

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
FACULDADE MINEIRA DE DIREITO**

ÉLCIO NACUR REZENDE

**O DIREITO DE SUPERFÍCIE NO MICROSSISTEMA DE DIREITO
PÚBLICO E NO MACROSSISTEMA DE DIREITO PRIVADO
Uma abordagem comparativa à luz do Princípio da Socialidade**

Belo Horizonte
2009

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
FACULDADE MINEIRA DE DIREITO**

ÉLCIO NACUR REZENDE

**O DIREITO DE SUPERFÍCIE NO MICROSSISTEMA DE DIREITO
PÚBLICO E NO MACROSSISTEMA DE DIREITO PRIVADO**
Uma abordagem comparativa à luz do Princípio da Socialidade

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, nível Doutorado, da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito Privado

Orientadora: Professora Doutora Taisa Maria Macena de Lima.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dra. Taisa Maria Macena de Lima

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza

Prof. Dr. Adriano Stanley Rocha Souza

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Belo Horizonte/MG, / / 2009.

AGRADECIMENTOS

***Élcio Diniz Rezende e Jamily Nacur Rezende**, confundo-me ao elegê-los professores, doutrinadores, adestradores, mestres, reverências, referências, protetores, entre outros tratamentos. Contudo, jamais, sequer por um segundo em toda a minha existência, tive qualquer dúvida que, insofismavelmente, foram e sempre serão meus melhores amigos. Agradeço, assim, pela formação do meu caráter, pelos carinhos e pelas severas lições, pelo investimento de tempo e dinheiro, enfim, por terem renunciado a vida de vocês em prol da minha formação. Se um dia tornar-me PAI, rogo a Deus que ilumine o meu caminho conduzindo-me, rigorosamente, na mesma trilha daqueles a quem sou eternamente grato, MEUS PAIS.*

***A minha querida Flávia Filomena Nacur Rezende**, agradeço pela sublimação das minhas intempestividades, pelas lições de humanidade e, sobretudo, pelo exemplo de irmã.*

***Anna Carolina Maia Sayão**, “como um anjo, você apareceu na minha vida” transformando-se na mulher da minha vida.*

***A Nelson Antônio Sayão e Maria Aparecida Martins Maia Sayão**, por terem me recebido como um filho.*

***A Professora Taisa**, por ter transformado as horas de orientação em momentos de aprendizado.*

A DEUS, sempre.

RESUMO

O presente trabalho consubstancia-se em uma análise do instituto jurídico denominado Direito Real de Superfície.

Trata-se de um estudo das disposições do Código Civil de 2002 (Lei 10.406/02) e do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01), estabelecendo uma crítica comparativa entre as normas.

Ademais, foi apresentada a origem histórica do Direito de Superfície, bem como, a posição em vários ordenamentos estrangeiros.

Durante o trabalho procurei expor o instituto interpretando-o sob uma ótica civil-constitucional, isto é, demonstrando o Direito de Superfície como um verdadeiro instrumento que, se bem efetivado, é de grande valia para que as propriedades imobiliárias cumpram sua finalidade social.

Assim, o instituto foi apresentado de forma minuciosa, iniciando por sua multiplicidade doutrinária sobre a natureza jurídica, passando por questões ligadas ao direito possessório, pelos direitos e deveres das partes envolvidas, por uma análise comparativa com outros institutos jurídicos até chegar às formas de extinção.

Finalmente, haja vista que o instituto é relativamente recente no ordenamento jurídico brasileiro, apresentei um capítulo exclusivo para o estudo de casos concretos, onde os tribunais brasileiros e estrangeiros em julgados desta década abordaram o Direito de Superfície.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito Administrativo. Direitos Reais. Direito de Superfície.

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyze the legal institute called Brazilian Superficies (Leasehold).

The aim is also a study of the 2002 Civil Code (Law n 10.406/02) and the Estatuto da Cidade (Urban Land Use Regulation Law 10.257/01), establishing critical comparison between norms.

Furthermore, the paper has highlighted the right of the superficies and its historical development as well as it's concept in other foreign legislation.

The institute is also presented under a civil-constitutional perspective, demonstrating the legal institute Brazilian Superficies (Leasehold) as an efficient instrument which permits properties to fulfill its social purposes.

The institute is presented in detail, considering initially its multiple legal doctrines on the legal nature, analyzing issues related to possessory rights and duties of the parties involved at the same time as a comparative analysis to other legal institutes in order to finally examine its extinctions forms.

Finally, considering that this institute is relatively recent in Brazil Law, I have presented a single chapter specially oriented to the study of specific cases extracted from the Brazilian and foreign courts trials of this decade.

Keywords: Civil law. Administrative law. Real rights. Brazilian Superficies right (leasehold)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
DO DIREITO DE SUPERFÍCIE.....	13
1. Origem histórica.....	13
2. Posição do Instituto no Direito Estrangeiro.....	18
3. Posição do Instituto no Direito Brasileiro.....	37
4. Natureza Jurídica.....	47
5. A constituição.....	58
6. O conteúdo econômico.....	62
7. O Direito de Superfície no Estatuto da Cidade.....	65
7.1. A harmonização entre o Código Civil e o Estatuto da Cidade.....	72

8.O Direito de Superfície por cisão.....	77
9.A proteção da posse e da propriedade exercida pelo superficiário.....	80
10. A utilização do subsolo e do espaço aéreo na propriedade superficial...86	
11.A possibilidade de se instituir direitos reais de fruição e garantia sobre a propriedade superficial.....	89
12.O direito de sobreelevação.....	93
13. O aspecto temporal.....	96
14.A retribuição monetária pela concessão do Direito de Superfície.....	102
15.Aspectos tributários e outros encargos.....	104
16.A transmissibilidade do Direito de Superfície.....	112
16.1. A impossibilidade da cobrança do laudêmio.....	116
17.O Direito de preferência recíproco.....	118

18. Responsabilidade civil por eventos decorrentes da Propriedade Superficiária.....	1
27	
19. Direitos e Deveres do proprietário e do superficiário.....	131
20. A	
extinção.....	134
20.1. Pelo decurso do tempo.....	136
20.2. Pelo exercício do direito potestativo.....	137
20.3. Por abandono e perecimento.....	138
20.4. Por comportamento irregular do superficiário.....	139
20.5. Por desapropriação.....	143
20.6. Por renúncia do superficiário.....	145
20.7. Por confusão.....	145
20.8. Pelo falecimento do superficiário sem herdeiros.....	146
20.9. Por resilição bilateral.....	146
20.10. Por prescrição.....	147

20.11.	Por	decisão	
judicial.....			148
20.12.	Outras	causas	previstas no ato
instituidor.....			149
20.13.	Aspectos processuais no caso da recusa da devolução do imóvel.....		
			149
20.14.	Da necessidade de averbação na matrícula imobiliária da extinção da Superfície.....		
			..151
21.O	Direito	de	Superfície e outros institutos jurídicos.....
			152
21.1.	O	Direito	de Superfície e o Arrendamento.....
			152
21.2.	O	Direito	de Superfície e o Usufruto.....
			153
21.3.	O	Direito	de Superfície e a Servidão.....
			154
21.4.	O Direito de Superfície e a Concessão de Direito Real de Uso.....		
			155
21.5.	O	Direito	de Superfície e a Enfiteuse.....
			156
21.6.	O Direito de Superfície, a Outorga Onerosa do Direito de Construir e o Solo Criado.....		
			158
21.7.	O Direito de Superfície e a Transferência do Direito de Construir.....		
			160
21.8.	O	Direito	de Superfície e a Locação.....
			162

Estudo de
casos.....162

Conclusão.....
.....218

Referências
bibliográficas.....221

Referências de decisões
judiciais.....228

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Rezende, Élcio Nacur

R467d O direito de superfície no microsistema de direito público e no macrosistema de direito privado: uma abordagem comparativa à luz do princípio da socialidade / Élcio Nacur Rezende. Belo Horizonte, 2009.
228f.

Orientador: Taisa Maria Macena de Lima.

Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Direito de superfície. 2. Direito civil. 3. Direito administrativo. 4. Função social da propriedade. I. Lima, Taisa Maria Macena de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

347.255

CDU:

INTRODUÇÃO

O Direito Real de Superfície é o instituto jurídico que afrontando o princípio romano do “superficies solo cedit” possibilita que se construa ou plante em solo alheio, sem contudo, acarretar que o dono do terreno seja considerado proprietário das acessões.

Instituído no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) e no Código Civil Brasileiro de 2002 (Lei 10.406/02), o Direito de Superfície não era contemplado no ordenamento jurídico pátrio. Todavia, em ordenamentos estrangeiros já o era positivado há muitos anos, bem como, amplamente utilizado em transações imobiliárias, sobretudo nas cidades européias.

Com indiscutível função política, econômica e social, o Direito de Superfície permite que uma pessoa (concedente) permita que outra (superficiário) construa ou plante em solo de sua propriedade, explorando as acessões realizadas como contrapartida ao investimento realizado. Assim, por ocasião da extinção, o concedente que outrora era proprietário

de um imóvel não edificado o recebe com as benfeitorias realizadas pelo superficiário.

Conclui-se, facilmente, com a breve exposição do parágrafo anterior que o Direito de Superfície quando celebrado paritariamente, proporcionará às partes envolvidas alcançar objetivos de caráter econômico inerentes ao sistema capitalista.

Não obstante, muito além do interesse meramente privado, o Direito de Superfície é, inexoravelmente, um instrumento jurídico que proporciona o alcance da almejada função social da propriedade sem gerar conflito social, ante a autonomia privada e liberdade de contratar, isto é, sem a necessidade da intervenção do Estado na propriedade privada.

Contudo, o instituto também possui uma feição publicística, na medida em que a Administração Pública, mormente os municípios, podem utilizar-se do Direito de Superfície como instrumento de política urbana, incentivando ou coagindo os particulares a darem função social aos imóveis urbanos como instrumento de pacificação social e organização das cidades.

Teoricamente, o próprio Código Civil de 2002 fixou um marco, qual seja, o disposto no artigo 1377, que em tese, determinou que as normas previstas na lei civil regulam o Direito de Superfície mesmo quando instituído por pessoa jurídica de direito público interno, no que não for diversamente disciplinado por lei com característica publicística. Nesse mesmo sentido leciona Ricardo César Pereira Lira:

“Não serão derogadas ou ab-rogadas as normas relativas ao direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade com a vigência das normas inseridas no referido Código referentes ao mesmo direito, as quais

entrarão em vigor em 11 de janeiro de 2003, pois se cuida de institutos com vocações diversas, destinados a regular situações jurídicas diferenciadas.”¹

Tal afirmação do doutrinador propiciou o Enunciado 93 do Conselho da Justiça Federal, nesses termos:

“As normas previstas no Código Civil sobre direito de superfície não revogam as relativas a direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano.”

A constatação da existência, no Brasil, de duas normas regulamentando um mesmo instituto jurídico, uma de natureza de Direito Público (eminentemente urbanístico) e outra de Direito Privado, nos faz refletir sobre alguns problemas, quais sejam: faz-se necessária a existência de duas normas? Elas são compatíveis entre si? Ocorreu revogação de uma pela outra em razão de antinomia? O escopo de uma norma é o mesmo da outra? Os sujeitos (superficiário e concedente) em ambas as normas podem ser pessoas naturais e pessoas jurídicas de direito privado e público? A principiologia de ambas as normas é a mesma? Pode ocorrer em um mesmo caso concreto uma mitigação de dispositivos de ambas as leis, possibilitando um diálogo de fontes?

Outrossim, outras questões suscitam dúvidas no estudo do Direito de Superfície, como: Historicamente o instituto teve seus fundamentos modificados? Ocorreram mutações no direito positivo brasileiro e estrangeiro? Atualmente, o Direito estrangeiro dá a mesma abordagem que o brasileiro? Existe multiplicidade doutrinária no que concerne à

¹ LIRA, Ricardo César Pereira. **Revista do Conselho da Justiça Federal. Colhido do site http://www.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/15_direito_das_coisas.pdf** em 28/04/2009.

natureza jurídica do instituto? Além do que foi positivado, o Direito de Superfície pode ser constituído por outros negócios ou fatos jurídicos? A Superfície por cisão e por Sobrelevação são admitidas no Brasil? O Superficiário detém a mesma proteção possessória e petítória do proprietário? Pode incidir sobre a Superfície outros Direitos Reais sobre coisa alheia de fruição ou em garantia? Quais as consequências tributárias no instituto? No que concerne à Responsabilidade Civil, quais as repercussões para o Superficiário e para o Concedente? As formas de extinção são taxativamente previstas em lei? Quais os pontos de convergência e quais as diferenças do Direito de Superfície com outros institutos? Como o Poder Judiciário vem tratando o instituto?

Desta forma, apresentarei o Direito Real de Superfície, tanto como instituto de Direito Privado como de Direito Público, abordando abstratamente as suas nuances e apresentando aspectos práticos (jurisprudenciais) sobre o tema, almejando solucionar os problemas expostos nos parágrafos anteriores através da demonstração de que a hipótese apresentada (justificativa de coexistência e harmonia das duas normas) se justifica.

DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

Origem histórica

Assim como grande parte dos institutos jurídicos do Direito Civil brasileiro, o Direito de Superfície teve sua origem no direito romano-helênico ou *justianeu*, como explica Adriano Stanley:

“Quanto à origem do Direito Real de Superfície (tal qual a enfiteuse), suspeita-se que ela tenha chegado ao Império Romano pela conquista das províncias helênicas, quando da tomada da Grécia pelos romanos.”²

Como corolário do Princípio³ do Absolutismo, em Roma aquele que era dono do solo, detinha, em presunção *iure et iuris* (presunção absoluta), a propriedade de tudo que se incorporara ao solo, como as construções e plantações. Afinal, defendia-se que a utilização da terra por seu proprietário era “*usque ad sidera et usque ad inferos*” ou seja, do céu ao inferno.⁴

Assim, tudo que se acrescia ao solo passaria a ser de propriedade do dono da terra nua, em homenagem à máxima “*superficies solo cedit*” ou como prefere Caio Mário da Silva Pereira⁵ citando Gaius “*omne quod solo inaedificatur, vel implantatur, solo cedit*”. Este princípio dificultava muito (ou até impedia) que se erigisse em solo alheio sob pena de, eventualmente, aquele que despendesse com construção em terreno de outrem sofresse com a perda da acessão artificial.

Destarte, quando ocorria na Roma Clássica a construção em solo alheio mediante ajuste entre o construtor e o proprietário do terreno, constituía-se um direito real (ou obrigacional) sobre coisa alheia, tendo o construtor um direito sobre as construções e o dono do solo a propriedade até que o termo ou condição final se efetivasse, quando então, em caráter definitivo, o proprietário do solo passava a deter o imóvel por completo.⁶

² SOUZA, Adriano Stanley Rocha. **Direito das Coisas**. Coleção Direito Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. P. 159.

³ Vale aqui registrar a lição de Robert Alexy *in* Teoria dos Direitos Fundamentais que ensina que os Princípios ordenam (ou irradiam) a construção do direito positivo.

⁴ Recomenda-se a leitura da consagrada obra “A Cidade Antiga” onde Fustel de Coulanges faz uma explanação da propriedade com uma abordagem histórico-religiosa.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 243.

⁶ Em trabalho específico publicado em Portugal, Guilherme Braga da Cruz dissertou sobre a origem histórica do Direito de Superfície *in* “O direito de superfície no direito romano”.

Diana Coelho Barbosa⁷ disserta sobre a origem do Direito de Superfície:

Alguns autores alemães, dentre os quais DANS, DITTMAR e PUCHTA, mencionados por BULFONI, entendem, a partir de uma interpretação de um fragmento de Giustino, que a *Lex Icilia* de Aventino, publicada no ano 298 de Roma, teria concedido aos plebeus a faculdade de edificar suas próprias habitações sobre a colina de Aventino, a título de superfície. Para o jurista italiano, porém, este fato atesta tão-somente a existência, já naquela época, de um condomínio “pro indiviso”. Faziam referência, também, à edificação sobre *agri publici*, um fragmento de Dionísio (X, 32) e a *Lex Thoria Agraria*, de 643. Aquele primeiro, porém, não continha menção ao direito de superfície; quanto a esta última, embora concedesse ao beneficiário a faculdade de construir sobre o *ager occupatorius*, mediante o pagamento de um *solarium* ao Estado, tal direito não podia, contudo, ser entendido como de superfície, pois tinha como objeto apenas o terreno, excluída a construção. Por fim, mencionam-se, ainda, com referência à concessão de *ager publicus*, três fragmentos de Tito Lívio e outros de Appiano. No capítulo 51 do Livro XL dos *Annali* daquele primeiro autor, falasse em locação de tabernas de propriedade do Estado, embora não haja qualquer alusão ao direito de superfície. Appiano, a seu turno, faz referência a uma obrigação imposta *por lei de Caio Gracco*, a qual previa a *evacuação do ager publicus*, concedendo, no entanto, aos ocupantes do terreno, o valor correspondente às construções ou plantações nele erguidas.

Corroborar Arnaldo Rizzardo⁸:

⁷ BARBOSA, Diana Coelho. **Direito de Superfície à luz do Estatuto da Cidade**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 21.

⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 861.

“Mais tarde, porém, no curso do Século II depois de Cristo, já se admitia aos particulares o uso do solo alheio, construindo moradias na superfície, ou estendendo plantações. Mereceu essa forma de utilização a proteção do pretor, que concedia ao superficiário, quando ofendido em sua posse, um interdito de afastamento da perturbação. Bem mais tarde ainda, no período pós-clássico, tornou-se um preceito o direito de superfície.”

Observa-se que a urbanização foi a mola propulsora do narrado nos parágrafos anteriores, pois, com a concentração da população em grandes centros se fez necessário encontrar medidas que propiciassem uma melhor utilização dos espaços subaproveitados.

Conclui-se que em verdade, o Direito Público foi o precursor do Direito de Superfície como entendido contemporaneamente, na medida em que a Administração Pública permitia que particulares construíssem em suas terras mediante retribuição (*vectigal*⁹), como meio de fomentar a urbanização, a geração de riquezas ou simplesmente como forma de garantir a ocupação das terras conquistadas, como explica Caramuru¹⁰ ao dissertar sobre a origem do Direito de Superfície:

“concessões de terreno que o governo fazia aos cidadãos romanos, após as grandes conquistas, com nítido objetivo de promover o cultivo e a exploração econômica das terras conquistadas”.

⁹ Espécie de valor pago por particulares ao Estado, de forma perpétua ou por longo prazo, como retribuição pela posse de terras públicas.

¹⁰ FRANCISCO, Caramuru Afonso. **Estatuto da Cidade Comentado**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 174.

Assim como em terrenos rurais, nas áreas urbanas como já dito, a Administração Pública fomentava a construção em terrenos baldios, como explica Venosa¹¹:

“Sob as vestes mais modernas, este instituto pode ter decorrido da necessidade prática de se permitir a construção em solo alheio, principalmente sobre bens públicos. Os pretores permitiam que comerciantes instalassem tabernas sobre as ruas, permanecendo o solo em poder do Estado. Esse direito fica mais claro quando os pretores passam a conceder ação de proteção a essas situações, primeiramente o *interdictum de superficiebus* e, posteriormente, a *actio superficiei*.”

Este fato histórico muito lembra as atuais “guerras fiscais” entre os Estados, onde comumente se transfere a grandes indústrias a posse e até eventualmente a propriedade de solo, para que os particulares explorem sua atividade empresarial, propiciando à Administração Pública uma maior arrecadação tributária, multiplicação de empregos, geração de riqueza, entre outros aspectos, por determinado tempo.

Na idade média também há notícias da propriedade superficiária, motivada pelo entendimento germânico que dava ao trabalho (construtor) um valor significativamente superior ao do simples proprietário do solo. Ademais, no Direito Canônico que tinha por objetivo propiciar a Igreja uma grande proteção em detrimento daqueles que construíram em suas terras, também observava-se o instituto ora estudado.

Justamente em virtude da não consagração do princípio do “superfícies solo cedit” pelos povos bárbaros, deu-se origem a diversos direitos reais sobre coisa alheia, dentre os quais a enfiteuse e a superfície, propiciando

¹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 07ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.404

ao não proprietário do solo exercer sobre a acessão direitos decorrentes de seu trabalho de construção e/ou plantação.

Apesar do narrado no parágrafo anterior, a Revolução Francesa no afã de proteger a liberdade do homem, deu fim à superfície sob o fundamento de que eram exagerados os valores cobrados pelo Estado dos superficiários, obrigando-os a se fixarem na terra.

Não obstante as origens do Direito de Superfície já narradas, é constatável que a crescente urbanização, ou seja, a concentração da população nas cidades é uma tendência atual, o que só vem a incentivar a utilização do instituto em estudo na busca de uma melhor utilização dos espaços urbanos com o escopo de conciliar o interesse dos proprietários de terrenos, o direito social à moradia e geração de riquezas.¹²

4. Natureza Jurídica

O Direito de Superfície é um Direito real onde se constata a existência de duas partes em uma relação jurídica. O primeiro pólo, denominado proprietário ou concedente, transfere ao segundo, chamado superficiário, o direito de construir ou plantar em imóvel de seu domínio

¹² “Lembra Koffi Annam que no ano 2025 dois terços da população mundial, cerca de 5 bilhões de pessoas, viverão nas cidades, proporção essa que hoje é de 50%. Essa concentração humana, segundo o Secretário-Geral, constitui um desafio para o qual o Estado e as autoridades locais devem preparar-se, uma vez que os problemas que as cidades vivem agora, como o do tráfego incontrolado, poluição do ar e exclusão social, podem alcançar proporções dramáticas”. Texto extraído do prefácio do livro Superfície Compulsória de Marise Pessoa Cavalcanti, mencionando a palestra de abertura do URBAN 21, conferência mundial sobre o futuro das cidades, proferida em 2000.

- a) Carlos Roberto Gonçalves¹³: “trata-se de direito real de fruição ou gozo sobre coisa alheia”;
- b) César Fiuza¹⁴: “é o direito real sobre um terreno, conferido a uma pessoa, o superficiário, a fim de que nele possa construir e/ou plantar, a título gratuito ou oneroso.”
- c) Adriano Stanley¹⁵: “do desdobramento da propriedade em dois domínios: um domínio útil (destinado aquele que retirará da coisa a sua utilidade) e um domínio direto (que caberá ao titular da propriedade);
- d) Orlando Gomes¹⁶: “Por esse direito real temporário de ter uma construção em solo alheio opera-se uma cisão nas faculdades elementares do domínio: o terreno pertence a um proprietário, o prédio, a outro, anulando-se, por este modo, o princípio da acessão imobiliária.”
- e) Sílvio Venosa¹⁷: “Cuida-se também de direito real limitado sobre coisa alheia, que apresenta inegáveis vantagens sobre a enfiteuse, embora com muita analogia com esta”;
- f) Ascensão¹⁸: “dois direitos reais compostos, portanto direitos reais que integram em si vários direitos reais simples, que naquele perdem a sua autonomia”;
- g) Caio Mário¹⁹: “caracteriza-se como um direito real sobre coisa alheia, e se apresenta como um desdobramento da propriedade”;
- h) Marco Aurélio S. Viana²⁰: “Cuida-se de direito real em coisa alheia, cuja estrutura envolve uma gama complexa de direitos...”
- i) Ricardo César Pereira Lira²¹: “é o direito real autônomo, temporário ou perpétuo, de fazer e manter construção ou plantação

¹³ Op. Cit. p. 412.

¹⁴ FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 11ª. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.900.

¹⁵ Op. Cit. p. 159.

¹⁶ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19ª. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p.317.

¹⁷ Op. Cit.p. 405.

¹⁸ **O Direito de Superfície Agrícola** in Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, n. 4, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.P. 162.

¹⁹ Op. Cit. p. 243.

²⁰ VIANA, Marco Aurélio S. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 280.

²¹ Op.cit. p. 15.

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 já existente”;

j) Colin et Capitan:²² “Alguns vêm no direito de superfície, sobretudo naquele que é incompleto, uma variedade de usufruto. Nós distinguimos nos direitos sobre a superfície e sobre o solo duas propriedades distintas superpostas”;

k) Cunha Gonçalves²³: “No antigo direito português considerava-se a superfície como propriedade imperfeita ou domínio menos pleno, doutrina que se aproxima da verdade, pois o direito do superficiário limita, sem dúvida, o direito do proprietário do solo. Contudo, isto não nos esclarece bem a questão da natureza daquele direito. A doutrina dominante, porém, tem-se pronunciado no sentido da existência de duas propriedades paralelas: a do superficiário no suprasolo, ou antes, nos superfícies (edifícios ou plantações) e a do proprietário do terreno no solo. E propósito deste conceito discute-se acerca da duração do direito de superfície, havendo escritores que lhe atribuem duração igual à das outras propriedades visto que não se extingue pelo não uso, o que representa o seu maior inconveniente; e outros, sustentando que a perpetuidade não é da essência do direito de superfície, visto poder este ser concedido por tempo limitado, consideram-no propriedade temporária. Ambas estas opiniões são parcialmente exactas; e ambas provam que o direito de superfície é, em todo o caso, um direito de propriedade”.

A constituição

²² COLIN, Ambroise et CAPITANT, Henri. **Cours Élémentaire de Droit Civil Français**. Tome Premier, 4e. édition, Paris: Librairie Dalloz, 1923. P. 790.

²³ GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português**. Vol. XI, Tomo I, 1ª ed. bras., São Paulo: Ed. Max Limonad, 1955. P. 410.

O Direito de Superfície surge a partir da lavra de Escritura Pública efetivada em qualquer Cartório de Notas do país, posteriormente trasladada no Cartório de Registro de Imóveis responsável pela circunscrição onde se localiza o imóvel em que será erigida a construção ou plantação.

O conteúdo econômico

Inexoravelmente o Direito de Superfície possui um enorme conteúdo econômico. Infelizmente, muitas vezes se esquece da Ciência da Economia quando se estuda a Ciência Jurídica.

Certamente, no momento em que o magistrado profere uma sentença ele deve ter em mente não apenas os efeitos que sua decisão trará para o Autor e para o Réu. Comumente certas decisões geram na sociedade efeitos inesperados, uma vez que abrem precedentes que impulsionarão no mundo comercial determinado comportamento.

O Direito de Superfície no Estatuto da Cidade

Dispõe a Constituição Federal:

CAPÍTULO II

DA POLÍTICA URBANA

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

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

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

...

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

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

...

O Direito de Superfície por cisão

Ao ler o primeiro artigo que trata do Direito de Superfície no Código Civil, constatamos que a principal obrigação do superficiário é “construir ou plantar” no terreno do concedente.

Isto posto, surge uma questão: é possível constituir uma Superfície incidente em um imóvel já construído, ou seja, é possível que um proprietário de edifício constitua um Direito de Superfície reservando-se a propriedade do solo e transferindo a outrem a propriedade da construção por determinado tempo para que este a explore (inclusive invista em reformas) e após o prazo pactuado restitua a construção ao concedente?

A proteção da posse e da propriedade exercida pelo superficiário

Dispõe o Código Civil em seu artigo 1197:

“Art. 1.197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto.”

Diante da lei temos no Direito de Superfície dois sujeitos: o proprietário-concedente e o superficiário. O primeiro deles possui, durante o prazo que perdurar a Superfície a posse indireta do imóvel, e o superficiário a posse direta, em virtude do direito real que ora estudamos.

A utilização do subsolo e do espaço aéreo na propriedade superficiária

No início do nosso estudo, observamos que nos termos do artigo 1369 do Código Civil, o legislador vetou que o Direito de Superfície propiciasse obras no subsolo, exceto se fosse inerente ao objeto da concessão. O Estatuto da Cidade por sua vez, de forma oposta, afirmou que a Superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo, atendida, naturalmente, a legislação urbanística.

A possibilidade de se instituir direitos reais de fruição e garantia sobre a propriedade superficiária

Questão interessante é sobre a constituição de direitos reais sobre coisa alheia de fruição e/ou de garantia incidente sobre um imóvel sujeito ao Direito de Superfície.

Indaga-se se é possível, v.g., existir uma servidão, usufruto, uso, habitação ou hipoteca sobre a propriedade superficiária. A resposta parece-me positiva.

Pode o superficiário, quer convencionalmente ou por força de lei, ter a sua construção submetida ao ônus de fazer ou não fazer em prol de um imóvel vizinho, ou seja, pode tornar-se um prédio serviente em relação a outro dominante. Naturalmente, deve ser observado que será uma servidão sob condição resolutiva, pois, uma vez extinta a Superfície, o direito real de servidão, que é acessório em relação à propriedade também se extinguirá, pois “o acessório segue o principal”.

O direito de sobrelevação

Imaginemos a seguinte situação: “A” proprietário de um grande terreno constitui um direito de superfície com “B”, este obrigando-se a construir um edifício de dois andares e a explorá-lo como um *shopping center* por trinta anos, quando então cessará o seu direito de superficiário e retornará para “A” a posse e a propriedade plena do imóvel edificado. Após um ano de obras, inicia-se a exploração do centro de compras. Transcorrido nove anos da exploração, o superficiário “B” é procurado pelo investidor “C” ofertando-lhe vultosa quantia de dinheiro para que o

superficiário lhe ceda a cobertura da edificação para que ele construa quadras de esportes e as explore por dez anos.

O aspecto temporal

Como já foi comentado, o Direito de Superfície nos ditames do Código Civil será sempre temporário, não podendo ocorrer perpetuidade na relação entre proprietário-concedente e superficiário, sob pena de descaracterizá-lo e, afrontar o princípio do *superfícies solo cedit* (o que se acresce ao solo é de propriedade do dono da terra).

De fato, é intrínseco à Superfície a sua transitoriedade, pois, a contraprestação que o concedente auferir com a transmissão da posse direta ao superficiário para que este explore o imóvel, não pode se perpetuar no tempo, sob pena de sofrer um desequilíbrio contratual, tornando-se hipossuficiente em relação à potestade do superficiário no aspecto temporal.

A retribuição monetária pela concessão do Direito de Superfície

Dispõe o Código Civil:

Art. 1370 – A concessão da superfície será gratuita ou onerosa; se onerosa, estipularão as partes se o pagamento será feito de uma só vez, ou parceladamente.

Por sua vez, dispõe o Estatuto da Cidade:

Art. 21 –...

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

Aspectos tributários e outros encargos

Dispõem o Código Civil e o Estatuto da Cidade, respectivamente:

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

Art. 21. ...

§ 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.

Quanto à responsabilidade tributária de impostos que incidem sobre propriedade territorial, dispõe o Código Tributário Nacional:

Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural

Art. 29. O imposto, de competência da União, sobre a propriedade territorial rural tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, como definido na lei civil, localização fora da zona urbana do Município.

Art. 30. A base do cálculo do imposto é o valor fundiário.

Art. 31. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular de seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.

Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana

Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

§1º. ...

§2º. ...

Art. 33. A base do cálculo do imposto é o valor venal do imóvel.

Parágrafo único. ...

Art. 34. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.

A transmissibilidade do Direito de Superfície

Dispõe o Código Civil:

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

E o Estatuto da Cidade:

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.

...

§ 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.

Como a constituição do Direito de Superfície ocorre, costumeiramente, com a lavratura da escritura pública e posterior registro imobiliário, a transmissão ocorrerá da mesma forma.

Conclusão

O Direito Real de Superfície, indiscutivelmente, se apresenta como um admirável instituto jurídico de cunho político, econômico, social e jurídico.

Político, na medida em que, conforme disposições do Estatuto da Cidade, é instrumento de política urbana, capaz de proporcionar à Administração a melhor utilização dos espaços citadinos, possibilitando que a Pessoa Jurídica de Direito Público Interno impute à sua propriedade uma função comunitária, sem, contudo, afrontar seus interesses privados.

Econômico, pois o Direito de Superfície pode ser a sonhada solução aos proprietários de imóveis não-edificados que suportam enormes ônus em

razão da inutilidade, como a tributação elevada ou a perda da posse em razão de invasão por terceiros. Nesta hipótese, como demonstrado no trabalho, se bem celebrado, proporcionará ao proprietário do solo adquirir, após algum tempo, a propriedade de uma edificação sem, contudo, despende qualquer recurso. Ademais, o superficiário, sem um grande investimento inicial com a aquisição do solo, poderá explorar a benfeitoria realizada, auferindo significativo lucro.

Sobretudo, o Direito Real de Superfície possui um caráter social, justamente porque é instituto jurídico com viés político e econômico, capaz de proporcionar grandes avanços, ao induzir maior arrecadação tributária, geração de empregos, organização urbana, produção agrícola, comercial e industrial, enfim, um verdadeiro instrumento de interesse social.

A existência de duas normas regulando o instituto sendo uma eminentemente de Direito Privado (Código Civil) e outra de Direito Público (Estatuto da Cidade), se justifica na medida em que são compatíveis entre si, mormente porque suas disposições devem ser aplicadas em situações diversas, a primeira (Direito Civil) quando Superficiário e Concedente forem pessoas naturais ou de Direito Privado, isto é, quando a Superfície for instituída com escopo de satisfazer interesses particulares. Todavia, no Estatuto da Cidade as normas serão aplicadas na medida em que se constatar a Superfície como instrumento de política urbana, ou seja, com objetivo de satisfazer o interesse público. Nada obsta, porém, que haja um diálogo de fontes, na medida em que a Função Social do Direito de Superfície se faz sempre presente, permitindo, assim, que o intérprete promova uma harmonização de dispositivos de ambas as normas quando no caso concreto se fizer necessário à melhor persecução dos objetivos vislumbrados pelas partes envolvidas.

Outras conclusões podem ser observadas na exposição deste trabalho, como: o instituto tem como origem o Direito Público Romano e seus fundamentos são os mesmos, sofrendo apenas adaptações às realidades atuais, mormente no que concerne a sua utilização por particulares com objetivos meramente privados. Ademais, com a crescente concentração da população nas grandes cidades, o Direito de Superfície passou a ser entendido como um instrumento de política urbana, devendo o Poder Público utilizá-lo como forma de compelir o particular a dar função social à sua propriedade.

Os países estrangeiros, sobretudo os Europeus, utilizam-se de forma mais profícua do Direito de Superfície, justificando-se tal fato pela maior urbanização e em razão de ter sido ali regulamentado o instituto há mais tempo que no Brasil.

De fato, como demonstrado, existem duas principais correntes doutrinárias que se dispõem a explicar a natureza jurídica do instituto, uma tratando-o como Direito Real sobre Coisa Alheia de Fruição e a outra como modalidade de Propriedade. Concluímos que ambas as definições possuem fundamentação teórica e prática que as sustentem e, portanto, tal discussão deve ser travada apenas com um enfoque prático, pois, por vezes o caso concreto nos demonstrará que ocorreu um desmembramento da propriedade entre dois titulares concomitantes (Concedente e Superficiário) e por vezes o exercício dos direitos do superficiário serão claramente coadunados com a atuação de um detentor de direito real sobre coisa alheia.

Outrossim, muito embora o Direito Positivo seja parcialmente omissivo em algumas questões, conclui-se que o Direito Real de Superfície pode ser constituído por outras formas não previstas nas leis, bem como, pode ocorrer no Brasil a Superfície por Cisão e por Sobrelevação. Ademais, o

Superfideário possui a mesma proteção possessória de qualquer outro possuidor direto, assim como pode fazer uso dos direitos petitórios em harmonia com os do proprietário, no curso do prazo da Superfície. Demonstrou-se também que sobre a Superfície podem incidir outros Direitos Reais como o Usufruto e a Hipoteca, que a existência do Direito de Superfície gera consequências tributárias para as partes envolvidas, bem como, no tocante à Responsabilidade Civil.

Foi exposto, ainda, que as normas (Código Civil e Estatuto da Cidade) trouxeram um rol apenas exemplificativo no que concerne às formas de extinção do Direito de Superfície e que existem vários pontos que o identificam e dissociam de outros institutos.

Por fim, colacionamos algumas decisões judiciais que abordaram o Direito de Superfície, com o intuito de demonstrar ao leitor que, efetivamente, o estudo do tema tem indiscutível finalidade prática, apesar de recente no nosso ordenamento jurídico.

Pelo exposto, a hipótese apresentada, qual seja, que se justifica a existência de ambas as normas (Código Civil e Estatuto da Cidade), bem como existe harmonia no ordenamento, foi demonstrada, além de indiscutível aspecto prático na sociedade atual.