

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO IMOBILIÁRIO

MARIA CAROLINA TÓFFOLI DE CAMPOS

NOVO DIREITO REAL: DIREITO DE SUPERFÍCIE.

SÃO PAULO/SP
AGOSTO - 2016

MARIA CAROLINA TÓFFOLI DE CAMPOS

NOVO DIREITO REAL: DIREITO DE SUPERFÍCIE

Trabalho de Conclusão de Curso de
Pós Graduação em Direito Imobiliário,
para obtenção do título de Especialista
em Direito Imobiliário.

Orientador: Everaldo Augusto Cambler.

SÃO PAULO/SP
AGOSTO - 2016

MARIA CAROLINA TÓFFOLI DE CAMPOS

NOVO DIREITO REAL: DIREITO DE SUPERFÍCIE

Monografia apresentada como pré-requisito para a obtenção do certificado de Especialização em Direito Imobiliário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Professor Orientador

Nome: Everaldo Augusto Cambler

Nota: _____ (_____)

AGRADECIMENTOS

Ao meu namorado que me acompanhou e apoiou nessa jornada tão exaustante e, ao mesmo tempo, tão divertida e inesquecível.

RESUMO

Acolhido pelo Direito brasileiro com a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei nº 6.766/79), o direito de superfície recebeu respaldo legal expresso recentemente, com o Estatuto da Cidade e, em seguida, com o Código Civil de 2002, previsto no rol de direitos reais.

Em síntese, o direito de superfície é figura de direito real sobre coisa alheia, se apresenta como um desdobramento da propriedade, e de natureza complexa. Origem no direito romano passou a se admitir a possibilidade de coexistência de modo separado a propriedade do solo e das construções, encontrando as raízes históricas do princípio do *superfícies solo cedit*, porém suspendendo temporariamente a aplicação de tal princípio.

Trata-se de direito real com origem na dissociação do direito de propriedade, conferindo a terceiro, denominado superficiário, o direito de propriedade resolúvel sobre construção e/ou plantação que fará em terreno alheio, ou até o direito de manter edificação ou plantação já existente sobre o imóvel objeto da concessão, incluindo direitos de uso e gozo, numa relação que merece toda a atenção da doutrina especializada.

Referido direito real é uma tentativa de se pôr em prática o real significado da função social da propriedade, prevista nos artigos 5º, inciso XXIII, 170, inciso III, 182 e 186, todos da Constituição Federal de 1988, possibilitando que imóveis não utilizados, ou parcialmente utilizados, sejam devidamente aproveitados, podendo amenizar a crise habitacional do país.

O presente estudo enquadra-se no raciocínio voltado ao valor social e econômico que o direito em tela projeta na propriedade, aplicando tratamento jurídico adequado a luz do Código Civil Brasileiro e Estatuto da Cidade.

Para tanto, inicialmente, pesquisou-se o surgimento e evolução do direito de superfície no direito romano, no direito intermédio, abrangendo a evolução do direito em tela no mundo e no Brasil. Em seguida, buscou-se aplicação do direito de superfície nos ordenamento legal português, aprofundado no Código Civil Português de 1966. Na sequência, a pesquisa centralizou-se no direito positivo brasileiro, situando a superfície entre os direitos reais, análise de seus elementos, objeto, estrutura, modos de constituição, garantias, contrato de concessão e obrigações oriundas do mesmo, extinção, e, por fim, examina-se a aplicabilidade técnica do instituto de acordo com o Código Civil e o Estatuto da Cidade, com enfoque nas divergências entre os ordenamentos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPITULO 1 – SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DA SUPERFÍCIE	10
1.1. O Direito de superfície no Direito Romano e no Direito Intermédio	10
1.2. A evolução do Direito de superfície no mundo	12
1.3. A evolução do Direito de superfície no Brasil	13
CAPÍTULO 2 – O DIREITO DE SUPERFÍCIE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS – PORTUGAL	17
CAPÍTULO 3 – CONCEITO DE DIREITO DE SUPERFÍCIE	24
CAPITULO 4 - NATUREZA JURÍDICA	27
4.1. Princípio <i>Superficies Solo Cedit</i>	29
CAPÍTULO 5 – OBJETO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE – A CONSTRUÇÃO E PLANTAÇÃO	31
5.1. Concessão parcial da superfície - incidente sobre parte ideal do imóvel	31
5.2. Subsolo e espaço aéreo	32
5.3. Direito de construir sobre edifício alheio: sobrelevação	33
5.4. Direito de superfície sobre imóvel edificado	34
CAPÍTULO 6 - A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E O DO DIREITO DE SUPERFÍCIE	36
CAPÍTULO 7 - DIREITO REAL DE SUPERFÍCIE NO CÓDIGO CIVIL E ESTATUTO DA CIDADE (LEI 10.257, DE 2001)	40

7.1. Quadro comparativo do direito de superfície no Estatuto da Cidade e Código Civil	43
--	----

CAPÍTULO 8 - DIREITO DE SUPERFÍCIE E SUA CONFRONTAÇÃO COM OUTROS DIREITOS REAIS SOBRE COISA ALHEIA 47

8.1. Direito de superfície e o instituto do arrendamento	47
--	----

8.2. Direito de superfície e o instituto da enfiteuse	48
---	----

8.3. Direito de superfície e instituto do usufruto	49
--	----

8.4. Direito de superfície e o instituto da servidão	50
--	----

8.5. Direito de superfície e <i>Built To Suit</i>	51
---	----

CAPÍTULO 9 – FORMAS DE CONSTITUIÇÃO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE 53

9.1. Contrato de Concessão	53
----------------------------------	----

9.2. Sucessão testamentária	53
-----------------------------------	----

9.3. Registro e averbação de título	55
---	----

9.4. Usucapião	55
----------------------	----

CAPÍTULO 10 – A CONSTITUIÇÃO DE GARANTIAS NA PROPRIEDADE SUPERFICIÁRIA 58

10.1. Hipoteca	58
----------------------	----

10.2. Alienação Fiduciária	59
----------------------------------	----

CAPÍTULO 11 - O CONTRATO DE CONCESSÃO DE USO DA SUPERFÍCIE 61

11.1. Gratuito e Oneroso	62
--------------------------------	----

11.2. As partes no contrato	63
11.2.1. Pessoa Jurídica de Direito Público	64
11.3. Prazo	65
11.4. Encargos ou Tributos	66
CAPÍTULO 12 - EXTINÇÃO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE – FORMAS E EFEITOS	68
CONCLUSÃO	74
BIBLIOGRAFIA	78

INTRODUÇÃO

O tema direito de superfície, é um tema recentemente introduzido no nosso ordenamento atual. O marco inicial no nosso sistema pátrio foi dado por meio da introdução da Lei Federal n.º 10.257 de 10 de julho de 2001, na qual o Presidente da República sancionou o "Estatuto da Cidade", estando regulado no Capítulo II, Seção VII, artigos 21 a 24. O Estatuto da cidade estabelece diretrizes para a implantação de uma moderna política urbana e a devida regulamentação para que se atinja a real função social da propriedade.

Em um segundo momento, com a lei que regulamenta o atual Código Civil, Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, tratou da matéria que encontra-se prevista no artigo 1.225, II do ordenamento supra mencionado, e devidamente regulamentada entre os artigos 1.369 ao 1.377 do mesmo.

Para os estudiosos do direito, a superfície é um instituto que, no mesmo momento que tangência com semelhança outros institutos do direito, é um dispositivo completamente diferente e que merece muita atenção e resguardo.

Justificando o presente trabalho, que tem como objeto a análise do instituto tendo como pano de fundo sua presença no ordenamento nacional, sobretudo a partir da ótica do atual Código Civil e Estatuto da Cidade, o instituto da superfície ainda é, na prática, pouco explorado e aplicado pela sociedade. Toda a pesquisa presente nesse estudo volta-se para aplicabilidade efetiva do direito de superfície, inclusive como instrumento jurídico hábil a viabilizar o direito à moradia, o melhor aproveitamento e exploração da terra, seja urbana ou rural.

Por fim, vislumbraremos no desenrolar do presente estudo que, em sentido jurídico, superfície não é somente a camada superficial do solo, mas tudo o que emerge dele. Desta forma, teremos a noção necessária para a correta compreensão e aplicação do tema a ser abordado.

CAPITULO 1 - SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DA SUPERFÍCIE

1.1 O Direito de superfície no Direito Romano e no Direito Intermédio

No período histórico conhecido como pré-clássico, os romanos só conheciam e lidavam com um tipo de propriedade, a quiritária. Sobre esse tipo de propriedade recaía um titular, que era um cidadão romano, ou um latino, ou peregrino que possuísse o *ius commercii*. O objeto era coisa móvel ou imóvel, entretanto, executava-se as propriedades do povo romano, as quais não estavam sujeitas à *mancipatio*, forma de aquisição para os imóveis, a *traditio*, no caso dos imóveis, ou à *iure cessio*, que servia para móveis e imóveis. Ressalte-se ainda, que a principal forma de proteção jurisdicional era através da *rei vindicatio*.

No direito clássico, período compreendido até o término do reinado de Dioclesiano, reconhece-se a existência da propriedade pretoriana, da propriedade provincial e da propriedade peregrina. Partindo da propriedade pretoriana, esta passou a surgir no momento em que o pretor passou a proteger a pessoa que ao comprar uma coisa móvel, a recebia do vendedor por meio da *traditio*, não transferindo ao comprador o domínio *ex iure quiritorium* sobre a *res mancipi*, permanecendo o vendedor com o poder de reivindicar a *res*. Assim, nasce a exceção de coisa vendida e entregue, *exceptio rei venditae e traditae*, que seria a paralisação do direito de reivindicação do vendedor por parte do comprador. A propriedade quiritária, só viria a ser adquirida por usucapião, enquanto isso, as espécies de propriedade sobre a coisa, a quiritária e a pretoriana eram limitadas.

Por outro lado, a propriedade provincial existia apenas com relação aos imóveis situados nas províncias que não estivessem sob o *ius Italicum*, caso contrário, seriam objeto da propriedade quiritária, figurando como titulares os particulares, cidadãos romanos ou não, que possuíam somente a posse sobre o solo, mediante o pagamento do *tributum*. Tal *possessio* era alienável e transmissível aos herdeiros, podendo ainda ser defensável por ação real concedida pelos magistrados provinciais. Por fim, a propriedade peregrina era a reconhecida e protegida pelo pretor peregrino e pelos governadores, visto que os peregrinos que não possuíssem o *ius commercii* não podiam ter sobre coisas imóveis ou móveis a propriedade quiritária, sendo, desta forma, concedido a eles, ações reais para a proteção desta verdadeira propriedade de fato.

Com efeito, no Direito Romano, o proprietário da terra era titular de um direito exclusivo e amplo de disposição do solo, e também de um direito exclusivo sobre a coluna

de terra subjacente ao solo, e sobre a coluna de espaço a ele superior, sendo que o proprietário adquiria, então, o domínio de tudo o que viesse a integrar tais colunas, tanto abaixo como acima do solo, isto em virtude do direito de acessão, tido como consequência natural e necessária do direito de propriedade¹. Neste sentido, eram comum os intérpretes do direito romano considerar o espaço aéreo como um objeto suscetível de verdadeiro domínio.

O instituto da superfície é um instituto de origem exclusivamente romana, decorrendo da necessidade prática de construção em solo alheio, principalmente sobre bens públicos. Os magistrados passaram a permitir que os comerciantes instalassem tabernas sobre o solo da rua, permanecendo o solo em poder do Estado. Entre os particulares, o instituto estabelecia-se por contrato, sendo consagrado como direito real em coisa alheia na época clássica.

Com isso, passou-se a admitir a possibilidade de coexistência em separado, das propriedades do solo e das construções, mesmo que seja por força de um direito temporário e resolúvel por parte do proprietário do imóvel, em favor de um terceiro. Porém, sob o ponto de vista romano, o direito de superfície somente era atribuído a construções, não se aplicando às plantações em terreno alheio. Os romanos à época não eram capazes de vislumbrar a propriedade como um poder sobre as coisas, uma vez que este poder estava englobado no *potestas* do *pater famílias*, poder exercido sobre tudo aquilo que estivesse sujeito a ele. Assim, desde a origem de Roma até o início do século VII, a propriedade era necessariamente absoluta e ilimitada, com a *pater potestas*, o domínio *ex jure quiritium*, atribuía ao chefe de família um poder que, sem hesitação, pode-se considerar ilimitado.

Após alguns séculos, o direito romano evoluiu e ocorreu o desmembramento da antiga *potestas* do *pater famílias* das demais coisas corpóreas. No direito clássico de Roma vigorou, de modo absoluto, a regra de que *superfícies solo cedit*, por força de que tudo aquilo que era plantado ou construído no solo passava a fazer parte do mesmo e a pertencer ao seu dono, não havendo a possibilidade de ser objeto de transferência a não ser que a mesma se desse juntamente com o solo.

Posteriormente, quando passou a ser admitido no Direito Romano a existência das coisas incorpóreas ocorreu amenização da regra do *superfícies solo cedit* e o domínio começou a sofrer algumas restrições em sua plenitude, com o surgimento das servidões,

¹ BARBOSA, Diana Coelho. *Direito de Superfície – À Luz do Estatuto da Cidade*. 1ª ed., Editora Juruá, 2002, p.19

usufruto e uso. Mesmo com o desenvolvimento do pensamento acerca da propriedade os romanos resistiram e não admitiram a existência em separado da propriedade do solo da propriedade das plantações ou edificações, uma vez que ainda prevalecia o caráter absoluto do domínio, vigorando em Roma a regra do *superficies solo cedit*.

O princípio *superficies solo cedit*, por força do qual tudo quanto fosse acrescido ao solo passava à integrá-lo e pertencia ao dono do solo, não previa a transferência senão com este. Tal princípio vigorou com força no período pré-clássico e clássico. Contudo, com o passar do tempo, necessário se fez amenizar tal princípio para que houvesse adaptação às novas realidades do período, começando a permissão àquele que construísse em solo alheio, gozar sobre sua atividade. Assim, nascia a relação obrigacional entre o concedente e o concessionário em que caberia, o pagamento de um tributo, o *solarium*, *cânon anual* ou podia ser uma quantia única.

Nos mesmos moldes dos arrendamentos praticados pelo Estado, os latifundiários também passaram a arrendar suas propriedades, a fim de se solucionar o problema do cultivo das enormes glebas de terra (*latifundias*).

Vale ressaltar que tudo aquilo que ao solo acresce ou que nele se incorporasse pertenceria por acessão, ao proprietário. Desta forma, qualquer edificação que fosse erguida sobre o solo pertenceria ao dono deste. Sendo assim, o arrendatário não tinha nada mais do que o direito a uso e a fruição da edificação. Mesmo tendo os romanos preservado formalmente o princípio *superficies solo cedit*, o mesmo acabou sendo reformulado pela necessidade de se adaptar às novas condições sociais vividas à época pelos romanos, surgindo, assim, o direito de superfície.

1.2 A evolução do Direito de superfície no mundo.

A superfície teve grande desenvolvimento no mundo. De um lado a influência do direito germânico que valorizava o trabalho do construtor em detrimento da propriedade do solo, de outro o direito canônico que expressava o interesse da igreja em legitimar as construções feitas em seus terrenos. Partindo de uma visão geral, o desconhecimento dos povos bárbaros, dentre eles os germanos, a respeito do princípio romano da acessão, aliada à concepção da doutrina do domínio dividido oriunda do feudalismo, resultou na fragmentação do domínio em direto ou iminente (*dominus soli*) e útil (*enfiteuta* ou *superfidiário*). Assim passou o superficiário a ter domínio útil, e estendeu-se o objeto da superfície as plantações.

As concessões superficiárias outorgadas pela igreja tinham a peculiaridade de impedir a alienação das edificações e plantações. A superfície e a enfiteuse foram banidas pela Revolução Francesa, por se tornarem símbolo de escravidão do homem à terra devido aos altos preços dos censos, que eram cobrados dos superficiários e enfiteutas, sendo que a partir de então, ocorreu a restauração do *ius proprietatis* na pessoa do *dominus soli*.

Nessa época era possível observar a admissão da separação entre a propriedade do solo e a propriedade das edificações e plantações. Entretanto, sob a influência da Escola de Bolonha, com base em estudos romanísticos, estipulou-se a regra de que tudo aquilo que fosse acrescido ao solo a este pertencia.

Com o regime feudal da época, houve a contribuição para a divisão do domínio da propriedade, devido a grande importância e utilidade ao instituto da superfície e da enfiteuse. Passando a superfície ser concebida como uma propriedade paralela à do solo.

Após, no Código Civil Francês de 1803 não havia qualquer previsão expressa da superfície ou da enfiteuse, e, nesta mesma linha, outros códigos da época não admitiram a existência do direito de superfície, exceto o Código Civil da Áustria datado de 1811, o qual admitiu em seu texto o instituto da superfície, aplicável, tanto às edificações quanto às plantações. Posteriormente, na Alemanha e na Suíça, o direito de superfície surgiu como direito real, sendo limitado somente às edificações.

O Código Civil italiano datado de 1865 não contemplava o instituto da superfície, sendo somente previsto pela doutrina e pela jurisprudência, as quais sustentavam a sua existência. O revogado Código Civil português também não reconheceu o direito de superfície, sendo este introduzido na legislação pátria de Portugal por uma lei de 1948. Preceitua o atual Código Civil português sobre o instituto em tela, como sendo: “*faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente uma obra de terreno alheio, ou nele fazer ou manter plantações*”.

1.3 A evolução do Direito de superfície no Brasil.

Partindo do pressuposto de que o Brasil foi colônia de Portugal, José Guilherme Braga Teixeira² registrou que durante todo o período de colonização portuguesa vigorou o direito de superfície. Em Portugal, tal direito possuía outra designação e foi regulado,

² TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *O direito real de superfície*. Editora Revista dos Tribunais, 1996.

primeiramente, no direito antigo, pela Lei Pombalina de 1773, no que tangia construções, árvores e plantações. Contudo, o direito de superfície a luz do Código Civil Português, será abordado, profundamente, no próximo capítulo do presente trabalho.

Com a Independência do Brasil, foi promulgada lei de 20 de outubro de 1823, determinando que a legislação do reino de Portugal continuasse a vigorar no país, com isso persistindo a superfície no direito pátrio daquele período. Por outro lado, a lei n. 1.237 de setembro de 1864, acabou por banir o direito de superfície do ordenamento jurídico vigente à época, uma vez que o instituto não tinha sido elencado no rol dos direitos reais.

Com o Código Civil brasileiro de 1916, continuou a vigorar no país a regra romana de que a superfície acede ao solo. Nessa extinta lei, também não fora elencado o instituto da superfície entre os direitos reais, como prevê seu art. 674, onde elencava os direitos reais: a propriedade, a enfiteuse, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, as rendas expressamente constituídas sobre imóveis, o penhor, a anticrese, e a hipoteca.

Tal tipologia taxativa do rol do artigo 674 mencionado, afastaria a autonomia privada na criação de novos direitos reais além daqueles ali enumerados. Assim, preceitua o doutrinador Silvio Rodrigues que *“a constituição de direitos sobre imóveis, nos termos do artigo 676 do Código Civil, está condicionada à sua inscrição no Registro Imobiliário. Dada a importância desse artigo, transcrevo-o desde logo: Art.676. Os direitos reais sobre imóveis constituídos ou transmitidos por atos entre vivos só se adquirem depois da transcrição, ou da inscrição, no registro de imóveis, dos referidos títulos (arts. 530, I, e 856), salvo os casos expressos neste Código. Ora, os registros públicos estão disciplinados por lei especial, que cuida dos atos suscetíveis de inscrição e da maneira como esta se faz. Assim sendo, se por convenção entre as partes se estabelecer um direito de superfície, ou outro direito qualquer a que se queira atribuir realidade, o mesmo, para surgir, deverá se inscrever no Registro de Imóveis. Ora, o oficial não encontrará na lei permissão para fazer tal registro, nem livro adequado para assentá-lo. A dúvida que levantará, quanto à possibilidade de inscrição do título constituído desse direito real e extravagante, deve ser julgada procedente por uma magistratura que deseje obedecer à lei e que só deve atuar pretorianamente quando um interesse social mais importante o reclamar. O que não se dá no caso.”*³

Neste diapasão, Maria Helena Diniz sustenta que *“o direito pessoal é ilimitado, sensível à autonomia da vontade, permitindo criação de novas figuras contratuais que não*

³ RODRIGUES, Silvio. *Direito das Coisas*. Vol. 5, 25ª ed., Ed. Saraiva, 2000, p. 9-10.

*têm correspondente na legislação; daí a categoria dos contratos nominados ou inominados. O direito real, por sua vez, não pode ser objeto de livre convenção; está limitado e regulado expressamente por norma jurídica, constituindo essa especificação da lei um *numerus clausus*. Eis porque é comum falar-se que no direito real há ‘imposição de tipos’, com o que se quer dizer que as partes não podem, por si mesmas, mediante estipulação, criar direitos reais com conteúdo arbitrário, mas que estão vinculadas aos ‘tipos jurídicos’ que a norma jurídica colocou à disposição’⁴.*

Vale ressaltar que a comissão revisora do Projeto do código de 1916 optou por incluir o direito de superfície no elenco dos direitos reais, especificamente nos direitos reais sobre coisa alheia, apresentando um capítulo denominado “Da Superfície”, disciplinado a matéria em apenas sete artigos. Entretanto a Comissão Especial da Câmara de Deputados houveram por bem não incluir este direito no nosso ordenamento.

De acordo com a posição dominante da doutrina para que seja direito real, deve haver previsão legal expressa, ou seja, deve constar da lista taxativa dos direitos reais previstos no diploma legal, não sendo possível a liberalidade das partes, assim, vislumbra-se que a lista apresentada no código civil é *numerus clausus*.

Em 1963, Orlando Gomes voltou a inserir a superfície no seu anteprojeto de Código Civil, transformando-o, todavia em projeto, mas não conseguindo consagrar o instituto.

Em 1967, o Decreto Lei nº. 271 de 1967, instituiu a concessão de uso, outorgada por pessoa jurídica de direito público ou particular, o que, para alguns, veio a significar a volta da superfície ao ordenamento pátrio. Desta forma, o artigo 7º, do citado decreto, previa o direito real de “*concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social*”, sendo que a concessão de uso, salvo disposição contratual em contrário, transfere-se por ato inter vivos, ou por sucessão legítima ou testamentária, como os demais direitos reais sobre coisas alheias, registrando-se a transferência.

Assim sendo, conforme lição do professor Ricardo Lira “*os princípios gerais conduzem necessariamente a esta conclusão. Basta considerar que não pode ocorrer na espécie tratada, a suspensão do princípio superficies solo cedit, não se verifica o amortecimento do*

⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro - Direito das Coisas*. 4º Vol. 25ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2010, p.15.

principio da acessão. Ainda que se pudesse admitir que, no caso, se criaria uma propriedade separada do concessionário relativamente ao quid novum incorporado ao solo, não se teria uma propriedade separada superficiária".⁵

Posteriormente, no ano de 1972, foi elaborado um anteprojeto de Código Civil, sendo que neste não estava elencado o instituto do direito de superfície, mas quando se converteu em projeto de lei, houve a revisão deste capítulo ocorrendo nesse momento a inclusão do mesmo. Inclusão esta que não foi pacífica, havendo divergências quanto a menção de, por exemplo, questões relacionadas ao direito de preferência para aquisição do bem, bem como da possibilidade de transferência do direito, por ato inter vivo pelo superficiário.

O referido projeto culminou no Projeto de Lei nº. 634 de 1975, incluindo o direito de superfície, no rol dos direitos reais. Depois de muito tempo em tramitação, este projeto tornou-se o atual Código Civil brasileiro, através da Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, sendo que a matéria, tema do presente trabalho, encontra-se regulamentada no artigo 1.225, II da referida lei, bem como inserida no disposto nos artigos 1.369 ao 1.377 da mesma lei.

Desta forma, observamos que um instituto não pode se confundir com o outro, visto que cada instituto possui suas próprias peculiaridades. Por fim, cabe dizer, que por meio da Lei Federal n. 10.257 datada de 10 de junho de 2001, conhecida como “Estatuto da Cidade”, houve a real inserção da implementação do direito de superfície. Tal dispositivo legal visa uma implementação de uma política moderna urbana e de uma nova concepção de propriedade imobiliária, que surge fortemente atrelada a sua função social, exaltando um aproveitamento mais efetivo e uma distribuição mais igualitária de terras.

⁵ LIRA, Ricardo Cesar Pereira. *O Moderno Direito de Superfície – Ensaio de uma Teoria Geral*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, Vol. 35, 1979, p.66.

CAPÍTULO 2 - O DIREITO DE SUPERFÍCIE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS - PORTUGAL

Quando da descoberta do Brasil em 1500, Portugal não trazia em seu ordenamento jurídico a previsão expressa de “superfície”. O tratamento legislativo se destina ao arrendamento, inclusive de longo tempo, e à enfiteuse. O instituto da “sesmaria”, criado a partir da reforma agrária iniciada pelo Rei D. Fernando I, vinculava a coroa portuguesa àquele que tivesse terra inexplorada, mesmo que antes fosse produtiva, a voltar a cultivá-la. O objetivo era a concessão das terras a alguém que realizasse a sementeira e a plantação, concessão essa que poderia ser feita através de arrendamento ou de enfiteuse.

Mais a diante, a lei do Marquês de Pombal, datada de 09 de julho de 1773, nos parágrafos 11, 17 e 26, referentes a construções, árvores e plantações, estabelecendo a separação de propriedades, pode-se reconhecer o direito de superfície, mesmo sem a aplicação dessa terminologia. Após a independência do Brasil, reconheceu-se o direito de superfície, porém também sem aplicação dessa terminologia, no artigo 2.308, do Código Civil português de 1867, com a denominação de “acessão imobiliária”, em que fazia menção a uma situação jurídica semelhante à superfície, em que, Ricardo Pereira Lira afirma, “o dono do prédio onde estivessem plantadas árvores alheias se pudesse obrigar a conservá-las no domínio alheio, por prazo não excedente de trinta anos”⁶. Isto posto, estavam presentes os requisitos do direito de superfície atinente à plantação, como propriedade plena em solo alheio, mas resolúvel, dado o cunho temporário. Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela reiteram que “no Código Civil de 1867 apenas se previa (no artigo 2308) a possibilidade da existência de árvores pertencentes a titular diferente do dono do terreno, para se reconhecer a este, ao abrigo do clássico direito de acessão, a faculdade de as adquirir, mediante o pagamento do seu valor”⁷.

O direito de superfície passou a ser regulado em Portugal através dos artigos 21º e seguintes da Lei n 2.030, de 22 de junho de 1948, determinando que a constituição caberia apenas ao Estado, às autarquias locais e às pessoas coletivas de utilidade pública administrativa, dentro de seus respectivos terrenos⁸.

⁶ LIRA, Ricardo Pereira. *O direito de superfície e o novo código civil*. Revista Forense 364. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2002, p. 257-258.

⁷ LIMA, Pires. VARELA, João de Matos Antunes. *Código civil anotado: (artigos 1.251 a 1.575)*. Vol. III. 2ª ed. Revista e actualizada. Coimbra Editora, 2010, p. 170-171.

⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil Reais*, Coimbra Editora, 5ª edição. Coimbra. 2012, p. 523-524.

Para Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela *“foi na Lei nº 2.030, de 22 de Junho de 1948, que o direito de superfície (correspondente ao instituto do mesmo nome no direito romano e, no direito comum, a building lease do direito inglês) apareceu reconhecido e tratado como verdadeiro direito real. O direito real que consiste na faculdade de implantar e manter edifício próprio em chão alheio, sem aplicação das regras sobre acessão imobiliária, diz o artigo 1º do diploma, chama-se direito de superfície. E é com a configuração de um autêntico ius in re que, logicamente, o direito de superfície aparece incluído, dentro do Livro III no novo Código, na galeria limitada a direitos das coisas”*.⁹

Posteriormente, o Código Civil português de 1966, em vigor, regula a superfície de forma bem abrangente em seus dezenove artigos, inseridos no Título V, Livro III (artigos 1.524º a 1.542º)^{10 e 11}:

“Artigo 1524º (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 1525º (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 1526º (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 condómino das partes referidas no artigo 1421º.

Artigo 1527º (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. Artigo 1528º (Princípio geral)

⁹ LIMA, Pires. VARELA, João de Matos Antunes. ob. cit., p.170-171

¹⁰ LIMA, Pires. VARELA, João de Matos Antunes. ob. cit., p.140-146

¹¹ LIRA, Ricardo Pereira. *O direito de superfície e o novo código civil*, ob. cit. p. 257-258

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 1529º (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.*

Artigo 1530º (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 1531º (Pagamento das prestações anuais)

- 1. Ao pagamento das prestações anuais é aplicável o disposto nos artigos 1505º e 1506º, 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 1532º (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 1533º (Fruição do subsolo)

O uso e a fruição do subsolo pertencem ao proprietário; este é, porém, responsável pelos prejuízos causados ao superficiário em consequência da exploração que dele fizer.

Artigo 1534º (Transmissibilidade dos direitos)

O direito de superfície e o direito de propriedade do solo são transmissíveis por acto entre vivos ou por morte.

Artigo 1535º (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, enfitê.*

2. É aplicável ao direito de preferência o disposto nos artigos 416º a 418º e 1410º.

Artigo 1536º (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 nº 1, são aplicáveis as regras da prescrição.

Artigo 1537º (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 1538º (Extinção pelo decurso do prazo)

1. Sendo o direito de superfície constituído por certo tempo, 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 indemnização, calculada segundo as regras do enriquecimento sem causa.

3. Não havendo lugar à indemnização, o superficiário responde pelas deteriorações da obra ou das plantações, quando haja culpa da sua parte.

Artigo 1539º (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 indemnização nos termos do artigo anterior, aqueles direitos transferem-se para a indemnização, conforme o disposto nos lugares respectivos.

Artigo 1540º (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 1538º.

Artigo 1541º (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 1542º (Extinção por expropriação)

Extinguindo-se o direito de superfície em consequência da expropriação por utilidade pública, cabe a cada um dos titulares a parte da indemnização que corresponder ao valor do respectivo direito”.

A definição do direito de superfície no artigo 1.524 traz a expressão “perpétua”, que não significa que não possa ser desconstituído, mas, sim, que persiste o direito de superfície enquanto obedecidas as regulamentações contratuais e legais. Dado que o mencionado artigo faz menção a tempo indeterminado, não há um termo fixo para a revogação da avença. O contraposto está no “tempo determinado”, ou seja, quando vencido o prazo, encerra-se a relação. Ressalta-se que a duplicidade, tempo determinado ou indeterminado, vem prevista no Estatuto da Cidade, lei 10.257, de 2001, artigo 21. Ainda, consta nesse dispositivo que a construção, ou a plantação, será realizada ou mantida em terreno alheio, o que não altera a essência do instituto, e especifica que a incorporação será feita ou está sobre a propriedade de outrem, que é o *dominus soli*. Porém, ressalta que a propriedade da superfície é do construtor ou do plantador.

O artigo 1.533 prevê que o subsolo é reservado ao proprietário, e, também, o uso e a fruição do solo, enquanto não se iniciar a construção da obra ou não se fizer a plantação (artigo 1.532). Porém, se o objetivo for construção de uma obra, o direito de superfície pode abranger a parte do solo desnecessária à sua implantação, desde que tenha utilidade para o fim perseguido, conforme prevê o artigo 1.525. Também, é permitida a construção ou manutenção de obra no subsolo.

O artigo 1.528 dispõe que o direito de superfície pode ser constituído por contrato, testamento ou usucapião e pode resultar da alienação de obras ou árvores já existentes, separadamente da propriedade do solo, importando nas servidões necessárias ao uso e fruição da obra ou das árvores (artigo 1.529).

O superficiário, conforme o artigo 1.530, tem o encargo de pagar o preço, sempre em dinheiro, em uma única prestação ou em parcela anual, perpétua ou temporária; havendo

mora no cumprimento, o proprietário do solo tem o direito de exigir o triplo das prestações em dívida (artigo 1.531).

O artigo 1.534 trata da transmissibilidade dos direitos dispondo que, tanto o direito de superfície como o de propriedade do solo, são transmissíveis por ato inter vivos ou por morte. O artigo 1.535 disciplina o direito de preferência outorgado ao proprietário do solo, em último lugar, na venda ou dação em cumprimento do direito de superfície.

O artigo 1.536 enumera os casos de extinção: 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, 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 (artigo 1.524), assistindo a cada um dos titulares a parte do ressarcimento que corresponder ao valor do respectivo direito. O nº 2º da norma prevê, que 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.

Já o artigo 1.538 dispõe que, sendo o direito de superfície constituído por certo tempo, o proprietário do solo, logo que expire o prazo, adquire a propriedade da obra ou das árvores, ressalvado, na dependência de estipulação em contrário ^{12 e 13}, o direito a uma indenização em favor do superficiário, segundo as regras do enriquecimento sem causa.

Na disciplina do Código português dispositivo algum estatui que, pelo inadimplemento da prestação pecuniária, é possível a resolução do contrato. Não há a imposição de comisso. A dívida é passível de execução, e ao proprietário assiste cobrar o triplo do preço estipulado no contrato, permanecendo, contudo, o direito de superfície. Extingue-se a obrigação de pagar, quanto às prestações anuais, se o inadimplemento se estender por vinte anos, sem que, todavia, implique em aquisição pelo superficiário da propriedade do solo, salvo se houver usucapião em seu benefício (artigo 1.537). No fecho, vale salientar o direito de construir sobre edifício alheio (sobrelevação), previsto no artigo 1.526, a extinção ou a permanência dos direitos reais constituídos sobre a superfície (artigos 1.539, 1.540 e

¹² LIRA, Ricardo Cesar Pereira. *Elementos de Direito urbanístico*. Editora Renovar. 1997, p. 50-52.

¹³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito de superfície agrícola*. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 4. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo. 1978. p. 146-171.

1.541) e a incidência da legislação especial, quando constituído o direito pelo Estado ou por pessoas coletivas públicas em terrenos de seu domínio privado, com aplicação do Código, subsidiariamente, regra similar com a do artigo 1.377, do Código Civil brasileiro, de 2002.

CAPÍTULO 3 - O CONCEITO DE DIREITO DE SUPERFÍCIE

A definição e extensão do Direito de Superfície variam de acordo com a legislação a se analisar. Assim, há países que apenas o admitem em se tratando de edificações, ao passo que outros tão somente sobre plantações, destacando que a maioria o aceita em ambos os casos.

Doutrinariamente apontamos com Ricardo Cesar Pereira Lira, o conceito de direito de superfície como *"direito real autônomo, temporário ou perpétuo, de fazer e manter construção ou plantação sobre ou sob terreno alheio; é a propriedade – separada do solo – dessa construção ou plantação, bem como é a propriedade decorrente da aquisição feita ao dono do solo de construção ou plantação nele existente."*¹⁴

Assim, Ricardo Lira, sustenta que, o direito de superfície seria a propriedade da construção ou plantação, considerada em separado do solo. Desta forma, existiriam duas propriedades: a propriedade do solo de um lado e a propriedade das construções ou plantações de outro.

Apontamos também com Clóvis Beviláqua, que direito de superfície *"é um direito real de construir, assentar qualquer obra, ou plantar em solo de outrem"*. Para Orlando Gomes, em sua opinião, trata-se de *"direito real de ter uma construção ou plantação em solo alheio"*¹⁵.

E, por fim, para Maria Helena Diniz, o concebe como *"direito real pelo qual o proprietário concede por tempo determinado ou indeterminado, gratuita ou onerosamente, a outrem o direito de construir, ou plantar em seu terreno urbano ou rural, mediante escritura pública, devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis."*¹⁶

Dado o exposto, podemos afirmar que os direitos reais sobre coisa alheia são oponíveis *erga omnes* e conferem ao seu titular o direito de mover ação real contra eventual detentor da coisa. Segundo a maioria da doutrina atual, o direito de superfície pode substituir com vantagem o regime da enfiteuse, sendo o instituto da superfície de origem exclusivamente romana, decorrente da necessidade prática de se permitir a construção em solo alheio, principalmente sobre bens públicos.

¹⁴ LIRA, Ricardo Cesar Pereira. *Elementos de Direito urbanístico. ob.cit.*, p. 14.

¹⁵ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2010.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro - Direito das Coisas*. p.476

Por todos esses aspectos, preceitua Washignton de Barros Monteiro que referido direito “... é oponível erga omnes, contra todos, e conta com a prerrogativa de sequela, isto é, com a possibilidade de buscar a coisa nas mãos de quem quer que injustamente a detenha, para nela exigir o direito de quem é titular, sendo necessário, assim, o registro do contrato no Cartório de Registro Imobiliário”.¹⁷

O objetivo do direito de superfície é amplo, permitindo uma melhor utilização da coisa, na qual o proprietário do solo mantém a substância da coisa, pertencendo-lhe o solo, e pode explorar ou utilizar o que dele for retirado. Assim, passa o proprietário, denominado fundeiro, a ter a fruição do solo e do próprio terreno enquanto não iniciada a obra ou plantação pelo superficiário. O superficiário tem o direito de construir ou plantar, ao passo que o fundeiro, se o instituto é estabelecido na modalidade temporária, tem também a expectativa de receber a coisa como a obra.

Por meio da Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, foi abolido o instituto da enfiteuse, introduzindo o direito de superfície gratuito ou oneroso, devidamente regulamentado entre os artigos 1.369 ao 1.377, estabelecendo, no entanto, obrigatoriamente o prazo determinado com a perpetuidade que no nosso ordenamento é proibida, lembrando que prazo indeterminado e perpetuidade tem significado distintos.

Assim, dispõe o art. 1.369 do atual Código civil:

“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.”

Trata-se, como menciona a lei, de uma concessão que proprietário faz a outrem, para que se utilize de sua propriedade, tanto para construir quanto para plantar, ressalte-se, no entanto, que o Código Civil refere-se apenas ao direito de o superficiário construir ou plantar, não mencionando o direito correspondente no diploma português, que seria o de manter no local as plantações e construções já existentes.

¹⁷ MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil das Coisas, de acordo com o novo Código Civil*. Vol. 4. 37ª ed. revista e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf. Editora Saraiva. São Paulo. 2003, p. 252

Dito isso, o direito de superfície por sua vez encontra previsto dentre os direitos reais de gozo e fruição, os quais conferem ao seu titular o direito de apenas usar e gozar da coisa. Para termos consciência do que vem a ser o direito de superfície, podemos conceituá-lo como sendo o direito real, de construir ou plantar, por prazo determinado ou perpétuo, em solo alheio.

O Estatuto da Cidade (Lei nº. 10.257 de 2001), inseriu o instituto da superfície em nosso direito, dispondo, em seu artigo 21, acerca da matéria nos seguintes termos:

"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".

Existem, no entanto, algumas diferenças na forma como a matéria foi tratada no Estatuto da Cidade e no Código Civil que serão abordadas em capítulos posteriores. Inicialmente para que possamos conceituar o direito de superfície, vale ressaltar que para o atual Código Civil, o direito de superfície é o direito onde 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. De acordo com o disposto no Estatuto da Cidade, é o direito em que 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.

Por fim, dos princípios mais importantes para a plena compreensão do tema é o já mencionado *superfícies solo cedit*, princípio esse estudado afora no próximo parágrafo do presente estudo.

CAPÍTULO 4 - NATUREZA JURÍDICA

De acordo com a opinião majoritária o direito de superfície trata-se de um direito real autônomo sobre coisa alheia, não podendo ser confundido com nenhum outro. A superfície, sem a natureza de direito real é incompreensível, e se confundiria plenamente com o arrendamento.

Não obstante, há posições em contrário que colocam em dúvida a natureza real do direito de superfície da legislação urbanística. Porém, Rodrigo Mazzei reitera que *“uma vez que o Estatuto da Cidade é antecedente ao Código Civil, entende-se não ser possível desqualificar o instituto na esfera da Lei nº 10.257 de 2001. Além de orientar no sentido de adequar o direito de superfície ao conjunto dos direitos reais, não se vislumbra restrição para que a lei específica, desde que observados os critérios de competência na Constituição Federal, possa indicar tipos de direito real. Portanto, anteriormente ao Código Civil, o Estatuto da Cidade já poderia ter emparelhado o direito de superfície na categoria dos direitos reais”*¹⁸.

Mesmo sendo clara a natureza jurídica do direito de superfície, alguns autores divergem quanto à natureza do direito de superfície, apresentando diversas teorias. Dentre todas as teorias, podemos citar três, quais sejam: (i) teoria unitarista, que equipara o instituto da superfície a diversos outros já existentes; (ii) teoria dualista a qual admite a divisão do domínio em direto e útil; e, (iii) teoria do direito autônomo.

A primeira teoria sustenta que o direito de superfície é um direito limitado possuindo natureza idêntica à outros direitos reais limitados. Já a segunda teoria, o domínio é dividido em direto e útil. Desta forma, atribui-se ao superficiário o domínio útil e o dono do solo permanece com o domínio direto. Porém, esta teoria é muito criticada, vez que muitos doutrinadores entendem que a propriedade do superficiário não sofre limitações procedentes dos direitos do dono do solo. E, pelo que determina a teoria do direito autônomo, a propriedade representa a superfície é isolada e independente da propriedade do solo.

Nesta perspectiva, explica-se a coexistência da propriedade do solo ao alguém adquirir a propriedade separada de outrem, adquirindo assim direito real limitante da propriedade. Em matéria de direito de superfície, não admite-se, juridicamente, a

¹⁸ CAMBLER, Everaldo Augusto. MAZZEI, Rodrigo. *Fundamentos do Direito Civil Brasileiro*. Editora Millennium. Campinas/SP. 2012.p. 309-310.

propriedade separada qualificada como “não superficiária”.

Para melhor ilustrar que o direito de superfície é um direito real, convém elaborar, de forma breve, as matrizes e traços distintivos da superfície com demais institutos. Comparando-se a superfície ao arrendamento, confronta-se o caráter real daquela com a obrigacional deste, tornando-se o superficiário proprietário da construção ou plantação. Ao passo que, no arrendamento o pagamento de uma renda periódica caracteriza o instituto.

Em relação à enfiteuse, a remuneração é opcional, enquanto na enfiteuse, tem como característica o pagamento do foro, sob pena de comisso e a conseqüente extinção da mesma, podendo-se ainda dizer, que a enfiteuse costuma ser utilizada para fins agrícolas e cultivo da terra, enquanto a superfície se presta a construções de edifícios.

Por outro lado, em relação ao usufruto, existe evidente distinção. O usufruto é constituído *intuito personae*, é intransmissível, sempre temporário, extingue-se com a morte do usufrutuário e é obrigado a respeitar a substância da coisa. Já a superfície é transmissível *inter vivos* e *causa mortis*, o superficiário é proprietário, mesmo que resolúvel, podendo alterar a substância da *res*, além de existirem ordenamentos que conferem caráter perpétuo à superfície.

No que se refere à servidão, Caio Mário da Silva Pereira explica que “a natureza jurídica da propriedade superficiária, em se tratando de construção já existente, assemelha-se a uma servidão (*servitus oneris ferendi*) a favor de edifício a construir.”¹⁹

Ainda, a distinção entre superfície e servidão, é não ser alienável, além do que para que se constitua a servidão faz-se necessário a existência de prédios distintos pertencentes a donos diversos. Por fim, considerando a concessão de direito real de uso, deve-se atentar para o fato de que nesta não há abrandamento do princípio *superficies solo cedit*, não se criando uma propriedade separada do solo como ocorre no instituto da superfície.

Tais dispositivos de direitos reais sobre coisa alheia como arrendamento, à enfiteuse, ao usufruto e a servidão, e sua confrontação com o direito de superfície, serão objeto de aprimorado estudo no capítulo que seguirá.

¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Direitos Reais*. Vol. IV. 19ª ed., Editora Forense, 2007. p. 245.

4.1. Princípio *Superficies Solo Cedit*

O princípio *superficies solo cedit* é um dos princípios mais importantes para plena compreensão do direito de superfície, o qual estabelecia a aquisição do domínio da construção ou plantação a favor do proprietário do solo, sem indenização. Ou seja, tudo quanto fosse acrescido ao solo passava a integrá-lo e pertencia ao dono do solo, não podendo ser transferido senão com este.

Com o passar do tempo, se fez necessário amenizar tal princípio para que houvesse adaptação às novas condições sociais vividas à época pelos romanos, começando a permissão àquele que construísse em solo alheio, gozar sobre a sua atividade, estabelecendo uma relação obrigacional entre o concedente e o concessionário, de pagamento de tributo, o *solarium*, *cânon anual* ou podia ser uma quantia única.

Apesar da existência em direito do princípio da acessão, pelo qual a regra é de que o acessório segue o principal, a ideia de superfície é justamente de suspender este princípio, enquanto durar a concessão. Segundo ensina o civilista Ricardo Pereira Lira, “*caracteriza-se a acessão pela união física entre duas coisas, formando, de maneira indissolúvel, um conjunto, em que uma das partes, embora possa ser reconhecível, não guarda autonomia, sendo subordinada, dependente do todo, seguindo-lhe o destino jurídico. Na acessão da construção ou plantação que se une ao solo surge uma coisa nova, do dono da terra, com individualidade configurada, de forma que terreno e construção, terreno e plantação, devem ser entendidos como uma coisa única, e não como duas coisas diferentes, embora intimamente conexas*”²⁰.

Conforme elucidações de Francisco Eduardo Loureiro, “*trata-se de uma suspensão ao milenar princípio da acessão (superficies solo cedit) já estudado como modo originário de aquisição da propriedade imóvel, pelo qual ao dono do solo fica pertencendo tudo aquilo que nele adere e não pode ser retirado sem fratura ou deterioração*”²¹. Permitindo assim o direito de superfície, em caráter temporário, a quebra da homogeneidade dominial entre solo e construção ou plantação.

Nesse diapasão, a acessão, o princípio *superficies solo cedit* e o direito de superfície são conceitos intrinsecamente ligados no sentido de que não se pode pensar no direito

²⁰ LIRA, Ricardo Cesar Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*, Editora Renovar. 1997. p.9

²¹ LOUREIRO, Francisco Eduardo, *Código Civil Comentado*. 4ª edição revisada, 2010. Editora Monole, p. 1.424.

sem ter o presente o princípio. O mestre Ricardo Pereira Lira afirma que “o *direito de superfície é substancialmente uma suspensão ou interrupção da eficácia do princípio da acessão*”²², isto é, o efeito aquisitivo da propriedade pela acessão é suprimido, deixando de vigorar a máxima do *superficies solo cedit*. Sendo assim, pode-se dizer que haverá a propriedade superficiária separada da do solo, pois, uma vez concedido este direito, a construção ou a plantação feita pertence exclusivamente ao superficiário, enquanto o solo continua a pertencer ao seu proprietário.

²² LIRA, Ricardo Cesar Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico. ob. cit.* p.9

CAPITULO 5 - OBJETO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE – A CONSTRUÇÃO E PLANTAÇÃO

O objeto da concessão do direito de superfície poder sofrer variedade dentro do escopo legal definido pelos artigos 1.369 do Código Civil e 21 do Estatuto da Cidade. O Código Civil permite a pactuação do direito de superfície voltada para construções e plantações, de modo que o direito de superfície poderá abrigar acessões artificiais das duas formas (construções e plantações). Outrossim, os artigos 1.369 do Código Civil e 21 do Estatuto da Cidade preveem que o direito de superfície deve ser aferido não apenas no plano da base do solo, mas também, quando necessário, abrangendo o subsolo e o espaço aéreo.

A seguir, estudaremos as hipóteses da concessão do direito de superfície, nas quais propiciam o melhor aproveitamento do imóvel, vislumbrando a função social da propriedade, trazendo a real utilidade ao imóvel, e grande flexibilidade ao proprietário e ao superficiário.

5.1. Concessão parcial da superfície - incidente sobre parte ideal do imóvel

Analizando os artigo 1.371 do Código Civil e o artigo 21, § 3º, do Estatuto da Cidade, nos possibilitam a interpretação no sentido de que é possível a concessão superficiária em apenas uma parte do imóvel do concedente, ou seja, não é necessário que o direito de superfície englobe todo o imóvel.

Nesse sentido, o artigo 21, parágrafo 3º, do Estatuto da Cidade prevê, com clareza, a aceitação da concessão parcial do direito de superfície, ao determinar que o superficiário arcará, proporcionalmente, com os encargos e tributos incidentes sobre a área objeto da concessão do direito de superfície.

Contudo, a leitura solitária do artigo 1.371 do Código Civil, traz a responsabilidade do concessionário em responder pelos encargos e tributos de todo o imóvel, independente da parcela que ocupa no mesmo. Neste diapasão, observa-se que a regra disposta nesse dispositivo deve ser ponderada, pois o entendimento isolado do mesmo resulta em enriquecimento ilícito do proprietário do imóvel²³, ao serem devidos os encargos e tributos correspondente a totalidade do solo, e não o correspondente ao limite da concessão dada ao concessionário.

²³ NETO, Inácio de Carvalho; FUGIE, Érika Harumi. *Novo Código Civil comparado e comentado: posse e direitos reais*. Vol. 5, Editora Juruá. 2003. p. 149

Não obstante, a concessão de direito de superfície sobre parte ideal de imóvel é possível desde que seja sobre parte devidamente identificada e delimitada do imóvel, de forma a respeitar o princípio registrário da especialidade. Princípio esse também conhecido como princípio da determinação, que determina com precisão o bem objeto do direito real registrável, impondo uma exata descrição do imóvel e a determinação precisa do seu conteúdo²⁴.

5.2. Subsolo e espaço aéreo

No Estatuto da Cidade, no artigo 21, parágrafo 1º, o direito de superfície abrange a utilização do solo, do subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno:

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.

Em contraposição ao Estatuto da Cidade, o artigo 1.369, parágrafo único, do Código Civil, aplica como regra a desautorização de obra no subsolo do imóvel objeto do direito em tela, exceto se inerente ao objeto da concessão.

Como exemplos de utilização do subsolo que é admitida, excepcionalmente, pelo Código Civil, são: construção de edifício que tenha pavimentos no subsolo destinados a estacionamento, passagens de cabos e tubulações ligados à obra externa, instalação de alicerces.

Na visão de Washignton de Barros Monteiro, “*tratando de direito de superfície, sua utilização será apenas do solo do imóvel, nos termos das cláusulas contratuais, assim se interpretado no silêncio das partes. A utilização do subsolo somente será possível se pertinente ao objeto da concessão, isto é, a ela inerente. Todavia, para que dúvidas não parem no decorrer do contrato, é aconselhável que as partes definam previamente a possibilidade ou a proibição do uso do subsolo*”.²⁵

²⁴ FILHO, Nicolau Balbino. *Direito Imobiliário Registral*. Editora Saraiva. 2001. p. 180

²⁵ MONTEIRO, Washignton de Barros. *ob. cit.*, p. 253

Diverso do julgamento de Washignton Monteiro, Francisco Eduardo Loureiro afirma que *“nada impede, além disso, havendo nexo entra as duas obras, a constituição de direitos de superfície simultaneamente a dois superficiários diferentes, um com as construções sobre o solo e outro com as construções no subsolo”*²⁶.

Ponderando o parágrafo 1º, do artigo 21, da Lei 10.257, e o parágrafo único, do artigo 1.369, do Código Civil, nota-se que o primeiro diploma legal trata a utilização do subsolo e espaço aéreo como intrínsecos ao direito de superfície, compreendendo que sejam realizadas obras e as plantações. Ao passo que, o segundo diploma legal trata apenas em caso de configurar dependência do que está abaixo da construção ou plantação, ser realmente essencial para a existência do direito de superfície.

5.3. Direito de construir sobre edifício alheio: sobrelevação

Trata-se de um direito não contemplado no Estatuto da Cidade, tão pouco no Código Civil de 2002. Porém, diferente do que ocorre no Código Civil de Portugal, consta expressamente o direito de sobrelevação no artigo 1.526:

Artigo 1526º (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 1421º.

A sobrelevação é a concessão, pelo superficiário, do direito de superfície a terceiro, da parte superior da construção, para que o terceiro possa construir nesse espaço. Para Margarida Costa Andrade, *“o imóvel permanece sob o domínio de seu titular original e cria-se uma unidade superficiária independente sobre a edificação original”*²⁷.

No título original que concede o direito de superfície, deve haver previsão da nova construção ou anuência do concedente, evitando assim, mudança de destinação de destinação da construção. Ainda, extinguindo-se o direito de superfície, a sobrelevação se extingue juntamente.

²⁶ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *ob. cit.*, p. 1.425.

²⁷ ANDRADE, Margarida Costa. Observações ao regime jurídico do direito de superfície: e dúvidas que daí resultaram. In: *Revista de Direito Imobiliário*, v. 34, n. 71, p. 105-106

Exemplo dessa modalidade são as construções nas favelas, nas quais o ocupante de um “barraco” cede a laje para que outro construa sobre ela, e assim sucessivamente. Nessa situação, cada ocupante se torna proprietário da sua edificação.

Não há que se falar em caracterização de condomínio na sobrelevação, ao passo que o superficiário não possui um percentual da propriedade do solo, mas apenas a utilização do mesmo. Entretanto, devido a comunhão de uso do solo, observar-se que existe algumas relações características de condomínio, pois as edificações superpostas estão sobre terreno que é comum aos superficiários, gerando necessidade de estipulação de disciplina de convívio.

Por fim, se a legislação não contempla a modalidade, também não a proíbe, abrindo possibilidade para sua implementação. Há consenso de que é cabível a existência de vários superficiários no solo de um único proprietário ou, de um só superficiário ocupando terrenos de vários proprietários. Ainda, é cabível a existência de vários superficiários em uma só construção, onde existirá uma relação própria de condomínio.

5.4. Direito de superfície sobre imóvel edificado

Nesse ponto nos deparamos como uma controvérsia no sentido de, ser ou não possível a aplicação do Direito de superfície em imóvel que possua edificação, ou plantação preexistente ao contrato de concessão, no qual seu objeto seria de preservar o que já existe no imóvel.

O Código Civil português, no artigo 1.524, prevê que o direito de superfície consiste em construir ou manter uma obra, ou, fazer ou manter plantações, em terreno alheio. Não permitindo assim o surgimento de qualquer dúvida no sentido de não aplicação do direito em epígrafe em imóvel edificado.

Contudo, no direito brasileiro, o Código Civil, em seu artigo 1.369, limita a concessão ao direito de construir ou de plantar no terreno do concedente, porém não menciona em manter o que já existe no imóvel. Para o Código Civil o objeto da concessão sofre redução, limitado apenas a coisas a serem realizadas.

Por sua vez, o Estatuto da Cidade, artigo 21, afirma que “o proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno”. Conferindo, com clareza, a autorização a concessão de o direito de superfície, compreendendo a construção ou

plantação realizadas no imóvel, onde o objeto da concessão poderá consistir em algo a ser feito ou que esteja já pronto, abrangendo tudo o que se incorpora e está incorporado ao solo e as construções e plantações.

Isso quer dizer, que, vislumbramos duas situações prováveis para o contrato de concessão: uma para construir e plantar, e outra para conservar a construção e a plantação existentes, utilizando e investindo no imóvel.

Aplicando uma interpretação literal da legislação brasileira, temos que apenas o terreno pode ser objeto do direito de superfície. Porém, ao analisarmos o ordenamento como um todo, atentando para o objeto do direito de superfície, a advogada Estela Camargo considera que “*se possa admitir também a sua constituição em relação a imóveis que já tenham construção, caracterizando-se o Direito de superfície por cisão, com o propósito de concluir, reformar ou ampliar a edificação existente*”²⁸.

Nesse mesmo sentido, segue entendimento do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em seu Enunciado 93, aprovado na Jornada de Direito Civil: “*Enunciado 250 – Art. 1.369: Admite-se a constituição de direito de superfície por cisão*”.

Atualmente, podemos mencionar alguns exemplos no qual há aplicação do direito de superfície por cisão, como: shopping centers e estádios de futebol. Em especial, a concessão de superfície na construção do estádio de futebol denominado Allianz Parque, situado na cidade de São Paulo, em que a construtora responsável pelas edificações recebe do proprietário do clube, a área do estádio e do edifício garagem em regime de superfície (frações ideais especificadas e delimitadas na matrícula do imóvel), aliena em garantia fiduciária a superfície para captar recursos junto ao BNDES e fica com o direito de explorar o uso da construção por período longo.

Neste diapasão, concluímos que a aplicação do Direito de superfície para terrenos que possuam construções passíveis de modernização e melhoramentos significativos, torna-se como um importante instrumento de assegurar a utilização adequada e eficaz dos imóveis, permitindo o cumprimento da função social da propriedade.

²⁸ CAMARGO, Estela Lemos Monteiro Soares. *Estudos avançados de direito imobiliário*. In: AMORIM, José Roberto Neves; FILHO, Rubens Carmo Elias (Coords.). 1ª ed. Eitora Elsevier. Rio de Janeiro. 2014, p. 69

CAPITULO 6 - A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E O DIREITO DE SUPERFÍCIE

O Estatuto da Cidade, denominação conferida a Lei 10.257/2001, pelo parágrafo único do seu artigo 1º, estabelece as diretrizes gerais da política urbana, seguindo fundamentos constitucionais, que tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos.

A mencionada lei, que integra relevantemente o direito urbanístico, contém importantes instrumentos urbanísticos como o plano diretor, o direito de superfície, entre outros. Esse diploma legal está profundamente penetrado pela função social da propriedade, sendo fundamental a consideração desse princípio para a efetividade da implementação dele, extraindo, urbanisticamente, os inúmeros proveitos do direito de superfície.

Com a instituição do direito de superfície, observa-se a subdivisão do direito de propriedade em duas partes. O concedente deixa de ser proprietário pleno do imóvel, passando à condição de proprietário do solo, e o superficiário assume a condição de proprietário da superfície, onde irá construir ou plantar.

Essa bipartição da propriedade tem como objetivo fundamental possibilitar e facilitar uma destinação útil aos imóveis, mediante a realização de construção ou plantação por terceiro, revelando-se como um instrumento efetivo de materialização prática do princípio da função social da propriedade, previsto nos artigos 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III, ambos da Constituição Federal.

A Constituição Federal, nos incisos II e III do seu artigo 170, reafirmou a instituição da propriedade privada e sua função social como princípios de ordem econômica. Ademais, inscreveu o princípio da função social da propriedade, com conteúdo definido em relação às propriedades urbana e rural, com sanções para o caso de não ser observado (artigos 182, 184 e 186).

Desta feita, Ricardo Lira afirma que é necessário ter consciência de que a edificação e a utilização do solo urbano com qualquer finalidade, deve considerar a configuração e a magnitude de uma cidade, não podem ser realizações privadas fruto apenas da conveniência do dono do lote ou da gleba urbana. Ainda, no mesmo sentido, afirma que *“deixar o acontecimento de fato urbanístico de tanta relevância ao nuto da deliberação livre*

*dos donos do solo urbano, apenas com o exercício condicionado por uma licença, não conduz a nenhum urbanismo positivo, mas leva, isso sim, à viabilização do caos, à anarquia, à face terrível que exibem, contemporaneamente as grandes cidades, as megacidades, as metrópoles e as megalópoles*²⁹.

Para o ilustre Caio Mário da Silva Pereira, “ao cogitar da propriedade urbana, a Constituição de 1988 (art. 182) traça a política de desenvolvimento urbano com o fito de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes. Entende que a propriedade urbana cumpre sua quando atende às exigências fundamentais de ordenação da sociedade expressas no plano diretor”³⁰.

Em 1988, o texto constitucional tratou a propriedade como um direito fundamental do indivíduo, contudo não é um direito absoluto, pois o proprietário deve propiciar uma função social à propriedade.

O artigo 182, §2º da Constituição Federal, prevê, com relação a função social da propriedade urbana: “A propriedade urbana cumpre a função social quando obedece às diretrizes fundamentais de ordenação da cidade fixadas no plano diretor”. Neste diapasão, referido artigo realça que a propriedade urbana cumpre sua função social, quando atende as exigências de ordenação das cidades previstas no plano diretor, onde o mesmo estabelecerá quais áreas são residências, comerciais e industriais; quais são as zonas de tombamento e etc. No mesmo sentido, reiterasse no artigo 39, da lei 10.257/01:

Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2o desta Lei.

Desta feita, Ricardo Lira afirma que precisa ter consciência de que a edificação, a utilização do solo urbano com qualquer finalidade, enfim, a configuração e a magnitude de uma cidade, não podem ser realizações privadas, ocoríveis ao sabor da conveniência do dono do lote ou da gleba urbana. Ainda, no mesmo sentido, afirma que “Deixar o acontecimento de fato urbanístico de tanta relevância ao nuto da deliberação livre dos donos

²⁹ LIRA, Ricardo Pereira. *Artigo Direito Urbanístico, Estatuto da Cidade e Regularização Fundiária*. Vol.01. Revista de Direito da Cidade. 2006. p. 261-276.

³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – Direitos Reais*. Vol. IV. 19ª ed. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2007. p. 110

*do solo urbano, apenas com o exercício condicionado por uma licença, não conduz a nenhum urbanismo positivo, mas leva, isso sim, à viabilização do caos, à anarquia, à face terrível que exibem, contemporaneamente as grandes cidades, as megacidades, as metrópoles e as megalópoles*³¹.

A propriedade urbana cumpre sua função social ao satisfazer as necessidades dos cidadãos, no tocante, à justiça social, à qualidade de vida, ao desenvolvimento econômico, à compatibilidade do uso da propriedade com sua destinação, equipamentos e serviços públicos disponíveis, com a preservação do ambiente urbano e natural, bem estar e a saúde de seus usuários e vizinhos.

O direito de propriedade tem caráter absoluto, exclusivo e perpétuo, a teor do que preconiza o artigo 1.228, e seus parágrafos, do Código Civil de 2002, mas o seu exercício deve ser baseado em finalidades econômicas e sociais, conjugando os interesses do proprietário, da sociedade e do Estado, afastando o individualismo e o uso abusivo do domínio. Deve-se objetivar o patrimônio histórico e artístico, a preservação ambiental, e atendendo ao desenvolvimento econômico e as reclamações da justiça social.

A regulação dos §§ 1º e 2º, do mencionado artigo, traz a limitação do direito de propriedade com o escopo de coibir abusos e impedir que seja exercido, acarretando prejuízo ao bem-estar social, defendendo os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

Para a ilustre Maria Helena Diniz, “o atendimento ao princípio da função social da propriedade requer não só que seu uso seja efetivamente compatível com a destinação socioeconômica do bem, por exemplo, se este for imóvel rural, nele dever-se-á exercer atividade agrícola, pecuária, agropecuária, agroindustrial ou extrativa, mas também que seu utilização respeite o meio ambiente, as relações de trabalho, o bem-estar social e a utilidade de exploração. Deverá haver, portanto, o uso efetivo e socialmente adequado da coisa”³².

O direito real objeto do presente estudo, foi admitido pelo nosso ordenamento diante das vantagens que oferece, por ser um instituto capaz de amenizar a crise habitacional que devasta o país, possibilitando um melhor aproveitamento do solo, principalmente das terras não cultivadas ou edificadas.

³¹ LIRA, Ricardo Pereira. *Artigo Direito Urbanístico, Estatuto da Cidade e Regularização Fundiária*. Revista de Direito da Cidade. 2006. vol.01, p. 261-276.

³² DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 13ª edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2007.p. 832

Para o professor Ricardo Lira “o instituto da superfície, da forma como prevista pelo Estatuto da Cidade, resolveria o problema da utilização do solo, no caso de o proprietário do imóvel não dispuser de recursos financeiros para implementar uma construção, obtendo-se resultado urbanístico pela concessão do direito de superfície do terreno a um terceiro, que se interesse pela construção naquele local, permanecendo com a propriedade da edificação durante o prazo assinado no contrato superficiário, findo o qual a propriedade construída retornaria ao patrimônio do concedente, com ou sem indenização, dependendo de estipulação em contrato escrito”³³.

Em conclusão, o instituto objeto do presente estudo, quando for bem compreendido, poderá ser convenientemente aplicado e, desse modo, tornar-se instrumento de grande utilidade para melhor aproveitamento e exploração da terra, tanto do espaço urbano, para suprir a carência de habitações, como das áreas rurais, incentivando maior aplicação de recursos pelas garantias que passa a oferecer.

³³ LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997, p.155.

CAPÍTULO 7 - DIREITO REAL DE SUPERFÍCIE NO CÓDIGO CIVIL E ESTATUTO DA CIDADE (LEI 10.257, DE 2001)

O direito de superfície está disciplinado na Lei nº 10.257, de 10/07/2001 (Estatuto da Cidade), em seus artigos 21 a 24, e também foi introduzido, cuidadosamente, no Código Civil de 2002, artigos 1.369 a 1.377.

De acordo com o artigo 1.369, o qual institui o direito em tela, prevê que o proprietário pode conceder, a outrem, o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, devendo estipular um prazo. A concessão deverá se efetivar mediante escritura pública, devidamente registrada no cartório de registro de imóveis.

O artigo 21 da Lei nº 10.257 traz previsão similar ao artigo 1.369 do Código Civil, porém diverge unicamente quanto ao prazo da concessão, trazendo a possibilidade de ser por prazo indeterminado. Porém, a possibilidade do prazo indeterminado é inadequada, pois o referido instituto não disciplina um prazo razoável para a rescisão.

Dos artigos indicados acima, extrai-se a observância do elemento essencial e tradicional dos direitos reais, que é a constituição mediante escritura pública, com o devido registro no cartório de registro de imóveis competente.

A obra no subsolo, a luz §1º do mencionado artigo do Código Civil, é autorizada, tão-somente se inerente ao objeto da concessão. Ao passo que, o §1º do artigo 21 do Estatuto da Cidade estende o direito ao subsolo e espaço aéreo: “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”. Em qualquer situação, contudo, deve ser avaliado se a utilização do subsolo é essencial ao direito de superfície que foi constituído. As fundações para a edificação devem ser consideradas necessárias para o exercício do direito, bem como deve ser admitido, se pactuada entre as partes, a construção de garagens ou pavimentos no subsolo.

Conforme o exposto no artigo 1.370, e no artigo 21, §2º da Lei nº 10.257, é possível a transmissão a título gratuito ou oneroso, hipótese esta em que as partes estipularão se o pagamento será feito de uma só vez ou parceladamente. No ato constitutivo será definida a modalidade de pagamento, admitindo parcelamento, o valor e número de prestações, inadimplência e necessidade da prévia constituição em mora.

Pelo artigo 1.371 o superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel. Igual previsão está no §3º do artigo 21 da Lei nº 10.257, em que há responsabilidade integral do superficiário pelos encargos e tributos incidentes sobre a propriedade superficiária, bem como sobre a parte do solo de ocupação efetiva e objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição contratual em contrário.

Consagra o artigo 1.372, e seu parágrafo único, a plena transmissibilidade do direito a terceiros e por morte do superficiário, aos seus herdeiros, legítimos e testamentários, vedado estipular ao concedente, a qualquer título, o pagamento pela transferência. Regra constante também nos §§ 4º e 5º do artigo 21 do Estatuto da Cidade, os quais permitem a transmissão do direito de superfície a terceiros, nos termos previstos no contrato respectivo e, por morte do superficiário, a seus herdeiros.

Já o artigo 1.373 garante ao superficiário o direito de adquirir o domínio do imóvel no caso de venda, ao prever que tanto o superficiário quanto o proprietário, têm preferência em caso de alienação do direito de superfície ou do solo, respectivamente, a ser exercida em igualdade de condições com o terceiro interessado. Repete-se as normas no artigo 22 do Estatuto da Cidade, trazendo igual conteúdo em relação à superfície constituída por pessoa jurídica de direito público interno. Neste sentido, Arnaldo Rizzardo explica *“está aí garantido, na eventualidade de venda do imóvel ou da superfície, o direito de preferência para a aquisição, tanto a favor do superficiário, o direito de preferência para a aquisição, tanto a favor do superficiário (na venda do imóvel), como do proprietário (na venda da superfície), sempre, porém, em igualdade de condições oferecidas por terceiro interessado na aquisição”*³⁴. Para assegurar o direito de preferência, naturalmente o proprietário ou superficiário obriga-se a notificar aquele que detém a superfície ou o domínio do imóvel, para se manifestar quanto ao interesse na aquisição, em prazo de trinta dias, levando-se a seu conhecimento as condições, como preço, forma de pagamento, local, dia e hora da escritura. Estabelece-se o mencionado prazo por analogia ao artigo 504 do Código Civil, que trata do direito de preferência na venda de coisa indivisível.

No Código Civil a extinção da concessão da superfície está prevista nos artigos 1.374 a 1.376, e caberá nos seguintes casos: a) termo final do contrato de concessão; b) dar o superficiário ao terreno destinação diversa daquela para que foi concedida; c) desapropriação, estatuído que a indenização cabe ao proprietário e ao superficiário, no valor equivalente ao direito real de cada um.

³⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 7ª ed., Editora Forense. Rio de Janeiro. 2014. p. 883-884.

O Estatuto da Cidade, artigo 23 e seus parágrafos, e artigo 24, § 1º, trazem hipóteses de extinção da concessão do direito de superfície: a) pelo advento do termo; b) pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário; e, c) se este der ao terreno destinação diversa daquela para a qual for concedida. O artigo 24 prevê também que extinto o direito de superfície, procede-se a averbação no cartório de registro de imóveis.

Ainda, de acordo com o artigo 1.375 do Código Civil e artigo 24 do Estatuto da Cidade, extinto o contrato, o proprietário passará a ter a propriedade plena sobre o terreno e a construção ou plantação, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário.

Finalizando, o direito de superfície, constituído por pessoa de direito público interno, rege-se pelo Código Civil, artigo 1.377, em que não for diversamente disciplinado em lei especial. No presente artigo o legislador já indica que eventual lei que venha disciplinar o direito de superfície concedido por pessoa jurídica de direito interno se sujeitará de forma complementar, para preencher omissões.

Diante a tal discussão, alguns autores como Carlos Roberto Gonçalves, chegaram a afirmar que o Código Civil havia realmente derogado os artigos 21 a 24 do Estatuto da Cidade³⁵. Contudo, Ricardo Luiz Pereira Marques defende que “*o entendimento que tem se consolidado nos dias de hoje é que os referidos diplomas legais coexistem, de forma harmônica, cada um regulamentando o instituto sob o seu enfoque*”³⁶.

Assim, no mesmo momento que o Estatuto da Cidade regulamenta o direito de superfície como instrumento de política urbana, a ser adotado pelos entes públicos, que regula a disciplina urbanística promovendo a função social da cidade, tornando-a sustentável e assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos, o Código Civil de 2002 regula o mesmo instituto no âmbito das demais relações, com especial enfoque aos negócios entre particulares.

Neste diapasão, o Conselho Federal de Justiça entendeu que mesmo sendo mais extenso o direito de superfície tratado pelo Estatuto da Cidade, persistem as normas deste, por isso de maior abrangência. Entendimento esse exposto no Enunciado 93 da I Jornada

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro – Direito das coisas*. 4.ed., 2009, São Paulo, Editora Saraiva, v.5, p.248.

³⁶ MARQUES, Ricardo Luiz Pereira. *Direito real de superfície*, In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 10, n.38, 2009, p. 111-138.

de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “As normas previstas no Código Civil, regulando o Direito de Superfície, não revogam as normas relativas a Direito de Superfície constantes do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), por ser instrumento de política urbana”.

O artigo 2º, §1º, da Lei de Introdução do Código Civil, dispõe que “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”. Assim, não há que se falar em derrogação das normas relativas ao direito de superfície constantes no Estatuto da Cidade com a vigência das normas inseridas no Código Civil. Trata-se de institutos com vocações diversas, destinados a regular diferentes situações jurídicas, sendo o Estatuto da Cidade uma Lei Complementar Constitucional, a qual vigora em um alcance específico, qual seja o planejamento urbano.

7.1. Quadro comparativo do direito de superfície no Estatuto da Cidade e no Código Civil.

Com o intuito de visualizar as principais diferenças e semelhanças nos dispositivos do Estatuto da Cidade e do Código Civil sobre o direito de superfície, o quadro comparativo abaixo traz, em síntese, os pontos uniformes e opostos:

QUADRO COMPARATIVO		
	Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001)	Código Civil (Lei 10.406/2002)
Imóvel	Permite em terreno urbano (artigo 21, <i>caput</i>).	Permite em terreno urbano e rural (artigo 1.369, <i>caput</i>)
Prazo	Prevê a concessão por tempo determinado ou indeterminado (artigo 21, <i>caput</i>).	Prevê a concessão apenas por tempo determinado (artigo 1.369, <i>caput</i>).
Forma	Mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis (artigo 21, <i>caput</i>).	Mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis (artigo 1.369, <i>caput</i>).
Abrangência	Direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo	Não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da

	relativo ao terreno objeto da concessão (artigo 21, §1º)	concessão (artigo 1.369, § único), não trazendo disposição acerca do espaço aéreo.
Concessão gratuita ou onerosa	Permite a concessão ser gratuita ou onerosa (artigo 21, §2º).	Permite a concessão ser gratuita ou onerosa; se onerosa, as partes poderão acordar se o pagamento será feito de uma só vez, ou parceladamente (artigo 1.370).
Tributos e encargos	Impõe ao superficiário o pagamento dos encargos e tributos incidentes sobre a obra superficiária e sobre a área objeto da concessão, proporcional à sua efetiva utilização, salvo disposição em contrário (artigo 21, §3º).	Impõe ao superficiário o pagamento dos encargos e tributos incidentes sobre a totalidade do imóvel (artigo 1.371).
Transferência a terceiros	Autoriza a transferência a terceiros, observando os termos do contrato concessão (artigo 21, §4º); e, por morte do superficiário, transmite seus direitos aos herdeiros (artigo 21, §5º).	Autoriza a transferência a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros (artigo 1.372). Parágrafo único. Não poderá ser estipulado pelo concedente, a nenhum título, qualquer pagamento pela transferência.
Pagamento pela transferência	Não prevê a vedação de estipulação pelo concedente de pagamento pela transferência do direito de superfície.	Veda estipulação pelo concedente de pagamento pela transferência do direito de superfície (artigo 1.372, § único).
Direito de preferência	Em caso de alienação do terreno, ou do direito de superfície, estipula que o superficiário e o proprietário, respectivamente, terão direito de preferência, sempre em igualdade de condições oferecidas por terceiros	Em caso de alienação do imóvel ou do direito de superfície, estipula que o superficiário ou o proprietário, terão direito de preferência, em igualdade de condições de terceiros (artigo 1.373).

	interessados na aquisição (artigo 22).	
Extinção	Prevê três hipóteses de extinção: i) advento do termo; ii) descumprimento das obrigações contratuais pelo superficiário; iii) desvio da destinação (artigo 23 e artigo 24, § 1º).	Prevê apenas a hipótese de extinção pelo desvio de destinação (artigo 1374).
Devolução do imóvel e benfeitorias	No caso de extinção da concessão, as benfeitorias também serão agregadas ao patrimônio do proprietário, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário no respectivo contrato (artigo 24, <i>caput</i>).	Sem previsão quanto as benfeitorias, extinta a concessão, o proprietário volta a ter a propriedade do terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário (artigo 1.375).
Averbação da extinção	Dispõe sobre a averbação, junto ao cartório de registro de imóveis, a extinção do direito de superfície (artigo 24, § 2º).	Não possui previsão acerca da averbação da extinção do direito de superfície.
Desapropriação	Não possui previsão acerca da extinção por consequência de desapropriação.	Em caso de extinção do direito de superfície por desapropriação, estipula a partilha da indenização, na proporção do direito real de cada uma das partes (artigo 1.376).
Hipoteca	Não possui previsão acerca da admissão da hipoteca no terreno objeto do direito de superfície.	Dispõe sobre a possibilidade de formalização de hipoteca sobre a propriedade superficiária (artigo 1.473, inciso X).
Aplicação legislação especial	Não possui previsão acerca da aplicação de legislação especial	O direito de superfície concedido por pessoa jurídica de direito público interno se sujeitará a lei

		especial, de forma a complementar no sentido de preencher omissões (artigo 1.377).
Instrumento de:	Regulamenta o direito de superfície como instrumento de política urbana, a ser adotado pelos entes públicos, regula a disciplina urbanística que deseja promover a função social da cidade	Regula o direito de superfície no âmbito das demais relações, com especial enfoque aos negócios entre particulares.

CAPÍTULO 8 - DIREITO DE SUPERFÍCIE E SUA CONFRONTAÇÃO COM OUTROS DIREITOS REAIS SOBRE COISA ALHEIA

8.1. Direito de superfície e o instituto do arrendamento

O arrendamento pode ser considerado um instituto similar ao direito de superfície, pois em ambos, mediante pagamento de um valor, uma pessoa dona de bens imóveis, assegura a outrem o uso e gozo desses bens.

A ilustre professora Maria Helena Diniz conceitua o arrendamento rural como “*Se houver retribuição ao pagamento de aluguel ter-se-á arrendamento rural, que é o contrato agrário pelo qual uma pessoa cede a outra, por prazo determinado ou não, o uso e gozo de imóvel rural, no todo ou em parte incluindo ou não outros bens, benfeitorias ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa ou mista, mediante certa retribuição ou aluguel, observados os limites percentuais do Estatuto da Terra*”³⁷.

Salienta José Guilherme Braga Teixeira que “*assimilação de superfície ao arrendamento mais se caracteriza nos casos em que, na conformidade com a legislação de alguns países, o senhor do solo constitua em favor de terceiro direito de superfície sobre construções e plantações preexistentes, eu lhe pertenciam, havendo, então, cessão do uso do solo e do edifício ou plantação ao terceiro*”³⁸.

Confrontando o instituto da superfície com o instituto do arrendamento, pode-se partir do caráter real daquela com o obrigacional deste, pois o superficiário torna-se proprietário da construção ou plantação pagando ou não de uma renda ao *dominus soli*. Já no arrendamento, o pagamento de uma renda periódica é característica do instituto, sendo que, o arrendatário jamais se tornará o proprietário.

Aponta-se dessa forma, a existência de natureza jurídica distintas, uma vez que a superfície é direito real, que dá ao superficiário a propriedade da plantação ou construção realizada, por outro lado a natureza do arrendamento é apenas obrigacional, sendo que o arrendatário jamais poderá se tornar dono da coisa arrendada.

³⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. Vol. 3, 30ª ed. Editora Saraiva. São Paulo. 2014. p. 502

³⁸ TEIXEIRA, Guilherme Braga. *ob. cit.*, p. 61

8.2. Direito de superfície e o instituto da enfiteuse.

A enfiteuse encontrava-se regulada no revogado Código Civil de 1916, contudo o novo Código Civil de 2002, em seu artigo 2.038, veda a possibilidade de formação de novas enfiteuses, disciplinando apenas as já existentes, até sua extinção, às disposições do antigo Código Civil de 1916.

Reza o artigo 2.038: *“Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, e leis posteriores”*.

A enfiteuse, definida por Orlando Gomes, é *“direito real limitado que confere a alguém, perpetuamente, os poderes inerentes ao domínio, com a obrigação de pagar ao dono da coisa uma renda anual”*³⁹.

Confrontando o instituto da superfície com o da enfiteuse, apesar de muita semelhança, os dois não se confundem. A utilização do objeto na enfiteuse é ilimitado, ao passo que na superfície deve ser utilizado apenas o solo, ficando vedada a utilização do subsolo, salve se inerente ao objeto da concessão, ou seja, o enfiteuta tem direito ao imóvel na sua integralidade (solo, subsolo e espaço aéreo), enquanto na superfície o concessionário só pode utilizar a superfície, remanescendo o solo, subsolo e espaço aéreo com o proprietário do terreno.

A essência da distinção entre os institutos se baseia na remuneração, no pagamento do valor. Na enfiteuse é exigido o pagamento do foro, sob pena de comisso (multa) e, conseqüente, extinção da mesma, enquanto que no direito de superfície o pagamento é opcional. Ocorre ainda, que no instituto da enfiteuse o proprietário, por ato entre vivos ou ainda de última vontade, atribui a outrem o domínio útil do imóvel, mediante o pagamento ao senhorio direto de uma pensão, ou foro, anual, certo e invariável.

Outra diferença relevante entre os dois institutos é a perpetuidade, pois na enfiteuse o prazo perpétuo é uma das suas características, ao passo que no direito de superfície o prazo é determinado ou indeterminado, porém nunca perpétuo.

Ressalte-se ainda que o enfiteuta não pode alienar, sem prévio aviso ao senhorio

³⁹ GOMES, Orlando. *ob. cit.*, p.299

direto, para que este exerça o direito de opção, competindo ao foreiro, direito de preferência, em se tratando de alienação.

Ademais, não se confere ao foreiro a propriedade dos bens enfitêuticos, tendo ele, entretanto, o direito de resgate que não se observa na superfície. Pode-se dizer que a enfiteuse costuma ser utilizada para fins agrícolas e cultivo de terra, enquanto a superfície se presta a construções de edifícios.

Ainda, tratando-se da possibilidade transferência do domínio útil, o senhorio direto, terá direito de receber do alienante o laudêmio, de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o preço da alienação. O superficiário, por sua vez, em princípio, pode alienar seu direito independentemente de consulta ao concedente. Visto isso, apontam-se características de grande peso entre os dois institutos.

Nesta toada, reza o entendimento de Maria Helena Diniz, com relação à supremacia da superfície em face ao instituto da enfiteuse: *"a superfície foi contemplada em lugar da enfiteuse, substituindo-a vantajosamente, por sua grande utilidade econômica 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."*⁴⁰

8.3. Direito de superfície e instituto do usufruto.

Para Carlos Roberto Gonçalves *"usufruto é direito de usar uma coisa pertencente a outrem e de perceber-lhe os frutos, ressalva sua substância. O usufruto é o direito real de retirar da coisa alheia durante um certo período de tempo, mais ou menos longo, as utilidades e proveitos que ela encerra, sem alterar-lhe"*⁴¹.

Em relação ao usufruto há por sua vez, evidente distinção com o direito de superfície. O usufruto é constituído *intuitu personae*, sendo intransmissível, seja entre vivos ou por causa morte. Diferentemente ocorre no direito de superfície, no qual o direito é transferível por ato de alienação ou por morte. Outra diferença está em que o usufrutuário é obrigado a respeitar a substância da coisa cedida ao usufruto, cabendo-lhe apenas o gozo dos frutos, sendo-lhe vedado fazer construções ou plantações. Já no direito de superfície, o superficiário utiliza a superfície como lhe convier, respeitando apenas o objeto da concessão.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. p.54

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto, *ob. cit.*, p. 476 – 477.

Sempre temporário e extinguindo-se com a morte do usufrutuário, o usufruto traz como condição obrigacional deste o respeito à substância da coisa, este por sua vez é inalienável, só podendo beneficiar o seu titular.

Por fim, o usufruto pode ter por objeto tanto coisa móvel como imóvel, ao passo que o objeto da superfície somente poderá ser bem imóvel.

8.4. Direito de superfície e o instituto da servidão.

A servidão encontra-se regulada no artigo 1.378 do Código Civil 2002: “A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis”.

Lafayette Rodrigues Pereira conceitua a servidão como “direito real constituído em favor de um prédio (o dominante) sobre outro prédio pertencente a dono diverso (o serviente). Esse direito do senhor do prédio dominante consiste na faculdade de fazer no prédio o que lhe fora permitido se não existisse a servidão (*jus faciendi*), ou de proibir que o dono do dito prédio exerça nele atos que, a não existir a servidão, pudera livremente praticar (*jus prohibendi*)”⁴².

Confrontando à servidão, vislumbra-se que a mais clara distinção repousa no fato desta pressupor a existência de dois prédios distintos e pertencentes a donos diferentes, enquanto que no direito de superfície pode haver um único prédio.

Outra distinção instituto em estudo baseia-se em a servidão não ser passível de alienação, ou seja, esta é inalienável, não podendo ser transferida total ou parcialmente, cedida ou gravada com uma nova servidão. Ainda que o prédio dominante ou serviente seja alienado, a servidão segue o prédio em favor do qual foi estabelecido.

Posto isso, conforme analisado acima, o direito real de superfície não pode nem deve ser confundido com os demais institutos, visto que esse assume características distintas e peculiares dos demais.

⁴² PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. Vol. I. Livraria Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 1956, p. 369

8.5. Direito de superfície e *Built To Suit*.

Em virtude do instituto da locação não representar, de forma perfeita, a contratação *built to suit*, e pelos riscos existentes, muitas vezes busca-se estruturar o contrato de forma diversa, recorrendo-se a outros institutos jurídicos, tais como a concessão de direito de superfície.

A concessão do direito de superfície se adéqua às contratações *built to suit*, com a finalidade de dar melhor segurança à relação jurídica, conforme alguns aspectos apontados a seguir:

(i) Remuneração: a lei autoriza que a concessão do direito de superfície seja de natureza gratuita ou onerosa. Neste último caso, deverá ser estabelecido se a remuneração será feita de uma só vez ou parceladamente. Desta forma, o instituto do direito de superfície não tem restrição de pagamento antecipado de aluguel, como é previsto na Lei do Inquilinato, e também não existe qualquer restrição específica quanto à periodicidade do pagamento, ou índice de correção.

(ii) Cessão do contrato: o Código Civil, em seu artigo 1.372 prevê que o direito de superfície pode ser transferido a terceiros, pelo superficiário. Este direito consagrado à empresa ocupante do imóvel nem sempre é interessante à proprietária, pois em uma operação *built to suit*, tem especial relevância a pessoa do superficiário, que é analisado em virtude de sua solidez e capacidade de pagamento, tanto pela empresa contratada (proprietária do imóvel), quanto por terceiros, no caso de cessão de créditos (securitização ou outra).

Assim, a questão reside na validade de cláusula que vede a cessão do contrato, pelo superficiário. Considerando que o parágrafo único do mesmo artigo 1.372 estabelece que “*não poderá ser estipulado pelo concedente, a nenhum título, qualquer pagamento ou transferência*”, certamente haverá quem defenda que o direito de cessão do superficiário não pode ser suprimido.

Levando-se em conta as características que são peculiares nas contratações na forma *built to suit*, pode ser defendido posicionamento no sentido de que a cessão não possa ser livremente praticada, pois o negócio foi desenvolvido em caráter *intuito personae*, após análise das características do superficiário.

(iii) Alienação do imóvel: a proprietária pode ceder a terceiros tanto os créditos decorrentes

da concessão onerosa, quanto alienar o próprio imóvel, mesmo em curso da concessão da superfície.

Neste caso, deve ser observado o direito de preferência do superficiário, em igualdade de condições com terceiros. A lei não detalha a forma de exercício do direito de preferência, o que recomenda, por cautela, a aplicação analógica da Lei do Inquilinato, notificando-se o superficiário, com trinta dias de antecedência, apresentado das condições do negócio.

CAPÍTULO 9 – FORMAS DE CONSTITUIÇÃO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

9.1. Contrato de Concessão

Por constituir direito real, as normas que regem o direito de superfície, através dos artigos 1.369 do Código Civil e artigo 21 do Estatuto da Cidade, determinam que o mesmo se constitua por intermédio de escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

Em se tratando de negócio jurídico que envolve bem imóvel, não poderia realmente ser dispensada a escritura pública, solenidade essa necessária a validade do ato, nos termos dos artigos 108 e 205 do Código Civil:

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.

Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.

Defende Carlos Roberto Gonçalves que, “no direito brasileiro, o contrato por si só, não basta para a transferência do domínio. Por ele criam-se apenas obrigações e direitos (artigo 481 do Código Civil). O domínio porém, só se adquire pela tradição, se for coisa móvel (artigo 1.226 do Código Civil), e pelo registro do título, se for imóvel (artigo 1.227 do Código Civil)”⁴³.

Neste diapasão, enquanto o contrato que institui o direito de superfície não estiver devidamente registrado no Cartório de Registro de Imóveis, existirá entre as partes apenas um vínculo obrigacional, pois, o direito real com todas suas características, somente surgirá após o registro.

9.2. Sucessão testamentária

O direito hereditário é modo aquisitivo e transmissível da propriedade e dos direitos

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto, *ob. cit.*, p. 446

reais sobre imóveis. A transmissão *causa mortis* pode ser legítima ou testamentária, caso no qual a transferência do direito real se dá no momento da morte, tendo o registro efeito meramente regularizador, para preservar a continuidade e possibilitar nova alienação.

O artigo 1.372 do Código Civil, consagra a plena transmissibilidade do direito de superfície:

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

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

Regra esta que também está presente no artigo 21, §4º e §5º do Estatuto da Cidade:

Art. 21.

§ 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.

O direito de superfície pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros, não sendo passível a vedação de tal transmissibilidade por cláusula contratual. Para Francisco Eduardo Loureiro “*considera não escrita a cláusula de inalienabilidade do direito de superfície, ainda que imposta em doação ou testamento*”⁴⁴.

O parágrafo único do artigo 1.372 do Código Civil prevê, expressamente, a vedação ao proprietário ou concedente, a qualquer título, cobrança de pagamento pela transferência do referido direito.

No que tange à disposição testamentária, afirma Frederico Bittencourt “*perfeitamente legítima é a disposição feita em testamento, pelo superficiário, que atribua a um legatário, ou seja, um seu sucessor a título singular, o direito real de superfície do qual era titular o testados*”⁴⁵.

⁴⁴ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *ob. cit.*, p. 1.427

⁴⁵ BITTENCOURT, Frederico. *Direito Real de Superfície*. Revista Forense, nº 272. Rio de Janeiro. p.408.

9.3. Registro e averbação de título

O direito real somente se constitui quando o título aquisitivo é registrado no Cartório de Registro de Imóveis competente. Por conseguinte, somente após o registro, o título estará constituído com eficácia de direito real.

Carlos Roberto Gonçalves conceitua que “*embora a superfície seja direito diverso do de propriedade, o registro deverá ser feito, em qualquer hipótese, na própria matrícula do imóvel, não sendo caso de matrícula autônoma, uma vez que os direitos são exercidos sobre um só imóvel*”⁴⁶.

O Código Civil não dispõe a forma como deverá ser procedido o registro. Contudo, a lei de registros públicos (Lei 6.015 de 31/12/1973), no artigo 167, inciso I, nº 39, prevê o registro da constituição do direito de superfície de imóvel urbano, e para o mesmo tipo de bem, nesse artigo, inciso II, nº 20, estabelece a averbação de sua extinção.

Por fim, o Estatuto da Cidade, em seu artigo 24, §2, determina que extinto o direito de superfície, procede-se a averbação no Cartório de Registro de Imóveis. Portanto, se a propriedade superficiária deve ser celebrada mediante escritura pública, obrigatoriamente levada ao cartório de registro imobiliário, por óbvio sua desconstituição exige idêntico procedimento.

9.4. Usucapião

No tocante à aquisição da propriedade superficiária por usucapião, nos deparamos com uma matéria de diversos posicionamentos doutrinários. Porém, embora diversos posicionamentos, a opinião dominante é pela impossibilidade de usucapir.

Orlando Gomes entende que não é possível a usucapião sobre a concessão do direito de superfície *ad aedificandum*, ou para plantação, porque, nesse caso há apenas o direito que não é passível de posse por terceiro⁴⁷.

Nesse mesmo sentido, afirma Ricardo Pereira Lira que “*quanto ao direito de superfície, enquanto concessão para construir ou plantar, não vemos, pelo menos em face do nosso ordenamento, como aceitar o usucapião ordinário, fundado em um título a non*

⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto, *ob. cit.*, p. 446

⁴⁷ GOMES, Orlando. *Direito de superfície*. Revista Jurídica, v. 17, n. 119, p. 34

*domino. Sempre faltará a posse da coisa e não se poderá conceber a passo do direito, porque o seu exercício se cumpre mediante a construção*⁴⁸.

Em nosso ordenamento, a aquisição da propriedade pode se dar por meio de usucapião extraordinário, ordinário ou especial. A usucapião ordinária é aquela prevista no artigo 1.242 do Código Civil, segundo o qual, *"adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos"*. Já a usucapião extraordinária é aquela prevista no artigo 1.238 do Código Civil, segundo o qual *"aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis"*.

Se tratando de direito de superfície, a modalidade extraordinária de usucapião é pouco plausível, já que, não havendo justo título, seria praticamente impossível diferenciar, de um lado, a posse da superfície, e de outro lado, a posse do imóvel como um todo. E justamente porque praticamente inviável tal diferenciação, não há motivo lógico para o possuidor pleitear a aquisição por usucapião apenas da superfície, quando lhe seria possível usucapir o imóvel todo.

Enfim, José Guilherme Braga Teixeira expõe opinião nesse sentido e afirma ser praticamente inviável a possibilidade de aquisição desse direito por meio de usucapião extraordinário, por duas razões: *"A primeira decorre do efeito aquisitivo da acessão, por força da qual a construção ou plantação feitas no solo ao dono deste pertencem, o que só a superfície concedida pelo dominus soli poderia impedir, mediante o efeito de suspender a incidência da regra superficies solo cedit; a segunda repousa em que o usucapiente adquiriria, no mesmo prazo, a propriedade imóvel."*⁴⁹

Pode, para Carlos Roberto Gonçalves⁵⁰, no entanto, dar-se a aquisição do aludido direito de usucapião ordinário, na hipótese, por exemplo, de sua concessão ter sido feita anteriormente a *non domino*. O jurista afirma que, neste caso, o concessionário adquire o direito de superfície contra o senhor do solo, desde que haja conservado a posse na qualidade de superficiário pelo tempo necessário, demonstrando ser portador de boa-fé. Ainda, entende que é possível configurar a usucapião quando a concessão do direito de

⁴⁸ LIRA, Ricardo César Pereira. *Elementos de direito urbanístico*. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1997, p. 70 – 71.

⁴⁹ TEIXEIRA, José Guilherme Braga. , *ob. cit.*, p. 80

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto, *ob. cit.*, p.447- 448.

construir foi feita por instrumento particular, permanecendo a edificação ou plantação na posse do adquirente pelo prazo legal; e, ainda, no caso de uma edificação, relativamente à qual se tenham operado os efeitos da acessão, em que o possuidor da edificação, com *animus domini* passe a pagar, pelo prazo suficiente à consumação da prescrição aquisitiva, um salário, que implica evidentemente o reconhecimento do domínio do trato de terra sobre o qual está a edificação, aperfeiçoando-se, assim, a aquisição pelo usucapiente, da edificação, pousada sobre o solo de outrem.

CAPÍTULO 10 – A CONSTITUIÇÃO DE GARANTIAS NA PROPRIEDADE SUPERFICIÁRIA

Como já analisado ao longo do presente estudo, a propriedade superficiária é autônoma e, por tanto, pode ser objeto de garantias reais, assegurando ao superficiário a faculdade de hipotecar ou alienar fiduciariamente o seu direito de superfície, sem que o proprietário do solo tenha qualquer responsabilidade perante o credor hipotecário ou credor fiduciário. Neste mesmo sentido, se manifestou a consultoria do Instituto de Registro Imobiliário Brasileiro – IRIB⁵¹.

10.1. Hipoteca

Dada a condição de proprietário pleno do superficiário sobre as construções e plantações, a luz do artigo 1.369 do Código Civil, é pacífica a posição doutrinária enquadrar como objeto da hipoteca a propriedade superficiária.

Em 2007, a lei 11.481, acrescentou o inciso X, no artigo 1.473 do Código Civil, admitindo a hipoteca no direito de superfície, pois, até então, referida instituição não figurava na mencionada norma.

Art. 1.473. Podem ser objeto de hipoteca:

X - a propriedade superficiária.

O Código Civil, em seu artigo 1.473, inciso X, passou a contemplar os domínios do imóvel dado em concessão, devidamente dividido em duas propriedades, a do proprietário do solo e a do superficiário. Ambas propriedades são hábeis à hipoteca, podendo seus titulares assim agravá-las.

A garantia em discussão, por estar vinculada à superfície, se extingue com a extinção da concessão do direito de superfície, dado que o ônus recai sobre a construção. Consolidada esta na propriedade do senhorio direto e agregada juridicamente ao solo, é inviável a transferência do encargo ao último concedente.

No entanto, considerando a independência entre ambas, a hipoteca do solo, sobre o imóvel objeto do domínio direto, não afeta a propriedade superficiária. Na hipótese de

⁵¹ Disponível em: <http://irib.org.br/html/noticias/noticia-detalle.php?not=2570>.

inadimplência do proprietário do solo, a execução somente poderá atingir o solo, sem onerar à construção existente.

Com o propósito de limitar a hipoteca a duração do direito de superfície, se concedido por período determinado, a lei 11.481 inseriu o parágrafo 2º, ao artigo 1.473 do Código Civil:

Art. 1.473. Podem ser objeto de hipoteca:

§ 2º Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos IX e X do caput deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado.

Não obstante, a Lei de Registros Públicos, em seu artigo 167, prevê o registro da hipoteca (inciso I) e seu cancelamento (inciso II), conferindo assim a interpretação de que não é cabível registrar o direito de superfície em matrícula autônoma, devendo qualquer ato referente à concessão da superfície ser registrado ou averbado na matrícula da propriedade do imóvel pertencente ao proprietário do mesmo.

Nessa acepção, resta claro que o superficiário foi investido, efetivamente, de um direito real de constituir em hipoteca, onde a mesma não se confunde com a propriedade do proprietário do solo.

10.2. Alienação Fiduciária

Nos termos do artigo 22, parágrafo 1º, inciso IV, da Lei nº 9.514/97, é expressamente admitida a constituição de alienação fiduciária em garantia sobre o direito de superfície. O mencionado artigo 22 define alienação fiduciária como um negócio jurídico, pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel. O parágrafo 1º estabelece que a alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no Sistema de Financiamento Imobiliário, podendo ter como objeto, além da propriedade plena: i) bens enfiteúticos (hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário); ii) o direito de uso especial para fins de moradia; iii) o direito real de uso, desde que suscetível de alienação; iv) a propriedade superficiária. Ainda, o parágrafo 2º do mencionado artigo, dispõe que os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos III e IV, do parágrafo 1º, ficam limitados à duração da concessão ou do direito de superfície, caso tenham sido transferidos por prazo determinado.

O artigo 23, da mencionada lei, prevê que se constitui a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro no competente Registro de Imóveis. Com a constituição ocorre o desdobramento da posse, passando o fiduciante ser o possuidor direto da e o fiduciário ser possuidor indireto da superfície.

Isto posto, a propriedade superficiária, por força da Lei 9.514/1997, é passível de alienação fiduciária, estando o negócio jurídico restrito às edificações (mas não às plantações, pois a natureza dessas não se ajustam ao instituto), podendo o proprietário superficiário, na qualidade de devedor, transferir ao credor a propriedade da superfície. Com a transferência da propriedade superficiária ao credor, duas propriedades resolúveis surgirão: uma decorrente do próprio direito de superfície com relação a sua concessão e consolidação ao proprietário, e a outra da alienação fiduciária quando com a satisfação plena do débito, em que o imóvel dado em garantia retorna ao superficiário. Portanto, deve haver coincidência temporal em ambos direitos de superfície e de alienação fiduciária, para que a garantia que sobre a superfície se constituir, não extrapole o prazo de vigência da concessão.

Nessa perspectiva, expressa-se Melhim Namem Chalub: *“O direito de superfície, com se sabe, excepciona o princípio da acessão e implica a bifurcação do domínio, importando na criação de uma propriedade sobre o solo e outra propriedade sobre a construção ou plantação; cada uma dessas propriedades tem identidade própria e é dotada de autonomia; cada uma delas é incomunicável em relação aos direitos e obrigações que venham a se vincular a outra propriedade. Dadas essas características, a construção pode ser alienada fiduciariamente e o terreno permanecer livre de qualquer ônus, e vice-versa, sendo certo que a responsabilidade patrimonial do titular do solo e a do titular da propriedade superficiária são condicionadas e demarcadas pela autonomia dos seus respectivos direitos de propriedade, permanecendo segregados e incomunicáveis os direitos, inclusive creditórios, e as obrigações dos patrimônios dos quais façam parte.”*⁵²

⁵² CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário*. Editora Renovar, Rio de Janeiro-São Paulo, 2009, p.231-232

11. O CONTRATO DE CONCESSÃO DE USO DA SUPERFÍCIE

O Estatuto da Cidade e o Código Civil, preceituam que para a constituição do Direito de Superfície é necessário a elaboração de um contrato o qual deve ser devidamente registrado no competente Cartório de Registro, sob pena de não ter validade.

Deste modo, desde que as cláusulas não conflitem com o ordenamento vigente, vale-se do princípio do *pacta sunt servanda*, onde as partes são livres para estipularem as condições a serem seguidas, inclusive, renunciar a um direito previsto em lei, caso este seja renunciável e exista essa possibilidade.

As cláusulas simples do contrato, de acordo com as exigências da Lei de Registros Públicos, são aquelas que estabeleceram as variantes legais, inerentes ao contrato, tais como o prazo, termo inicial e final, o objeto a que se destina o contrato, e respectivas qualificações necessárias ao competente registro.

Analizando a alienação do direito real de superfície, esta é permitida a terceiros, não dependendo de qualquer autorização do concedente, nos termos do que determina o artigo 1372 do Código Civil.

No caso de alienação, há que se falar em direito de preempção. No caso de alienação do imóvel, terá a preferência o superficiário, em igualdade de condições com terceiros, e no caso de alienação do direito de superfície, terá preferência o proprietário, também em igualdade de condições com terceiros.

Ensina Sílvio de Salvo Venosa que “a finalidade desse direito de preempção é consolidar a propriedade em um único titular, quando possível”.⁵³

Com relação à transmissão do direito real ora estudado, uma vez o constituído, o concessionário, enquanto titular de um *jus in re aliena*, conforme analisado acima, pode aliená-lo, mas pode também transmiti-lo aos herdeiros, por sucessão legítima ou testamentária.

Visto que o direito de superfície pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos herdeiros, o contrato não pode obstar a sucessão causa *mortis*, tendo em

⁵³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Direitos Reais*. Vol. 5. 2ª ed. Editora Atlas, São Paulo. 2002. p. 396

vista a natureza do instituto.

Cabe ressaltar que, em caso de inadimplemento contratual, ou seja, na possibilidade de desvio de finalidade a que se destina a concessão, vislumbra-se uma causa de rescisão contratual. Assim, aconselha-se que seja descrito minuciosamente a destinação.

11.1. Gratuito e oneroso

Analizando a gratuidade ou onerosidade do contrato, o artigo 1.370 do Código Civil permite a transmissão nas duas formas: *“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”*. A transmissão a título gratuito ou oneroso também aparece no estatuto da Cidade, em seu artigo 21, § 2º.

O direito real de superfície pode ser de forma onerosa, se acordado entre as partes, podendo pactuar um preço fixo pela concessão, definir a forma de recebimento do pagamento, que pode ser realizado de periodicamente ou em parcelas, maneira de atualização, e as decorrências da inadimplência, com a necessidade de prévia constituição em mora. Ao valor correspondente a ser pago periodicamente, ou de uma só vez, pelo concessionário ao concedente, dá-se o nome de *solarium* ou *canon superficiário*, sendo que o não pagamento desse valor poderá causar a rescisão do contrato.

Na forma onerosa, Arnaldo Rizzardo entende que *“na falta de pagamento, é viável a resolução. Pode-se, no entanto, executar as prestações pendentes. Ingressa-se com o competente processo de execução, efetuando-se a constrição, por meio de penhora, para garantir a satisfação do crédito, nas construções e plantações erigidas no terreno. São as mesmas, após decorrido o prazo de embargos, ou julgados estes improcedentes, e depois da devida avaliação, levadas a hasta pública, para apurar-se montante necessário ao pagamento das obrigações devidas”*⁵⁴.

Por fim, a concessão do direito de superfície, tanto gratuita quando onerosa, estará sujeita a tributação, conforme melhor analisado no item 11.4 do presente capítulo. Nessa acepção, na instituição do direito de superfície, o Código Civil pretendeu dar ampla flexibilidade e liberdade às partes para regular os aspectos financeiros envolvidos no contrato, o que traz uma grande vantagem do instituto perante outros instrumentos

⁵⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *ob. cit.* p. 882-883.

existentes na legislação, como a locação, por exemplo.

11.2. As partes no contrato, seus direitos e obrigações.

Na relação jurídica real superficiária existem duas partes: o proprietário, ou concedente, que é o dono do imóvel; e, o superficiário, ou concessionário, que é titular do direito de superfície que, a partir da relação superficiária, terá poderes de construir e/ou plantar no solo alheio, ou, se já existir a acessão, de melhorar e/ou manter a edificação presente no solo.

Pelo contrato de concessão da superfície, celebrado entre o concedente e o concessionário, atribui-se a este o direito a utilizar a propriedade superficiária separadamente da propriedade do solo, que remanesce do domínio do proprietário do terreno. Sendo que o direito real de superfície, conforme já destacado no presente estudo, pode ser utilizado para as construções *ad edificandum*, ou plantações, *ad plantandum*.

Do contrato celebrado entre as partes, nascem direitos e obrigações recíprocas, ao proprietário do solo e ao superficiário. A situação é de igualdade, exercitados os respectivos domínios, de modo autônomo e sem dependência. Também, na perspectiva de suas propriedades, a ambos acompanha a responsabilidade de mantê-las.

Para o proprietário do solo, o concedente, atribui-se os direitos de: (i) utilizar a parte do imóvel a qual não constitua objeto do direito de superfície; (ii) caso o contrato seja oneroso, receber o pagamento pela cessão; (iii) exercer o direito de preferência na aquisição da superfície; (iv) proceder à resolução da superfície antes do advento do termo, se temporária, se o superficiário não edificar ou plantar no tempo acordado, ou se edificar em desacordo com o convencionado ou, ainda, se der destinação diversa daquela originariamente concedida; e, (v) constituir gravames reais sobre o solo.

Ainda, tratando-se do proprietário do solo, lhe são exigíveis as obrigações de não praticar atos que impeçam ou prejudiquem a concretização, ou o exercício do objeto do direito de superfície; e, dar preferência ao superficiário na aquisição da propriedade do solo, caso esta se faça a título oneroso.

Quanto ao superficiário do solo, o concessionário, cabem os direitos de: (i) utilizar a superfície do solo de outrem, nos termos da avença realizada; (ii) usar, gozar e dispor da construção ou da plantação superficiária como coisa sua, separa da propriedade do solo; (iii)

onerar com ônus reais a construção ou plantação, que, entretanto, se extinguirão com o termo final da concessão da propriedade superficiária; (iv) exercer o direito de preferência na aquisição do solo, caso o proprietário pretenda aliená-la a título oneroso; e, (v) reconstruir a edificação ou refazer a plantação, em caso de perecimento.

Também, são impostas ao superficiário do solo as obrigações de: (i) pagar a remuneração ajustada, no caso de a avença ter sido pactuada de forma onerosa; (ii) construir ou plantar exatamente conforme o acordado; (iii) pagar os encargos e tributos que incidirem sobre a obra superficiária e sobre o solo; (iv) conservar a obra superficiária; e, (v) dar preferência ao senhor do solo à aquisição da propriedade superficiária.

Adotamos, portando, o entendimento firmado no Enunciado n. 321 da IV Jornada de estudos sobre o Código Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, a saber: *“Enunciado 321 - Art. 1.369. Os direitos e obrigações vinculados ao terreno e, bem assim, aqueles vinculados à construção ou à plantação formam patrimônios distintos e autônomos, respondendo cada um dos seus titulares exclusivamente por suas próprias dívidas e obrigações, ressalvadas as fiscais decorrentes do imóvel”*.

11.2.1. Pessoa Jurídica de Direito Público

O direito real relativo à concessão de uso de superfície, constituído em imóvel que pertença ao patrimônio de pessoa jurídica de direito público, rege-se pelas disposições do Código Civil, em especial artigo 1.377, no que não for diversamente disciplinado por lei especial, à qual se ajusta ao Estatuto da Cidade, em seus artigos 21 a 24.

Enfatiza Caio Mário Pereira da Silva, que tal disposição supra mencionada tem como fonte o artigo 1.527 do Código Civil Português⁵⁵.

Neste diapasão, Washington Rocha de Carvalho leciona que, se *“o proprietário for pessoa jurídica de direito público interno, deverá ser respeitada a legislação específica do instituto, bem com as regras de direito administrativo, notadamente no que se refere à legislação pertinente a alienação e parcelamento do solo (6.766/79), além da realização de procedimento licitatório, se o caso, apto a proporcionar a oferta mais vantajosa ao erário público, nos termos do caput do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, ou que melhor atenda aos*

⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *ob. cit.*, p.247

*desejos da política urbana traçada pelo Plano Diretor, sendo esta, inclusive a orientação do art. 1.377 do próprio Código Civil*⁵⁶.

11.3. Prazo

Os diplomas legais que regem o direito de superfície, não preveem a concessão do direito de superfície por tempo indeterminado, não configurando assim caráter perpétuo. O Código Civil é taxativo ao exigir prazo determinado para a concessão da superfície, impondo que a superfície seja sempre a termo certo, nunca termo incerto ou condição resolutiva. Porém, o Estatuto da Cidade traz a possibilidade de instituição da superfície também por prazo indeterminado, mas não se associa com a noção de perpetuidade.

No sentido de que o Estatuto da Cidade deve regular as concessões de superfície outorgadas com instrumento de política pública, e que o Código Civil disciplina o uso do referido instituo para aplicação de negócios em geral, com atenção especial às relações privadas, deve ser obedecido a regra que estabelece a necessidade de fixação de um prazo determinado para a vigência do contrato em caso de aplicação com enfoque nos negócios entre particulares.

Para Francisco Eduardo Loureiro, *“a regra é cogente, não havendo direito de superfície perpétuo, constituindo fraude à lei a cláusula estabelecendo-o por prazo tão longo que equivalha, em seus efeitos, à perpetuidade”*⁵⁷. Ainda, o jurista afirma que para a determinação do prazo e do fim do negócio, leva-se em consideração a natureza da construção, da plantação, o montante de investimentos feitos pelo superficiário, para que o concedente tenha o retorno estimado e, para que o superficiário tenha o seu capital investido.

O Código Civil não estabelece prazo máximo de duração da superfície, diferente de ordenamentos jurídicos estrangeiros como, por exemplo, no direito inglês o prazo é 99 anos, já na Bélgica são 50 anos, Áustria é no mínimo 38 e máximo 80 anos, e na Espanha 75 anos quando instituído por pessoa de direito público e 99 anos entre particulares. Contudo, diante da ausência do limite no ordenamento brasileiro, o doutrinador José Guilherme Teixeira Braga propõe a fixação do prazo para a concessão do direito de superfície de até

⁵⁶ CARVALHO, Washington Rocha. *O direito de superfície no Código Civil e Estatuto da Cidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2005. p. 85).

⁵⁷ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *ob. cit.*, p. 1.425

50 (cinquenta) anos⁵⁸.

Portanto, com relação ao termo final do contrato, via de regra, será estipulado pelas partes caso seja contrato por prazo certo. Por outro lado, em se tratando de prazo indeterminado, não haverá termo final certo e este se regerá pelo que for acordado entre as partes. Sendo assim, é crível que o prazo estabelecido seja observado caso a caso, considerando os investimentos realizados pelo superficiário no imóvel e das condições negociadas.

11.4. Encargos ou tributos

Em se tratando de encargos e tributos, o superficiário é quem tem o direito de construir ou plantar, portanto, deverá arcar com os tributos que incidirem sobre o imóvel, conforme reza o artigo 1.371 do código Civil. Contudo, o Estatuto da Cidade, além de estipular essa responsabilidade tributária no art. 21, § 3º, determina a obrigação do superficiário em arcar *“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”*.

Em não havendo nenhuma menção no contrato referente ao valor da concessão, presume-se que esta será gratuita, visto que a onerosa deve vir descrita. Ainda assim, visto que não se deve afastar a obrigação com o pagamento dos encargos e tributos que incidirem sobre o objeto do contrato, a ilustre professora Maria Helena Diniz, prega que, *“seja a concessão da superfície onerosa ou gratuita a, o superficiário, cessionário do uso do direito de plantar ou construir, arcará com o pagamento de todos os encargos ou ônus (taxa de luz, água, etc.), inclusive fiscais (IPTU, ITR, taxas e contribuições de melhoria), que incidirem sobre o imóvel”*⁵⁹.

Em conformidade com a liberdade contratual característica do contrato de concessão da superfície, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, por meio do Enunciado 94, estabeleceu a possibilidade de as partes disporem da forma como melhor lhes convier quanto ao pagamento dos tributos e despesas: *“Enunciado 94 – Art. 1.371: As partes tem plena liberdade para deliberar, no contrato respectivo, sobre o rateio dos encargos e tributos que incidirão sobre a área objeto a concessão do direito de superfície”*.

⁵⁸ TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2004. p. 273

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado. ob. cit.*, p.932.

A obrigação pelos encargos trata-se de um preceito normativo, que deverá ser suportado pelo superficiário, independentemente de expressa previsão no contrato de concessão da superfície celebrado entre as partes.

Francisco Eduardo Loureiro lembra que, *“encargos e tributos incidentes sobre o imóvel geram obrigações propter rem ou, as vezes, ônus reais. Perante o credor, a coisa garante a solução da obrigação, podendo o imóvel ser penhorado em sua totalidade e não somente o direito do superficiário. Apenas em sede de regresso entre concedente e superficiário, se discutirá eventual responsabilidade pelo inadimplemento”*⁶⁰.

Contudo, firmada a responsabilidade do superficiário pelos encargos tributários, Arnaldo Rizzardo explica que *“não cabe ao Fisco pretender exercer o direito de pretensão relativamente a tributos junto ao proprietário. Mesmo que inadimplente e insolvente o superficiário, são pessoais as suas obrigações ficando afastada a solidariedade do proprietário”*⁶¹.

Por fim, com relação ao direito de superfície não pode se constituir como critério material da hipótese de incidência do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), pois a extinção da propriedade superficiária, por ocorrência do termo final, se verifica independentemente de qualquer ato de transmissão ou do respectivo registro no Cartório de Registro de Imóveis, evidenciando assim a ausência de onerosidade no ato da extinção.

Assim sendo, o ilustre professor Nelson Rosenvald, afirma que *“como consectário da garantia o direito fundamental de propriedade (artigo 5º, inciso XXII, Constituição Federal), o proprietário somente se sujeitará aos tributos que, na diretriz da proporcionalidade, ostenta todos os elementos de sua hipótese de incidência e de sua relação jurídico tributária previamente definidos em lei, principalmente no que se refere à incidência do ITBI na extinção do direito de superfície”*⁶².

⁶⁰ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *ob. cit.*, p. 1.427

⁶¹ RIZZARDO, Arnaldo. *ob. cit.*, p. 883

⁶² ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. *Curso de Direito Civil – Direitos Reais*. Vol. 5, 8ª ed. Editora Jus Podivm. 2012. p. 623

CAPÍTULO 12 - EXTINÇÃO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE – FORMAS E EFEITOS

Em conformidade com o estatuído na legislação e no contrato celebrado entre as partes, o Estatuto da Cidade prevê, nos artigos 23 e 24, e o Código Civil prevê nos artigos 1.374 e 1.376, a extinção do direito de superfície.

O fim ao direito real de superfície poderá ter sua causa prevista no próprio contrato de concessão firmado entre as partes, ou na lei, ou, também, em ambos.

O presente capítulo traz as formas de extinção advindas do não cumprimento do contrato de concessão, ou seja, destinação diversa dada à superfície daquela acordada entre as partes e o descumprimento das obrigações ajustadas, reservada a observação sobre o distrato do contrato. E, traz também, as causas de extinção devido a desapropriação do imóvel, renúncia ou abandono, o perecimento do objeto do direito real da superfície, a confusão, a decadência e a prescrição, e, por fim, o não uso da coisa superficiária.

O Estatuto da Cidade preconiza que se extingue o direito de superfície pelo adento do termo (artigo 23, inciso I), descumprimento das obrigações (artigo 23, inciso II) e desvio da destinação (artigo 24, parágrafo 1º). Entretanto, o Código Civil estabelece a extinção do propriedade superficiária antes do final do termo, apenas com a destinação diversa daquela acordada entre as partes (artigo 1.374) – previsão idêntica ao Estatuto da Cidade – e, em razão de desapropriação (artigo 1.376).

As formas de extinção do direito de superfície expressas em texto legal, tanto no Código Civil como Estatuto da Cidade, são estudadas a seguir:

(i) Transcurso do prazo:

O direito de superfície pode se extinguir pelo transcurso do prazo, figurando uma forma clássica de extinção desse direito real. No entanto, tal forma de extinção deve ser acordada pelas partes no contrato de concessão devidamente registrado no Cartório de Registro de Imóveis competente, em vista ao que determina o artigo 21 do Estatuto da Cidade, bem como o artigo 1369 do Código Civil, sendo que na letra do mencionado artigo do Código Civil, e do artigo 1.374, não se admite a convenção por prazo indeterminado, tanto que traz a previsão do “*termo final*”, impondo-se assim a designação do período de vigência do contrato de concessão.

Extinta a concessão pelo advento do termo, a luz do artigo 1.375 do Código Civil, o proprietário passa a ser titular da propriedade plena, adquirindo as acessões edificadas pelo superficiário sem indenização a este, se não estipulado no contrato de concessão da superfície.

(ii) Descumprimento de obrigações contratuais:

Pode se extinguir o presente direito pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário, conforme previsto apenas no artigo 23, incisos II e III do Estatuto da Cidade, pois o Código Civil não faz menção a referida forma de extinção.

O inadimplemento e a consequente resolução contratual, independente da omissão do legislador civil, poderá ocorrer pela falta de pagamento do *solarium* (*canon*) ou pelo descumprimento de outras cláusulas contratuais, tais como a recusa ao pagamento de tributos e danos causados ao imóvel.

Francisco Loureiro alerta que *“alguns autores entendem, na esteira de legislações estrangeiras, que o inadimplemento das obrigações assumidas pelo superficiário, especialmente as de pagamento do solarium e de tributos e encargos, gera somente ao concedente crédito passível de cobrança, mas não o direito potestativo de resolver o contrato e extinguir direito real”*⁶³.

Contudo, mesmo com a omissão do legislador do Código Civil, deve-se interpretar o artigo 23 do Estatuto da Cidade de modo supletivo à superfície regulada no Código Civil, onde este prevê a possibilidade de extinção do direito real pelo inadimplemento das obrigações assumidas do superficiário.

Assim, vislumbramos que nada impede as partes negociarem mecanismos de resolução do contrato e, na omissão da avença, aplicar a cláusula resolutiva tácita, a luz dos artigos 474 e 475 do Código Civil.

A resolução do direito de superfície deverá ser pleiteada em juízo, conforme defende Carlos Roberto Gonçalves⁶⁴, nas hipóteses de descumprimento de quaisquer das obrigações contratuais, tais como: pagamento das quantias devidas ao concedente, cumprimento de prazos específicos para execução de obras, destinação da superfície, entre

⁶³ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *ob. cit.*, p. 1.430

⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto, *ob. cit.*, p. 419

outras obrigações.

Porém, nem todo descumprimento leva à resolução, de acordo com Francisco Loureiro *“o descumprimento da obrigação acessória que não comprometa a parte substancial da obrigação abre ao contratante inocente a possibilidade de executar a prestação, mas não a de resolver o contrato, em razão da desproporção entre descumprimento e sanção”*⁶⁵.

(iii) Destinação diversa:

O direito de superfície extinguir-se-á, antes do termo final, se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para o qual lhe foi concedido e acordado entre as partes. Havendo o desvio de destinação o concedente está autorizado por lei a pleitear a resolução da concessão superficiária antes do término de seu prazo.

Nelson Rosenvald ressalta que *“trata-se de espécie de resolução contratual ante ao inadimplemento de obrigação de fazer, por desvio de finalidade (artigo 475 do Código Civil), passível de cumulação com pleito indenizatório, comprovado o prejuízo ao proprietário do imóvel. Qualquer alteração na feição a ser concedida ao bem demanda prévia consulta e anuência do proprietário mediante registro no Cartório de Registro de Imóveis de termo aditivo com menção À alteração ajustada entre as partes”*⁶⁶.

Neste sentido, o proprietário do terreno tem a obrigação de fiscalizar o solo objeto da concessão, com intuito de verificar se o objeto da superfície está sendo atendido, ou se o superficiário se desviou. Podendo assim o proprietário, praticar o direito potestativo de resolução antecipada do contrato ou delimitar prazo para que o superficiário realize as acessões e edificações efetivando o destino definido entre as partes.

Ainda, salienta Rosenvald que *“o Ministério Público poderá ingressar com ação civil pública para invalidar contrato de superfície que atenda aos interesses patrimoniais dos particulares mas coloque em risco situações jurídicas metaindividuais”*. Ainda, visando a função social da propriedade, afirma que *“a propriedade é fato gravíssimo, qualificado como ato ilícito objetivo a luz da teoria do abuso do direito (artigo 187 do Código Civil). Eventualmente, a decretação da invalidade permitirá que edificações sejam desfeitas, restituindo-se a propriedade ao status quo”*⁶⁷.

⁶⁵ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *ob. cit.*, p. 1.430

⁶⁶ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. *ob. cit.* p. 620

⁶⁷ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. *ob. cit.* p. 621

No Estatuto da Cidade esta forma de extinção visa ainda mais a função social da propriedade de bens públicos, conforme prevê o artigo 24, parágrafo primeiro: *“Antes do termo final do contrato, extinguir-se-á o direito de superfície se o superficiário der ao terreno destinação diversa para a qual foi concedida”*.

(iv) Desapropriação:

A desapropriação se dá com a transferência compulsória de bens particulares ao Poder Público, por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro ou em títulos da dívida pública.

Apenas o Código Civil, em seu artigo 1.376, contempla essa hipótese de extinção, determinando que, caso o imóvel seja desapropriado na vigência da relação de superfície, a indenização deverá ser partilhada entre o proprietário e o superficiário, no valor correspondente ao direito de cada um.

A indenização será calculada mediante perícia, que considerará vários critérios, especialmente no tocante ao prazo de vigência da concessão do direito de superfície, a finalidade da utilização, a perspectiva de renda no período faltante da concessão. Neste sentido, Rodrigo Mazzei destaca que *“no momento de fixação da indenização pela desapropriação, devem ser analisadas as circunstâncias específicas que envolvem aquela concessão superficiária, tais como o fator temporal, isto é, status já alcançado pelo negócio jurídico, de maneira a obter um valor realmente proporcional ao quantum do direito real de cada uma das partes”*⁶⁸.

Diante do exposto, defendemos o texto do Enunciado 322 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, IV Jornada de Direito Civil: *“O momento da desapropriação e as condições da concessão superficiária serão considerados para fins da divisão do montante indenizatório (artigo 1.376), constituindo-se litisconsórcio passivo necessário simples entre proprietário e superficiário”*.

Ainda, estudando as formas de extinção do direito de superfície, elencamos agora as maneiras de extinguir referido direito sem apoio da legislação brasileira:

⁶⁸ CAMBLER, Everaldo Augusto. MAZZEI, Rodrigo. *ob. cit.* p. 321.

(a) Abandono ou renúncia expressa:

O abandono é conduta do superficiário que, de forma expressa ou não, demonstra a falta de vontade de manter a relação da concessão da superfície, perdendo sua função e direito de aproveitar o imóvel. O beneficiário desinteressado abre mão das construções ou plantações que fez no imóvel, não mais comparecendo no imóvel, resultando em deterioração do local.

A renúncia, devendo ser expressa, leva à extinção do direito de superfície. Com efeito, se equivale à renúncia, o abandono expresse, explícito ou declarado, no qual se manifesta o motivo de não utilizar o imóvel.

(b) Mútuo dissenso e renúncia unilateral:

Através de acordo de vontades definido pelas partes, o contrato de concessão da propriedade superficiária se extingue.

A renúncia unilateral da superfície pelo superficiário é possível apenas na hipótese de o superficiário já haver cumprido todas as obrigações que lhe foram imputadas, e desde que não exista qualquer vedação contratual a este respeito.

(c) Confusão:

Quando, na mesma pessoa, se reúne a qualidade de proprietário do solo e da superfície, que pode ocorrer quando o titular de domínio da superfície adquire o solo, e vice-versa. Referida extinção é mais evidente quando a superfície é transferida de forma hereditária, no qual se transfere ao sucessor a propriedade do solo ou a superfície que exercia o *de cujos*.

(d) Destruição da coisa:

De modo a inviabilizar a manutenção e renovação das construções e plantações, o perecimento das mesmas induz a extinção do direito de superfície. Isso ocorre devido fenômenos naturais, como terremotos, rebaixamento do solo, inundações, que não permitam mais a utilização a que antes se destinava o imóvel.

(e) Decadência:

A decadência, que atinge o próprio direito ficando-o desconstituído, é aplicável somente quando o objeto da concessão do direito é construir ou plantar, não no caso do direito de superfície constituído por cisão, em que há incorporação e seu proprietário a cinde, separando-a do solo e alienando-a ao superficiário.

Em caso de cisão, não se verifica a possibilidade da fixação de um prazo para construir ou plantar, pois já existe uma construção. Porém, na hipótese de concessão para plantar e/ou construir, deve ser definir um prazo para que as obras sejam feitas ou a plantação iniciada.

O Estatuto da Cidade e o Código Civil não preveem período para esse cumprimento, devendo ser ajustado entre as partes referido prazo. Contudo, caso as partes não tenham estabelecido o prazo, permanece indeterminado e não há que se falar em decadência ou prescrição. Todavia, definido termo no contrato e mesmo decorrido sem que o superficiário tenha iniciado a obra ou plantação, ocorre a caducidade de seu direito de uso do solo.

Com a decadência atinge-se o próprio direito ficando-o desconstituído, e não a ação visando preservá-lo. Sem incidência, por conseguinte, o fenômeno da prescrição.

Concluindo todo o exposto no presente parágrafo, através da extinção do direito de superfície, o proprietário do solo passa a ter domínio pleno sobre o imóvel, construção e melhorias realizadas pelo superficiário.

Extinto o direito de superfície, procede-se a averbação na matrícula do imóvel, junto ao Cartório de Registro de Imóveis, conforme previsto no artigo 24, parágrafo segundo, do Estatuto da Cidade.

CONCLUSÃO

A síntese do que foi exposto no presente trabalho, vislumbra-se que o instituto da superfície é natural do Direito Romano, sendo primordialmente originada dos arrendamentos de longo prazo, sendo evidente a noção de acessão vigente no ordenamento romano, encontrando, dessa forma, as raízes históricas do princípio do *superfícies solo cedit*.

Por força do mencionado princípio, que vigorou no direito clássico romano, tudo quanto fosse acrescido ao solo passava a integrá-lo e pertencia ao dono do solo, não podendo ser transferido senão com este, ou seja, a aquisição do domínio da construção ou plantação a favor do proprietário do solo, sem indenização.

O instituto da superfície começou a adquirir moldes de direito real sob a intervenção pretoriana, onde a tutela começou a se fazer valer de ações possessórias, para fazer valer seu direito perante terceiros, chegando ao ponto de adquirir padrões de *jus in re aliena*, e chegando posteriormente a adquirir verdadeiro domínio, *dominus soli*.

Após, quando já se admitia no Direito Romano a existência de bens de coisas incorpóreas, a regra do *superfícies solo cedit* foi modificada, e o domínio começou a sofrer algumas limitações, surgindo então as servidões, usufruto e uso. Roma passou a arrendar suas terras a particulares, preservado o *superfícies solo cedit*, com a finalidade de fixar as pessoas nas terras para manter o domínio pleno sobre a mesma, fazendo isso por meio do instituto do "*ius in agro vectigali*, ou *agervectigalis*" um tipo de arrendamento de longo prazo ou perpétuo (cem ou mais anos) sempre mediante o pagamento de um *canon* anual.

No Brasil, colônia de Portugal, vigorou durante todo o período de colonização portuguesa, o direito de superfície, pois, em Portugal tal direito era regulado, com outra nomenclatura, pela Lei Pombalina de 1773. Com a independência do Brasil, em 1823, foi determinado que a legislação de Portugal continuasse a vigorar no país, com isso persistindo a superfície no direito pátrio daquele período. Porém, em 1864, o direito de superfície foi excluído do ordenamento jurídico vigente à época, uma vez que o instituto não tinha sido elencado no rol dos direitos reais. Contudo, com o Código Civil brasileiro de 1916, continuou a vigorar no país a regra romana de que a superfície acede ao solo.

Atualmente em Portugal, o Código Civil português de 1966, em vigor, regula a superfície de forma bem abrangente em seus dezenove artigos, inseridos no Título V, Livro III (artigos 1.524º a 1.542º).

Conforme exposto, se deram as origens do direito de superfície, nascendo o direito real pelo qual o proprietário concede por tempo determinado ou indeterminado, gratuita ou onerosamente, a outrem o direito de construir, ou plantar em seu terreno urbano ou rural, mediante escritura pública, devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

Conforme vislumbrado no decorrer do presente trabalho, os direitos reais sobre coisa alheia são oponíveis *erga omnes*, conferindo ao seu titular o direito de mover ação real. O proprietário do solo mantém a substância da coisa, pertencendo-lhe o solo, no qual pode ter interesse de exploração ou utilização do que dele for retirado, tendo o superficiário, o direito de construir ou plantar.

O Estatuto da Cidade (Lei nº. 10.257 de 2001), inseriu o instituto da superfície em nosso direito, trazendo respaldo legal expresso recentemente, em seus artigos 21 a 24. Contudo, posteriormente, por meio do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002), o direito de superfície foi introduzido no nosso ordenamento civil, regulamentado nos artigos 1.369 à 1.377, passando a fazer parte do rol dos direitos reais.

O direito de superfície trata-se de um direito real autônomo sobre coisa alheia, gratuito ou oneroso, por prazo determinado ou indeterminado, com características específicas, constituído por intermédio de escritura pública devidamente registrada em Cartório de Registro de Imóveis, sucessão testamentária e usucapião. Contudo, uma vez concedido este direito, para a construção ou para a plantação, esse direito pertence exclusivamente ao superficiário, enquanto o solo continua a pertencer ao seu proprietário. Assim, uma vez realizada a construção ou plantação, o superficiário se torna proprietário resolúvel da propriedade superficiária.

As peculiaridades do direito de superfície indicam que, apesar de certos pontos de semelhança, não há como confundi-lo com outros institutos de direitos reais sobre coisa alheia, como o arrendamento, usufruto, servidão, *built to suit*, e, especialmente a enfiteuse, pois o seu objeto é ilimitado, exigido o pagamento do foro, e o prazo é perpétuo.

O princípio *superficies solo cedit* é um dos princípios mais importantes para plena compreensão do direito de superfície, o qual estabelecia a aquisição do domínio da construção ou plantação a favor do proprietário do solo, sem indenização. Ou seja, tudo quanto fosse acrescido ao solo passava a integrá-lo e pertencia ao dono do solo, não podendo ser transferido senão com este.

O direito em epígrafe trata-se de uma suspensão do princípio *superficies solo cedit*, pois há a quebra da homogeneidade dominial entre solo e construção ou plantação, estabelecendo uma relação obrigacional entre o concedente e o concessionário, de pagamento de tributo.

Nossa abordagem demonstrou também que o direito de superfície, como a propriedade superficiária é autônoma, pode ser objeto de garantias reais, assegurando ao superficiário a faculdade de hipotecar ou alienar fiduciariamente o seu direito de superfície, nos termos do artigo 1.473, inciso X, do Código Civil, e do artigo 22, parágrafo primeiro, inciso IV, da Lei nº 9.514/97.

Para melhor aproveitamento do imóvel, vislumbrando a função social da propriedade, entendemos que o direito de superfície pode ser concedido nas seguintes hipóteses:

(i) concessão parcial incidente sobre parte do ideal do imóvel: de acordo com os artigo 1.371 do Código Civil e o artigo 21, parágrafo 3º, do Estatuto da Cidade, é possível a concessão superficiária em apenas uma parte do imóvel do concedente, desde que seja sobre parte devidamente identificada e delimitada do imóvel, de forma a respeitar o princípio registrário da especialidade.

(ii) subsolo e espaço aéreo: conforme o artigo 21, parágrafo 1º do Estatuto da Cidade, autoriza utilização do solo, do subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, porém, o artigo 1.369, parágrafo único, do Código Civil, aplica como regra a desautorização de obra no subsolo do imóvel objeto do direito em tela, exceto se inerente ao objeto da concessão.

(iii) construir sobre edifício alheio – sobrelevação: não contemplado no Estatuto da Cidade e Código Civil, mas também não expressamente proibida, a sobrelevação é a concessão, pelo superficiário, do direito de superfície a terceiro, da parte superior da construção, para que o terceiro possa construir nesse espaço. Exemplo de tal hipótese são as construções nas favelas, onde cada ocupante se torna proprietário da sua edificação.

(iv) imóvel edificado: o Código Civil não veda o direito de superfície imóvel já existente, contudo, é possível admitir, com o intuito de concluir, reformar ou ampliar a edificação existente, a constituição do referido direito em relação a imóveis que já tenham construção, caracterizando o direito de superfície por *cisão*. Exemplo de aplicação da superfície por *cisão* são os shopping centers e estádios de futebol.

Com o objetivo de melhor aproveitamento da propriedade e destinação útil ao imóvel, é possível alcançar a real função social da propriedade com a instituição do direito de superfície. Mencionado direito propicia a subdivisão do direito de propriedade em duas partes, na qual essa bipartição tem como objeto atender as exigências fundamentais de ordenação das cidades, mediante a realização de construção ou plantação por terceiro, revelando-se como um instrumento efetivo de materialização prática do princípio da função social da propriedade, previsto nos artigos 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III, ambos da Constituição Federal.

No tocante as leis que regulam o direito de superfície em nosso ordenamento, as normas previstas no Código Civil, regulando o direito de superfície, não revogam as normas relativas a direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), por ser instrumento de política urbana. Os referidos diplomas legais coexistem, de forma harmônica, cada um regulamentando o instituto sob o seu enfoque, devendo assim interpretarmos o Código Civil e o Estatuto da Cidade de forma sistêmica, e não conflituosa.

Por fim, estará extinto o direito de superfície pelo transcurso do prazo, pela não conclusão da obra do prazo determinado, pela renúncia e abandono pelo superficiário, pela desapropriação, pela confusão no caso de que se reúnam na mesma pessoa, proprietário do solo ou superficiário o direito de superfície e a propriedade do solo, pelo dissenso entre as partes, pelo descumprimento de obrigações contratuais e condição resolutiva, e, por fim, pela destruição da edificação quando expressamente mencionada no contrato, voltando assim, a vigorar o princípio da acessão.

Nossa conclusão final indica que o direito de superfície poderá vir a ser um dos instrumentos mais importantes do rol dos direitos reais, uma vez que tem como objetivo funcionalizar a propriedade alheia, tanto do espaço urbano, para suprir a carência de habitações, como das áreas rurais, incentivando maior aplicação de recursos pelas garantias que passa a oferecer.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Margarida Costa. *Observações ao regime jurídico do direito de superfície: e dúvidas que daí resultaram*. In: Revista de Direito Imobiliário, Vol. 34, n. 71

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito de superfície agrícola*. In: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, n. 4. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo. 1978.

_____. *Direito Civil Reais*. Coimbra Editora, 5ª edição. Coimbra. 2012

BARBOSA, Diana Coelho. *Direito de Superfície – À Luz do Estatuto da Cidade*. 1ª ed, Editora Juruá, 2002

BITTENCOURT, Frederico. *Direito Real de Superfície*. Revista Forense, nº 272. Rio de Janeiro.

CAMARGO, Estela Lemos Monteiro Soares. *Estudos avançados de direito imobiliário*. In: AMORIM, José Roberto Neves; FILHO, Rubens Carmo Elias (Coords.). 1ª ed., Editora Elsevier. Rio de Janeiro. 2014.

CAMBLER, Everaldo Augusto. MAZZEI, Rodrigo. *Fundamentos do Direito Civil Brasileiro*. Editora Millennium. Campinas/SP. 2012.

CARVALHO, Washington Rocha de. *O direito de superfície no Código Civil e no Estatuto da Cidade*. 2005. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2005.

CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário*. Editora Renovar, Rio de Janeiro - São Paulo, 2009.

DERBLY, Rogério José Pereira. *Direito de Superfície*. Portal Âmbito Jurídico. Setembro/2001. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3588>. Acesso em: 04/05/2016

DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*. Editora Manole. Barueri, SP. 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro - Direito das Coisas*, 4º Vol. 25ª ed., Editora Saraiva. São Paulo. 2010.

_____. *Código Civil anotado*. 13ª ed., Editora Saraiva. São Paulo. 2007.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. Vol. 3, 30ª ed. Editora Saraiva. São Paulo. 2014.

FILHO, Nicolau Balbino. *Direito Imobiliário Registral*. Editora Saraiva, 2001.

GOMES, Orlando. *Direito de superfície*. Vol. 17, n. 119, Editora Revista Jurídica. São Paulo, 2002.

_____. *Direitos Reais*. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro – Direito das coisas*. Vol.5, 4ª.ed., Editora Saraiva. São Paulo. 2009.

INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL. Alienação fiduciária: direito de superfície. Disponível em Disponível em: <http://irib.org.br/html/noticias/noticia-detalle.php?not=2570>>.

LIMA, Pires. VARELA, João de Matos Antunes. *Código civil anotado: (artigos 1.251 a 1.575)*. Vol. 3, 2ª ed. Revista e actualizada. Coimbra Editora. 2010

LIRA, Ricardo César Pereira. *Artigo Direito Urbanístico, Estatuto da Cidade e Regularização Fundiária*. Vol.1. Revista de Direito da Cidade. 2006. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/10493>.

_____. *O Moderno Direito de Superfície – Ensaio de uma Teoria Geral*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, Vol. 35, 1979. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/992130/DLFE50687.pdf/REVISTA351.pdf>>. Acesso em 02/04/2016.

_____. *O Direito de Superfície e o Novo Código Civil*. Revista Forense 364. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2002.

_____. *Elementos de Direito urbanístico*. Editora Renovar. Rio de Janeiro. 1997

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil Comentado*. 4ª ed. revisada, Editora Monole. 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 9ª ed., Editora Malheiros Medidores. 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil das Coisas, de acordo com o novo Código Civil*. Vol. 4. 37ª ed. revista e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf. Editora Saraiva. São Paulo. 2003

NETO, Inácio de Carvalho; FUGIE, Érika Harumi. *Novo Código Civil comparado e comentado: posse e direitos reais*. Vol.5. Editora Juruá. 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Direitos Reais*. Vol. IV. 19ª ed., Editora Forense. 2007

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. Vol. I. Livraria Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 1956.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Direito das Coisas*. Vol.5, 25ª ed., Editora Saraiva. São Paulo. 2000.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. *Curso de Direito Civil – Direitos Reais*. Vol. 5, 8ª ed. Editora Jus Podivm. 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 7ª ed., Editora Forense. Rio de Janeiro. 2014.

SILVA, Jose Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 7ª ed., Editora Malheiros. 2012.

TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *O direito real de superfície*. Editora Revista dos Tribunais. 1996.

_____. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil – Direitos Reais*. Vol. 5, 2ª ed., Editora Atlas, São Paulo. 2002.