro, de outro, a resolução ordena que seja procedida a averbação à margem da matrícula do imóvel, como condicionante para gerar efeitos *erga omnes*.

Por sua vez, o Novo Código Civil dispõe sobre as causas extintivas da superfície nos artigos 1.374¹²², 1.375¹²³ e 1.376¹²⁴. Os dois primeiros artigos são

¹²⁰ Art. 23. Extingue-se o direito de superfície: I – pelo advento do termo; II – pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário.

¹²¹ Art. 24. Extinto o direito de superfície, o proprietário recuperará o pleno domínio do terreno, bem como das acessões e benfeitorias introduzidas no imóvel, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário no respectivo contrato. § 1º Antes do termo final do contrato, extinguir-se-á o direito de superfície se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para a qual for concedida. § 2º A extinção do direito de superfície será averbada no cartório de registro de imóveis.

¹²² Art. 1.374. Antes do termo final, resolver-se-á a concessão se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para que foi concedida.

cópias fiéis do conteúdo transposto na Lei nº 10.257/2001, com exceção do último, que inclui, como mais uma cláusula resolutiva, a desapropriação.

Alenta-se ao fato de que, os róis contidos nas disciplinas legislativas aduzidas são tidos como exemplificativos, ao contrário do que ocorre no Direito Português¹²⁵, não divergindo sobre a possibilidade de contemplar outras causas extintivas que não estejam previstas de maneira pormenorizada. Assim sendo, não há que se falar em taxatividade normativa.

Para Arnaldo Rizzardo¹²⁶, a extinção poderá se dar por várias formas, inclusive por outras não contempladas pelo Estatuto da Cidade ou pelo Código Civil, dentre elas: o abandono, revelada na conduta atestada pelo titular do direito, mesmo que nem sempre de modo expresso, indicativa da vontade de não mais manter a relação de proveito da superfície; o perecimento das construções ou plantações existentes no imóvel; a renúncia, desde que expressa e; a confusão, que significa reunir, na mesma pessoa, a qualidade de proprietário do solo e de superficiário.

Na mesma linha de raciocínio, Maria Helena Diniz¹²⁷ acrescenta como causas de extinção da superfície: como o distrato; a consolidação e; o não-uso do direito de construir e plantar dentro do prazo avençado.

Por essas razões, que as causas resolutivas não são limitativas, e, sim, enunciativas, ao ponto que, inúmeras situações poderão ensejar a ruptura do vínculo contratual-obrigacional.

¹²³ Art. 1.375. Extinta a concessão, o proprietário passará a ter a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário.

¹²⁴ Art. 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.

¹²⁵ CAPÍTULO IV - Extinção do direito de superfície. Artigo 1536. (Casos de extinção) 1. O direito de superfície extingue-se: a) Se o superficiário não concluir a obra ou não fizer a plantação dentro do prazo fixado ou, na falta de fixação, dentro do prazo de dez anos; b) Se, destruída a obra ou as árvores, o superficiário não reconstruir a obra ou não renovar a plantação, dentro dos mesmos prazos a contar da destruição; c) Pelo decurso do prazo, sendo constituído por certo tempo; d) Pela reunião na mesma pessoa do direito de superfície e do direito de propriedade; e) Pelo desaparecimento ou inutilização do solo; f) Pela expropriação por utilidade pública. 2. No título constitutivo pode também estipular-se a extinção do direito de superfície em consequência da destruição da obra ou das árvores, ou da verificação de qualquer condição resolutiva. 3. À extinção do direito de superfície, nos casos previstos nas alíneas a) e b) do n.º 1, são aplicáveis as regras da prescrição.

¹²⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 872.

¹²⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: Direito das Coisas. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4. p. 460.

Ad argumentandum tantum, cabe reiterar que, para que a validação extintiva (no mesmo caso da constitutiva)¹²⁸ se torne eficaz, faz-se necessário à sua formalização, cuja obrigatoriedade é medida legal que se impõe, devendo as partes, logo após a caracterização de qualquer das causas de resolução, levarem a cabo a averbação da extinção no Cartório de Imóveis competente, no local onde se situe a propriedade.

Destarte, a seguir, serão analisadas as formas de extinção contempladas por cada um dos diplomas legais, necessitando-se, para isso, um maior aprofundamento no tocante às espécies resolutivas nas quais a superfície se insere.

2.8.1. Por termo.

Primeiramente, analisaremos a extinção da superfície pelo advento do termo, resolução consubstanciada nos artigos 23, inciso I e 24, *caput* do Estatuto da Cidade e 1.369, 1.374 e 1.375 do Código Civil.

Tal causa resolutiva prevê que, findo o prazo contratualmente ajustado pelas partes, estará extinta a superfície. Conseqüentemente, a parcela superficiária será adquirida pelo fundeiro, que recuperará a propriedade plena sobre todo o bem imóvel.

Corroborando com o alegado, Flávio Tartuce e José Fernando Simão¹²⁹ ainda acrescentam:

Ao fim do prazo estipulado pelas partes, a extinção da superfície é automática e a posse do superficiário que era justa passa a ser precária (injusta). O proprietário ou fundeiro poderá, em casos tais, valer-se da ação de reintegração de posse após o termo final.

Não obstante, caso as partes se mantenham silentes sobre a intenção de renovar o vínculo contratual, há de se convir que o direito de superfície prorrogar-se-á automaticamente.

Nesse trilhar, Marcos Vinícius dos Santos Andrade¹³⁰ entende que:

¹²⁸ Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

¹²⁹ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**, v. 4: Direitos das Coisas. 1ª ed. São Paulo:Método, 2008. p. 339.

Vencido o termo, mas permanecendo inalterada a situação de fato, por inércia ou desinteresse das partes, ocorre a prorrogação, que passa a ser por prazo indeterminado. Em suma, não se operado, pela desconsideração do termo, resolução da propriedade, o direito real permanece, inclusive porque válido o registro imobiliário.

De acordo com as preposições invocadas, conclui-se que, constatada a inércia das partes após a data de encerramento do prazo de vigência do direito de superfície, o respectivo contrato prorrogar-se-á de forma automática, passando a vigorar por tempo indeterminado.

Em decorrência, esclarece Silvio Rodrigues¹³¹ que: "Extinta a concessão, originariamente, **pelo transcurso do prazo**, passará ao contratante a propriedade plena do imóvel independentemente de indenização". (sem grifos no original)

Assim sendo, reitera-se que, ao final do contrato, a parcela superficiária será revertida ao patrimônio do proprietário, estabelecendo o domínio útil sobre todo o terreno.

2.8.2. Por descumprimento contratual.

Segundo apontado alhures, o Estatuto da Cidade e o Código Civil possuem normas pouco divergentes em relação às causas extintivas.

Conforme asseverado, ambas consagram a possibilidade de resolução da superfície em razão do descumprimento contratual, excetuada a hipótese de extinção por desapropriação, respaldada tão somente no Código Civil (art. 1.376).

Os artigos 23, inciso I e 24, parágrafo 2º do Estatuto da Cidade constituem-se como causas resolutivas por inobservância das cláusulas contratuais. Em relação ao preconizado no inc. I do artigo *supra*, outro não é o sentido do artigo 1.374 do Código Civil Brasileiro.

Sem prejuízo do mencionado, o caráter não taxativo dos róis nos permite acrescentar a título exemplificativo outras formas de resolução por descumprimento contratual, dentre as quais podemos citar os casos de: falta de pagamento do *cânon*

¹³⁰ ANDRADE, Marcus Vinícius dos Santos. **Superfície à luz do Código Civil e do Estatuto da Cidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p 160.

¹³¹ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, v. 3: **Direito das Coisas**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3. p 265.

superficiário, quando prevista a onerosidade; o não-uso e/ou o perecimento do imóvel e; a destinação diversa dada ao objeto da superfície, contrário ao estipulado em sede contratual¹³².

Acresce-se ainda, segundo dizeres de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹³³:

O inadimplemento e a conseqüente resolução contratual também poderão traduzir-se pela falta de pagamento do *solarium* ou pelo descumprimento de outras cláusulas contratuais, tais como recusa ao pagamento de tributos e danos causados ao imóvel.

Quando ao último exemplo, lê-se claramente, pela junção do disposto no artigo 1.374 do Código Civil com o preconizado no artigo 24, parágrafo 2º, do Estatuto da Cidade o acréscimo de mais uma causa extintiva. Infere-se que esta causa representa uma forma de extinção por descumprimento contratual por parte do superficiário. Preferiu, assim, o legislador pátrio, dar uma significância maior à destinação diversa, identificando em um parágrafo específico a extensão da previsão contida no artigo 23, parágrafo 2º do Código Civil.

No caso de destinação diversa, suponhamos que o superficiário, ao invés de construir uma creche, decida levantar uma boate. Nessa hipótese, verificaríamos a ocorrência da destinação diversa, eis que o fim pelo qual se destinaria a construção perdeu o caráter social, contrariando a norma estampada no artigo 421 do Código Civil¹³⁴. Ademais, estaria o superficiário agindo com má-fé ao descumprir as obrigações contratualmente assumidas¹³⁵. Possivelmente, estaríamos diante de uma causa resolutive por desvio de finalidade e/ou destinação diversa da prevista inicialmente¹³⁶.

Hipoteticamente, consideramos que o superficiário tenha o objetivo de constituir ônus reais sobre o direito de superfície, concedendo, para tanto, parcelas

¹³² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito das Coisas. 22ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2007. Pág. 456.

¹³³ CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. Pág. 407.

¹³⁴ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

¹³⁵ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹³⁶ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**, v. 4: **Direitos das Coisas**. 1ª ed. São Paulo: Método, 2008. p. 338.

dominiais para a formação de outros direitos reais sobre o solo do concedente, como, v.g., o usufruto, a servidão e, ainda, o direito de habitação. Também resultará em extinção por destinação diversa.

Assim, não cabe aqui esgotar o tema proposto, mas sim, anunciar outras formas de resolução da superfície por descumprimento contratual, que, como visto acima, podem ser verificadas em inúmeras situações, com características cada vez mais peculiares.

Caberá a Justiça julgar se o caso apresentado resultará em extinção, hipótese que, se confirmada, ensejará rescisão do instrumento contratual.

2.8.3. Por distrato.

A extinção por distrato caracteriza-se pela liberalidade das partes de porem fim ao contrato de superfície. Não satisfeitos, poderão interceder e determinar o término da relação a qual se encontram vinculados.

Contudo, como requisito para validação do distrato, as partes deverão observar o estatuído no artigo 472¹³⁷ em concomitância com o emanado pelo artigo 108¹³⁸, ambos do Novo Código Civil, que preveem a formalização de novo contrato a ser confeccionado para essa finalidade, com a consequente escrituração, nos mesmos moldes alocados quando da constituição da superfície.

Dessa forma, caso o contrato isente de culpa as partes, na hipótese de resolução do direito de superfície, em comum acordo, a inaplicação da pena de multa por descumprimento contratual será plenamente aceitável, os desincumbindo de arcar com o referido ônus.

2.8.4. Por renúncia.

Diferentemente do preconizado no subtópico anterior, se qualquer das partes desejarem rescindir o contrato, a responsabilidade recaíra sobre aquela que

¹³⁷ Art. 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato.

¹³⁸ Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem a constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o salário mínimo vigente no País.

sinalizou com a intenção, devendo, para tanto, assumir o ônus decorrente da rescisão unilateral, se contida a previsão em contrato.

O ônus em questão se restringirá ao pagamento de uma indenização a título compensatório pela resolução da concessão antes do advento do prazo.

Reitera-se a necessidade de atender ao disposto no art. 108 do Código Civil.

2.8.5. Por consolidação.

A consolidação se dará quando as figuras de proprietário e superficiário forem confundidas entre si. O disposto é exclusividade do art. 1.373¹³⁹ do Código Civil. Veja-se que, de acordo com a norma, tanto o concedente quanto o superficiário poderão adquirir a parte que couber ao outro, e vice-versa. Nessa esteira, bem assevera Arnaldo Rizzardo¹⁴⁰:

A confusão, que significa reunir, na mesma pessoa, as qualidades de proprietário do solo e da superfície, que pode ocorrer quando o titular do domínio do solo adquire a superfície, que vice-versa. A eventualidade de ocorrer a situação é mais no direito hereditário, em que se transfere para o sucessor a propriedade do solo ou a superfície que exercia o *de cuius*.

Destarte, é indubitável que a resolução do direito de superfície poderá ocorrer nessas condições, que, raras vezes, são difíceis de deparar, porém, não impossíveis de acontecer. Cabe, porém, o registro, sendo desnecessário tecermos maiores comentários acerca dessa modalidade resolutiva.

2.8.6. Por desapropriação.

A desapropriação é mais uma causa extintiva do direito de superfície, podendo ocorrer em caso de transferência compulsória do objeto em favor do Poder Público.

¹³⁹ Art. 1.373. Em caso de alienação do imóvel ou do direito de superfície, o superficiário ou o proprietário tem direito de preferência, em igualdade de condições.

¹⁴⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 872.

O Estatuto da Cidade silencia a respeito da desapropriação quando da vigência do contrato de superfície, o que não acontece no Código Civil que prevê tal possibilidade, conforme dicção expressa do artigo 1.376¹⁴¹.

Pondera o artigo em pauta que, as partes contratantes serão indenizadas com base na proporcionalidade. Isso quer dizer que, o superficiário e o proprietário terão direito ao recebimento do valor a título de indenização proporcional até o fim da vigência do contrato de concessão.

O valor a ser pago será aferido mediante cálculo realizado por perito designado para o ato expropriatório, definindo o valor quantitativo a ser repassado para as partes.

No mesmo sentido, apregoa Silvio de Salvo Venosa¹⁴²:

Ocorrendo desapropriação do imóvel concedido, a indenização cabe ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito real de cada um (art. 1.376). Haverá, portanto, uma avaliação bipartida. Se as obras e benfeitorias pertencerem integralmente ao superficiário, a ele caberá, portanto, o seu respectivo valor.

Ao encontro dessa tese, fulmina Luiz Guilherme Loureiro¹⁴³:

Em caso de desapropriação, extingue-se também o direito de superfície e a indenização deverá ser repartida entre o superficiário e o proprietário de acordo com o valor correspondente ao direito de cada um. O Código Civil não esclarece como será calculado o valor de cada titular de direito real. Cremos que não se afigura justo o mero cálculo do valor da construção ou da plantação e o valor do restante do prédio, mas deve ser ponderado também o tempo que falta para a extinção da superfície.

Bastante pertinente é a ressalva que fazem Flávio Tartuce e José Fernando Simão¹⁴⁴:

¹⁴¹ Art. 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.

¹⁴² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de superfície: Origem histórica. Conceito. Particularidades**. Disponível em <<http://www.uj.com.br/impresao.asp?pagina=doutrinas>>. Acesso em: 25 out 2011.

¹⁴³ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Direitos Reais à luz do Código Civil e do Direito Registral**. São Paulo: Editora Método, 2004. p. 283.

¹⁴⁴ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil, v. 4: Direitos das Coisas**. 1ª ed. São Paulo: Método, 2008. p. 340.

Se o prazo do direito de superfície estiver perto de seu fim, deverá a indenização ser repensada em caso de desapropriação. Isso porque o proprietário estará muito próximo de receber a propriedade dessas benfeitorias com o fim do direito de superfície. A conclusão é pelo retorno à regra pela qual o acessório segue o principal (*accessorium sequitur principale*) ... Ora, pela própria essência do direito de superfície, lucra o proprietário com a aquisição de construções e plantações ao fim do prazo contratado.

Imaginemos o seguinte exemplo: Suponhamos que o imóvel seja desapropriado dois anos após a concessão e que o superficiário tenha acabado de edificar sobre o terreno concedido. Nesse caso, o prejuízo ao superficiário é manifesto, pois, além de não ter tempo para recuperar o valor investido na parcela superficiária, provavelmente, o valor da indenização devida a ele será relativamente baixa. Em contrapartida, vejamos o exemplo sobre outra ótica. Se, porventura, a desapropriação tenha sido efetivada restando dois anos para o fim do prazo contratual, quando o concedente estava quase adquirindo a propriedade plena sobre o objeto da superfície, este será o maior prejudicado, pois também receberá uma parcela pequena a título de indenização.

De fato, proprietário e superficiário deverão ser indenizados na proporção que cabe a cada um, mediante o recebimento prévio de dinheiro ou então através do pagamento de títulos da dívida pública. Sendo o terreno desapropriado, automaticamente, a superfície (edificação, construção ou plantação) será abrangida naturalmente pelo ato expropriatório.

De acordo com essas ponderações, mais uma vez socorro-me do ilustre doutrinador Arnaldo Rizzardo¹⁴⁵, que identifica: “De nada adiantaria a desapropriação do solo, desacompanhada da possibilidade de utilização da superfície.”

Nada mais é que a configuração do princípio da *superficies solo cedit* (superfície acompanha o solo).

2.9. Da função social do direito de superfície.

É cediço que, com a reinserção do direito de superfície no ordenamento jurídico pátrio, sobretudo, mediante o crivo constitucional, foi possível aguçar o

¹⁴⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Forense. 2009. Pág. 872.

interesse sobre a propriedade, desmistificando um pouco a figura do nu-proprietário, originalmente caracterizada pelo caráter absoluto que detinha sobre a sua propriedade. A teor, Maria Cecília Ladeira de Almeida e Washington Carlos de Almeida¹⁴⁶ prelecionam:

A reformulação do individualismo contido no bojo da doutrina liberal e consagrada no Code Napoleon, em 1804 e, por sua vez no Código Civil Brasileiro de 1916, teve o condão de modificar os poderes do domínio, cuja expressão mais ampla é, sem dúvida, o reconhecimento da função social da propriedade, reconhecendo agora as idéias de Leon Duguit, da Rerum Novarum e da própria doutrina tomista, que já no século XIII, pregava a dupla natureza da propriedade, como direito natural primário, onde cada indivíduo tem direito ao acesso a propriedade e como direito natural secundário (ou relativo) onde todos os indivíduos tem o mesmo direito de acesso.

Adiante, vieram o Estatuto da Cidade e posteriormente o Código Civil de 2002, dois instrumentos normativos com características distintas, porém, com a mesma finalidade – relativizar o direito de propriedade, disciplinando um novo direito real, cravando, com isso, novos rumos para o atendimento das necessidades populacionais, alavancados pelo tal princípio constitucional da função social da propriedade ,

Assim, trilhou-se um caminho no qual o direito de superfície foi se conjecturando às novas realidades, observando aquilo que a Carta Magna expôs de melhor – o caráter social, que, inclusive, lhe foi herdado pelo nome, ao ser batizada como a Constituição-cidadã.

Para Ricardo Pereira Lira¹⁴⁷, a superfície foi adaptada às relações de caráter social, conforme aduz no excerto abaixo trazido:

A sustentação da volta do direito de superfície ao direito positivo brasileiro não significa respingar, no entulho das instituições defuntas, concepção perempta e fossilizada. Não é ripristinar o antigo pelo gosto da vetustez gerado sementeira de litígios. O que acontece é que o direito de superfície plasticamente se foi moldando às exigências sociais, ganhando, em nosso tempo, a fisionomia de um direito real autônomo, rico na sua estrutura, valioso nas suas aplicações.

¹⁴⁶ ALMEIDA, Maria Cecília Ladeira de Almeida e ALMEIDA, Washington Carlos de Almeida. **DIREITO DE SUPERFÍCIE**. Disponível <http://www.professoramorim.com.br/amorim/texto.asp?id=290> Acesso 05 nov. 2011.

¹⁴⁷ LIRA, Ricardo Pereira. **O Moderno direito de superfície: ensaio de uma teoria geral**. Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Nº 35, 1979. Pág. 89.

Pode-se assim, aplicar a superfície para melhorar a qualidade de vida dos cidadãos brasileiros, enraizada em uma política racional de desenvolvimento urbano e agrário.

Em termos práticos, o direito de superfície foi absolutamente benéfico para os proprietários de imóveis, eis que puderam dar uma destinação aos terrenos inutilizados momentaneamente, o que não vislumbravam num primeiro momento. Sabendo-se que o caráter social deve ser intrínseco à coisa, foi possível encontrar uma solução extremamente valiosa, sob o ponto de vista econômico e, sobretudo, social.

Acrescenta Maria Helena Diniz¹⁴⁸ que:

A superfície foi contemplada em lugar da enfiteuse, substituindo-a vantajosamente, por sua grande utilidade economia e social, por não ter o inconveniente da perpetuidade e por diminuir a crise habitacional, por incentivar a agricultura, por possibilitar uma reforma agrária e por fazer com que a terra, no meio urbano, inclusive, possa ser fonte de trabalho e produção.

Nesse mesmo trilhar, Marcus Vinicius dos Santos Andrade¹⁴⁹ pontua:

Compete-lhe o interesse em adequar a propriedade ao conjunto social, usando-a, organizando-a e ordenando-a de forma útil a comunidade. O sentimento do social, na propriedade, mais se identifica quanto aos meios de produção empresarial, na cidade e no campo, como diretriz básica da atividade econômica. A função social qualifica e justifica a propriedade, pública e privada.

Esse tal caráter social é facilmente visualizado quando da concessão do imóvel ao superficiário, eis que possibilita a construção hospitais, prontos-socorros, teatros, conjuntos habitacionais, museus, shopping centers, hotéis, dentre outros exemplos não menos importantes. Atende, assim, o concedente, bem como o superficiário, a função social, pois o terreno não fica a mercê de um perecimento, que, por vezes, se torna inevitável para aquele que não detém de subsídios financeiros para edificar, construir ou até mesmo plantar.

¹⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: Direito das Coisas. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4. p. 457.

¹⁴⁹ ANDRADE, Marcus Vinicius dos Santos. **Superfície à luz do Código Civil e do Estatuto da Cidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 198.

Corroborando esse entendimento, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁵⁰ dimensiona a extensão da importância da superfície:

Uma das maiores utilidades do direito se superfície é a sua grande densidade econômica. Uma pessoa poderá construir ou plantar em solo alheio sem a necessidade de adquirir o terreno e despende grandes somas de capital, propiciando a concessão de função social à propriedade. Por um lado, o superficiário adquire as acessões e explora todas as possibilidades financeiras que lhe concede; por outro, evita-se a antieconomicidade da propriedade. O proprietário do terreno mantém a titularidade, percebe uma renda pela concessão da superfície.

Não obstante, os artigos 11 e 39 do Estatuto da Cidade contemplam a superfície como instrumento de cunho eminentemente social, por impulsionar o desenvolvimento urbano e/ou rural com racionalidade, o que significa dizer, que mais pessoas se beneficiarão desse instituto, nos casos de alguns dos exemplos acima elencados.

Segundo Ricardo Pereira Lira¹⁵¹, citado incansavelmente, a superfície constituída opera da seguinte forma:

O direito de superfície invade o bastião da propriedade, embute a propriedade dentro da propriedade: a manipulação ágil, inteligente, desse instrumento com o estado se valendo dos recursos do direito privado, operando como um verdadeiro “banco central” em uma “câmara de compensação” de direitos de construir (separados do direito de propriedade) – formulação que nesse passo seria inadequado e fantasioso expor e desenvolver --, tudo isso pode significar, em termos de campo e cidade, uma reformulação estrutural do direito de ter, afim de conduzi-lo a uma forma equânime de ter para usar, de maneira social e solidária.

Nesse panorama, a Carta Magna norteou a função social, fazendo com que a superfície fosse aproveitada de forma bastante positiva, sob os pontos de vista políticos, econômicos, e, principalmente, sociais. Destarte, não resta a menor dúvida que a reintrodução do instituto no arcabouço das leis pátrias possibilitou que os terrenos urbanos e rurais fossem empregados de forma adequada e racional,

¹⁵⁰ CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p 398.

¹⁵¹ LIRA, Ricardo Pereira. **O Moderno direito de superfície: ensaio de uma teoria geral**. Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Nº 35, 1979. Pág. 92.

impedindo, ainda, que os proprietários, futuramente, pudessem perder o direito sobre a propriedade, por não lhe dar utilidade.

Assim, age a superfície como um mecanismo de controle social, evitando que o patrimônio do proprietário seja depreciado, estando sujeito à incidência do IPTU progressivo no tempo pela ausência de destinação, correndo o risco de, compulsoriamente, ter de edificar ou utilizar a propriedade, ou, então, de ser obrigado a proceder com o parcelamento do solo, ou pior, em *ultima ratio*, o terreno ser objeto até mesmo de desapropriação, inclusive, nos casos de imóveis rurais, para fins de reforma agrária.

Além disso, dentre outros instrumentos, o Estatuto da Cidade, através do direito de superfície, fez com que o proprietário de terrenos fosse incentivado a dar utilização ao solo urbano de forma a buscar a promoção da função social da propriedade quando de forma imediatista não pudesse exercê-la, assegurando que o terceiro a cumprisse, contribuindo para a melhoria da qualidade de vida, principalmente nos grandes centros.

2.10. Do conflito aparente de normas

Quando da promulgação do Novo Código Civil (2002), um ano após o advento do Estatuto da Cidade (2001), aos olhos do mundo jurídico muito se discutiu acerca da possibilidade de coexistência de ambos os regramentos, eis que, em tese, tratam de diplomas que disciplinam um mesmo instituto – o direito de superfície.

A questão de índole temporal exsurge à tona na medida em que analisamos o disposto no artigo 2º, parágrafo 1º e 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁵² (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC).

Nesse diapasão, há ou não revogação do Estatuto da Cidade em decorrência do advento do Novo Código Civil, que veio depois e tratou de regular toda a matéria atinente ao direito de superfície?

¹⁵² Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º - A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Como dito, além do critério temporal, levanta-se a hipótese de revogação total do Estatuto da Cidade pelo Diploma Civilista em decorrência do princípio da especialidade. A respeito, assinala Carlos Maximiliano¹⁵³:

Se existe antinomia entre a regra geral e peculiar, específica, esta, no caso particular, tem a supremacia. Preferem-se as disposições que se relacionam mais direta e especialmente com o assunto de que se trata: *In tot jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est* – “em toda disposição de Direito, o gênero é derogado pela espécie, e considera-se de importância preponderante o que respeita diretamente à espécie”.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁵⁴, com enorme sapiência, dirimem a suposta problemática:

Não admitamos aqui a aplicação da regra da lei de introdução, de acordo com a qual a lei posterior revoga a lei anterior, quando regula inteiramente a matéria nela tratada.

A Lei nº 10.257/01 é especial e a sua finalidade e essência são distintas do modelo que agora é apresentado pelo Código Civil. O Estatuto da Cidade regula a disciplina urbanística e deseja promover a função social da cidade, tornando-a sustentável e dotada de condições dignas de vida. Já no Código Civil o direito de superfície é um instrumento destinado a atender interesses e necessidades privadas.

Segundo a premissa da doutrina dominante, há revogação do Estatuto da Cidade, face a incompatibilidade entre os regramentos. Filiam-se a essa corrente, Washington de Barros Monteiro¹⁵⁵, Carlos Roberto Gonçalves¹⁵⁶, Pablo Stolze Gagliano¹⁵⁷ e Luiz Guilherme Loureiro¹⁵⁸.

¹⁵³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 111.

¹⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 397.

¹⁵⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas**. 37ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3p. 253 e 254.

¹⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil, v. 5: Direito das Coisas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 410.

¹⁵⁷ STOLZE, Pablo. **Código Civil comentado**. Coord. Álvaro Villaça de Azevedo. São Paulo: Atlas, 2004. v. XII: Direito das Coisas. p 25.

¹⁵⁸ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Direitos Reais à luz do Código Civil e do Direito Registral**. São Paulo: Editora Método, 2004. p. 274.

Contrário ao posicionamento *supra*, José Guilherme de Braga Teixeira¹⁵⁹ assinala:

Ousamos divergir da opinião que eu quando houver conflito entre as regras do (novo) Código Civil e do estatuto da Cidade para a superfície urbana, prevalecerão as desta em razão do princípio da especialidade... a superfície urbana, criada pela Lei n. 10.257/2001, não é um direito real, ao rezes do que ocorre com a superfície do Código Civil cujo o caráter real é conferido pelo art. 1.255,II... Não aceitamos, outrossim, nenhum argumento que vise atribuir caráter de direito real superfície criada pela lei n. 10.257/2001, mediante uma aplicação a ela, retroativa ou não do inciso II do artigo 1.225 do novo Código Civil, motivo pelo qual nos parece que a melhor solução será o legislador ab-rogar os arts. 21 a 24 e seus parágrafos.

De acordo e contrários à ab-rogação do Estatuto da Cidade pelo Novo Código Civil, estão os posicionamentos de Maria Helena Diniz¹⁶⁰, Arnaldo Rizzardo¹⁶¹ e Rima Gorayb¹⁶².

Citando Miguel Reale, a opinião de Maria Helena Diniz¹⁶³ se destaca:

Como nos explica Miguel Reale, lei estende tal concessão de uso às relações entre particulares, por isso o Código Civil não pôde deixar de contemplar essa espécie, pois consoante justa ponderação de José Carlos Moreira Alves, a migração desse modelo jurídico, que passou da esfera do direito administrativo para a do direito privado, veio estabelecer um novo enforque, a antigo instituto da *superfície*, regendo a exploração da terra por quem não tem o domínio legal sobre ela.

Ao encontro desse entendimento, Nelson Nery Junior¹⁶⁴ vai além:

Enquanto o direito de superfície referente aos imóveis urbanos é regido Estatuto da Cidade, o referente aos imóveis rurais é regido pelo Código Civil. Em se tratando de superfície urbana, caso haja

¹⁵⁹ TEIXEIRA, José Guilherme Braga. **Da propriedade, da superfície e das servidões**. Arts. 1.277 a 1.389. In: ARRUDA ALVIM, José Manuel de; ALVIM Thereza (orgs.) **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. v.12. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito das Coisas**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4. p. 455.

¹⁶¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Forense. 2009. Pág. 870.

¹⁶² "... Enquanto o estatuto se aplica só às cidades (art. 21) o Código Civil tem aplicação tanto na cidade quanto nas áreas rurais." GORAYB, Rima. **O Direito de Superfície**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 88 e 89.

¹⁶³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito das Coisas**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4. p. 455.

¹⁶⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil comentado**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 657.

conflitos de normas, prevalece o Estatuto da Cidade sobre o Código Civil, por ser lei especial.

Em virtude disso, *data vênia*, me parece um tanto quanto impróprio sugerir que o Estatuto da Cidade seja revogado por completo pela entrada em vigor de lei posterior, no caso o Código Civil.

Da mesma forma, não há que se falar em ab-rogação do Diploma Civilista, face o princípio da especialidade.

Como dito alhures, em tópico pertinente, confere-se ao Estatuto da Cidade status de diretriz geral de política de desenvolvimento urbano, diferentemente da norma de caráter geral identificada pela lei infraconstitucional, que se traduz no Código Civil. Até porque, o referido Estatuto regula dispositivos constitucionais (artigos 182 e 183 da Constituição Federal) e disciplina matérias diversas, a exemplo da usucapião especial em imóveis urbanos, do direito de preempção, do estudo de impacto de vizinhança, dentre outros insertos no Capítulo II – Dos Instrumentos de Política Urbana e nos Capítulos III – Do Plano Diretor e IV – Da Gestão Democrática da Cidade.

Ademais, o Estatuto da Cidade tem o condão de ditar o rumo das ações, como diretriz geral que é. Não obstante, é considerado um microsistema jurídico, que se assemelha ao Código de Defesa do Consumidor, na sua essência, o que, desde já, justifica a manutenção dos dois ordenamentos, pois se encontram em perfeita harmonia.

Nessa toada, Silvio de Salvo Venosa¹⁶⁵, esclarece que:

Se levarmos em conta... que o Estatuto da Cidade institui um microsistema, tal como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Inquilinato, portanto sob essa óptica, o Estatuto vigorará sobranceiro, em princípio, sobre as demais leis, ainda que posteriores.

Por fim, o mesmo Autor¹⁶⁶, de forma clara e precisa, denota que:

¹⁶⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil, v. 5: Direito das Coisas**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 393.

¹⁶⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de Superfície: Origem histórica. Conceito. Particularidades**. Disponível em <<http://www.uj.com.br/impressao.asp?pagina=doutrinas>>. Acesso em: 23 out 2011.

O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), já mencionado, atravessou legislativamente o atual Código Civil em várias matérias, disciplinando também o direito de superfície, nos arts. 21 a 23. Essa situação obriga o intérprete definir a aplicabilidade de ambos os diplomas legais que abordam o mesmo instituto jurídico. O Estatuto entrou em vigor antes do Código Civil. É de se perguntar se o Código, posterior, derogou essa matéria do Estatuto. Esse estatuto constitui, sem dúvida um microssistema jurídico e, como tal, deve harmonizar-se com os Códigos. Assim, deve ser buscado o nicho social próprio sobre o qual se debruça o Estatuto da Cidade, como se faz, por exemplo, com o decantado Código de defesa do consumidor, certamente o mais importante microssistema atual de nosso ordenamento. Ademais, o Estatuto da Cidade é Lei Complementar Constitucional. Desse modo, tudo é no sentido que esse estatuto vigora sobranceiro no seu alcance específico, qual seja o planejamento urbano. A matéria, contudo, é polêmica e longe está de uma unanimidade. O desleixado legislador poderia ter facilmente evitado esse entrave, estabelecendo uma diretriz legal única para esse instituto e para o usucapião, que é outra matéria trata nessa lei de alcance urbano. De qualquer forma, como sua própria autodenominação, o Estatuto da Cidade dirige-se exclusivamente aos imóveis urbanos. O recente Código se aplicará sem reboços aos imóveis rurais.

De se olvidar que, o Código Civil chancelará apenas as relações de cunho privado. Além disso, o objeto da superfície poderá abranger tanto imóveis rurais quanto urbanos, divergindo também nesse ponto em comparação ao Estatuto da Cidade, que abarcará, necessariamente, os imóveis urbanos.

2.11. Divergências legislativas entre o Estatuto da Cidade e o Código Civil.

O direito de superfície no Estatuto da Cidade encontra amparo legal nos artigos 21 a 24, que regulamentaram, inclusive, os artigos 182 e 183 da Constituição Federal. A finalidade do regramento teve por escopo nortear uma correta adoção das práticas de desenvolvimento urbano promovidas pelo Poder Público. Em termos práticos, estabeleceu diretrizes básicas de implementação das políticas urbanas, seguindo sempre uma ordem cronológica e sucessiva de atos indispensáveis para um melhor funcionamento da máquina administrativa municipal.

Sob a ótica do Código Civil, a superfície vem estatuída nos artigos 1.369 a 1.377.

Analisando percucientemente os instrumentos normativos sob comento, temos que apesar de muito se assemelharem, guardam algumas divergências, não obstante conflitantes, sobretudo, em relação ao prazo de duração do contrato, ao

objeto a ser contemplado, bem como sua abrangência e campo de atuação da superfície.

A antinomia jurídica se dá nos seguintes termos:

Prazo de vigência: O art. 21¹⁶⁷ do Estatuto da Cidade preconiza que a superfície vigorará por prazo determinado ou indeterminado. Por sua vez, o art. 1.369¹⁶⁸ do Código Civil denota que a superfície será sempre por prazo determinado.

Objeto de incidência: Pela simplória análise do artigo 21 do Estatuto da Cidade nota-se que a superfície contempla apenas os imóveis urbanos, até porque mencionou o “proprietário urbano” logo no *caput*. Ademais, por se tratar de instrumento de política urbana, nada mais óbvio e intuitivo que considerar que o conceito não contemplará os bens imóveis rurais. As diretrizes se reservam à política urbana das cidades, nada mencionando a respeito de sua adequação à zona rural, motivo pelo qual considero insubsistente a tese em favor da relativização dessa norma.

Por outro lado, o artigo 1.369 do Código Civil estabelece que o proprietário poderá conceder a terceiro o direito de superfície sobre o seu imóvel, para construir ou plantar. Veja bem, plantar. Por consequência lógica, verifica-se que o legislador civilista acresceu o verbo em síntese com o objetivo de aumentar o foco de incidência da superfície, abrangendo, inevitavelmente, os terrenos localizados na zona rural.

Abrangência do objeto: O parágrafo 1º do artigo 21¹⁶⁹ do Estatuto da Cidade é flexível ao admitir a possibilidade de utilização da superfície sobre o solo, subsolo ou espaço aéreo do terreno. De forma restritiva, o parágrafo único do artigo

¹⁶⁷ 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 de registro de imóveis.

¹⁶⁸ Art. 1.369. O proprietário poderá conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

¹⁶⁹ § 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. (Artigo 21 do Estatuto da Cidade)

1.369¹⁷⁰, desautoriza a obra no subsolo, salvo se sua utilização for inerente ao objeto superficiário (ex: construção de poço artesiano, estacionamento subterrâneo).

Concessão da superfície: tanto o Estatuto quanto o Código Civil preveem que a superfície poderá ser concedida gratuitamente ou de forma onerosa. Contudo, o artigo 1.370¹⁷¹ da lei infraconstitucional faz uma ressalva ao destacar que, nesse último caso, o pagamento do *cânon* poderá ser feito de uma única vez ou, parceladamente. Na verdade, não se trata de antinomia jurídica ou divergência legislativa no tocante aos dois regramentos, mas, sim, de ausência expressa da previsão no artigo 21, parágrafo 2º do Estatuto da Cidade¹⁷², dos termos delineados no supramencionado artigo do Código Civil.

Obrigações tributárias: o artigo 21, parágrafo 3º do Estatuto da Cidade¹⁷³ revela que o superficiário responderá pelos encargos tributários incidentes sobre o imóvel, de forma proporcional, de acordo com a parcela efetiva de sua ocupação. Essa ressalva não está contida na redação do artigo 1.371 do Código Civil¹⁷⁴, que trata da mesma questão, muito pelo contrário, leva a uma interpretação equivocada do espírito da norma, induzindo as partes a agirem erroneamente, eis que a impressão que se molda, revela que o superficiário estaria condicionado a responder integralmente pelos encargos e tributos incidentes sobre todo o imóvel quando da constituição do direito de superfície. Ademais, se o estatuído no artigo 1.371 estiver previsto em contrato uma discussão sem precedentes emergirá, fazendo com que se discuta a exegese da norma em abstrato e sua adequação à relação entre particulares.

Transferência do direito de superfície: ambos os regramentos preveem a hipótese de alienação, mas tão-somente o Código Civil acrescenta que o

¹⁷⁰ Parágrafo Único. O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão. (Artigo 1.369 do Código Civil)

¹⁷¹ Art. 1.370. A concessão da superfície será gratuita ou onerosa; se onerosa, estipularão as partes se o pagamento será feito de uma só vez, ou parceladamente.

¹⁷² §2º A concessão do direito de superfície poderá ser gratuita ou onerosa. (Artigo 21 do Estatuto da Cidade)

¹⁷³ §3º O superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo. (Art. 21 do Estatuto da Cidade)

¹⁷⁴ Art. 1.371. O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel.

concedente não poderá estipular, a nenhum título, qualquer pagamento pela transferência (artigo 1.372, parágrafo único¹⁷⁵).

Ad argumentandum tantum, a rigor do artigo 175 da Constituição Federal, a regra geral é de que, na concessão de direitos reais de uso conferidos pelo Poder Público, a submissão ao crivo da licitação é indispensável, isso porque o concedente deverá dar plena possibilidade a todos os interessados de participarem do processo licitatório e externar a intenção de adquirirem à parcela destinada ao objeto da futura construção ou edificação. Em contrapartida, com as alterações suplementares trazidas pela lei nº 8.883/94 que regulamentou a Lei de Licitações (8.866/93), a Administração Pública fora autorizada a conceder o direito real de uso de bens imóveis de sua propriedade, sendo no ato, dispensada a licitação, desde que, o usuário seja outro órgão público. Não obstante, em caso de concessão de bens públicos a particulares, a concorrência será obrigatória.

Extinção da superfície: Por fim, o Estatuto da Cidade prevê três causas resolutivas do direito de superfície, quais sejam: por advento do termo (artigo 23, I); por descumprimento das obrigações contratuais (artigo 23, II) e; implícita no rótulo anterior, antes do fim do contrato, der o superficiário destinação diversa ao terreno (artigo 24, §2º).

Por sua vez, o Código Civil contempla a extinção da superfície pelo advento do termo contratual, eis que clara a *mens legislatoris* ao prescrever que o prazo de duração da superfície será, necessariamente, por tempo determinado (artigo 1.369).

2.12. Dos direitos e deveres do concedente

Dentre os direitos, pode-se inferir que ao proprietário do imóvel será permitido:

- a) Utilizar a parte remanescente do terreno, não incluído o objeto da superfície;
- b) Receber o valor relativo ao *cânon* superficiário, se ajustado contratualmente;

¹⁷⁵ Parágrafo Único. Não poderá ser estipulado pelo concedente, a nenhum título, qualquer pagamento pela transferência. (Art. 1.372, parágrafo único do Código Civil)

c) Exercer o direito de prelação na aquisição da superfície, em igualdade de condições com o superficiário;

d) Rescindir o contrato de constituição de superfície antes de seu término, se o superficiário não edificar, construir ou plantar no tempo aprezado, ou, de alguma forma, descumprir as cláusulas contratuais e;

e) Apropriar-se da edificação, construção ou plantação, quando extinto o contrato de superfície, indenizando o superficiário, se houver disposição contratual nesse sentido.

Em contrapartida, obriga-se a:

a) Não praticar atos que impeçam ou prejudiquem a concretização, ou o exercício do objeto do direito de superfície e;

b) Dar preferência ao superficiário na aquisição da propriedade do solo.

2.13. Dos direitos e deveres do superficiário

a) Após a constituição da concessão, terá o superficiário o direito *ad construere, ad aedificandum* ou *ad plantandum* sobre o terreno alheio, por prazo determinado, se assim dispuser o contrato;

b) Conseqüentemente, terá acesso ao entorno do imóvel, se necessário ao exercício do direito constituído;

c) Se previsto no instrumento contratual, quando da extinção do direito, o superficiário fará jus a uma indenização sobre o valor da parcela superficiária;

d) Durante a vigência do contrato, o superficiário deterá o domínio sobre o bem por ele edificado, construído ou plantado;

e) Poderá instituir direito real de garantia sobre o bem superficiário e;

f) No caso de perdimento do objeto da concessão, o superficiário terá o direito de reconstruir, reedificar ou replantar no imóvel alheio, salvo disposição expressa que estipule o contrário.

Não obstante, estará sujeito a cumprir as determinações a seguir:

a) Deverá realizar a incumbência a qual se destina o objeto da superfície, antes do advento do termo, sob risco de caducidade do direito concedido;

b) Pagar o *cânon* superficiário, se o contrato estiver gravado com cláusula de onerosidade;

c) Pagar os tributos incidentes sobre o bem imóvel, na proporção que lhe cabe, considerando, para tanto, a parcela efetiva de sua ocupação;

d) Em caso de alienação, dará ao concedente direito de prelação sobre a parcela superficiária.

A superfície também poderá ser utilizada para fins de moradia, caso em que o Poder Executivo, proprietário de terrenos públicos, poderá conceder a um número X de pessoas, o direito de construir suas próprias casas, oportunidade em que os aspectos sociais afluíram.

CONCLUSÃO

Dados históricos demonstraram o desenvolvimento do instituto ao longo dos anos e a resistência que teve para sua reafirmação em vários ordenamentos espalhados pelo mundo, impulsionada por fatores externos diversos, mas que, indubitavelmente, contribuíram para o aperfeiçoamento e solidez do direito de superfície, eis que, a partir dali, pode tomar forma e espírito.

O direito real em pauta se revela como um importante instrumento de controle social, conforme norma corporificada no artigo 182 da Constituição Federal. Não obstante, esse dever não recai apenas sobre o Poder Público, consoante o desenvolvimento das políticas públicas, mas também aos particulares, quando do ajustamento do contrato de superfície.

Sob o ponto de vista jurídico, a elucidação de pontos controvertidos como o direito de preferência, a incidência de encargos e tributos, o conflito aparente de normas, dentre outros, pode revelar a induvidosa relevância do tema, sem a qual seria impossível apresentar tantas confrontações suplantadas pelos entendimentos dos doutrinadores de notável saber jurídico.

Destarte, a coexistência dos regramentos propiciou o atendimento ao princípio da função social da propriedade, restando patente que a finalidade legislativa proposta pelo Estatuto da Cidade e pelo Código Civil é inconfundível, pois as figuras jurídicas disciplinam o direito de superfície cada qual em seu campo de atuação, não interferindo uma na esfera e competência da outra.

A repercussão prática do instituto, tanto sob a égide do Estatuto quanto do Código Civil é extremamente positiva. Não obstante, o instrumento pode ser utilizado para fins de reforma agrária, racionalizando o uso, fruição e disposição do solo. Além disso, pode evitar que o concedente incidisse nas sanções previstas no artigo 182 da Constituição Federal, o que, possivelmente, ensejaria a ocorrência do IPTU progressivo no tempo, ou mais, drasticamente, a perda do imóvel em decorrência da desapropriação.

Ademais, poderia suavizar o problema das favelas, por exemplo. Destarte, o Poder Público cederia aos necessitados alguns de seus terrenos, sem

que com isso corresse o risco de perdê-los futuramente, haja vista os bens públicos não estarem sujeitos à usucapião.

Por fim, sabe-se que, apesar do notável avanço, o instituto ainda tem muito a desenvolver e se aperfeiçoar, devendo, para tanto, que as ideias aqui expostas sejam assimiladas sob o enfoque social, para que, esse instrumento possa cada vez mais ser aplicado no cotidiano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Maria Cecília Ladeira de Almeida e ALMEIDA, Washington Carlos de Almeida. **DIREITO DE SUPERFÍCIE.** Disponível <http://www.professoramorim.com.br/amorim/texto.asp?id=290>. Acesso 05 nov. 2011.
- ANDRADE, Marcus Vinícius dos Santos. **Superfície à luz do Código Civil e do Estatuto da Cidade.**
- BARBOSA, Diana Coelho. **O Direito de Superfície: À Luz do Estatuto da Cidade,** 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- BENASSE, Paulo Roberto, **Direito De Superfície e o Novo Código Civil Brasileiro.** 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2002.
- CAMARGO, Estela L. Monteiro Soares de. Aplicações Práticas do Direito de Superfície. **Revista do Advogado**, ano XXVII, nº 90, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2007, p. 49.
- CAVALCANTI, Marise Pessoa. **Superfície compulsória: instrumento de efetivação da função social da propriedade.** Rio de Janeiro: Renovar. 2000.
- CHALUB, Melhin Namen. **Direito de Superfície.** Revista de Direito Civil – Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo. [s.n], a. 19, v. 53, 1995.
- CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- DEDA, Artur Oscar de Oliveira. Direito de Superfície. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo. V.26, 1979.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. **Direito das Coisas.** 22ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2007.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: **Direito das Coisas.** 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4.
- DINIZ, Maria Helena. **Sistemas de Registros de Imóveis.** Ed. Saraiva. Rio de Janeiro, 2003.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil, v. 5: **Direito das Coisas.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GORAYB, Rima. **O Direito de Superfície.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

- GRAU. Eros Roberto. **Licitação e Contrato Administrativo (estudo sobre a interpretação da Lei)**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 15ª ed. Atlas: 2006.
- LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **O direito de superfície como instrumento de planificação urbana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- LIRA, Ricardo Pereira. **O Moderno direito de superfície: ensaio de uma teoria geral**. Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Nº 35, 1979.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Direitos Reais à luz do Código Civil e do Direito Registral**. São Paulo: Editora Método. 2004.
- MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Estatuto da Cidade: Considerações introdutórias**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3434&p=2>
Acesso em 14 de jan 2012.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Forense, Rio de Janeiro, 2007.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas**. 37ª ed., São Paulo: Editora Método. 2007.
- MOTA, Maria Sarita Cristina. **Nas terras de Guaratiba uma aproximação histórico-jurídica às definições de posse e propriedade da terra no Brasil entre os séculos XVI – XIX**. Disponível em <
http://www.artedigital.ufrj.br/cpda/static/teses/tese_maria_sarita_mota.pdf> Acesso em 05 nov 2011.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil comentado**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003.
- PLANIOL. *Traité élémentaire de droit civil*, v. 1, PP. 777 ss.
- REALE, Miguel. **O Projeto de Código Civil**. São Paulo, Saraiva, 1986. In GODOY, Luciano de Souza, Direito de Superfície. **Uma solução jurídica para minimizar custos em edificações**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 15, ago./nov. 1996.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Forense. 2009.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, v. 3: Direito das Coisas**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3. Saraiva, 2003.
- SALOMÃO, Lúcia. **Enunciados das Jornadas de Direito Civil da CJF**. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=69.

- SANT'ANNA, Mariana Senna. **Direito Urbanístico e Ambiental**. 2ª. Ed. Belo Horizonte: Forum, 2011.
- SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico: A – C**. v. I: 3ª ed. Forense: São Paulo, 1973.
- STOLZE, Pablo. **Código Civil comentado**. Coord. Álvaro Villaça de Azevedo. São Paulo: Atlas, 2004.
- SUNDFELD. Carlos Ari. **O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais**. In Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/20010) Dallari. Edílson Abreu e Ferraz, Sérgio – Organizadores. São Paulo: Malheiros. 2002.
- TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil, v. 4: **Direitos das Coisas**. 1ª ed. São Paulo: Método, 2008.
- TEIXEIRA, Ivo Jorge Rocha. **Direito de superfície e o conflito aparente de normas entre o Código Civil e o Estatuto da Cidade**. Disponível <<http://jus.com.br/revista/texto/14506/direito-de-superficie-e-o-aparente-conflito-de-normas-entre-codigo-civil-e-estatuto-da-cidade/2>>
- TEIXEIRA, José Guilherme Braga. **Da propriedade, da superfície e das servidões**. Arts. 1.277 a 1.389. In: ARRUDA ALVIM, José Manuel de; ALVIM Thereza (orgs.) **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. v.12. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil, v. 5: **Direito das Coisas**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **DIREITO DE SUPERFÍCIE: Origem histórica. Conceito. Particularidades**. Disponível em <<http://www.uj.com.br/impresao.asp?pagina=doutrinas>>. Acesso em: 25/10/2011.
- ZANIN, Jorge Luiz. **Superfície: um novo/velho direito real**. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2007.