

O Direito Real de Superfície: Singelas Ponderações

Resumo:

Ao se analisar o direito de superfície, cuida salientar, em um primeiro momento, que o mencionado se alicerça na faculdade que o proprietário possui de conceder a um terceiro, denominado de *superficiário*, a propriedade das construções e plantações que este realize sobre o sob o solo alheio, incluindo-se o solo, o subsolo e o espaço aéreo, por lapso temporal determinado ou ainda sem prazo, desde que seja promovida a escritura pública no registro imobiliário. Com efeito, trata-se de instituto que rememora ao direito romano, surgido na fase final do período clássico, em que se observa o intenso desenvolvimento urbano do Império Romano. Em seu advento, o direito à superfície estava atrelado, de maneira nevrálgica, às relações de direito obrigacional e posteriormente como direito real em coisa alheia. Em decorrência do aperfeiçoamento do modelo jurídico no direito medieval, notadamente em razão do interesse da Igreja em conferir legitimidade às construções erigidas em seus terrenos, e, ulteriormente, pelas legislações contemporâneas, a superfície passou a ser reconhecida como verdadeiro direito de propriedade. Denota-se, desta sorte, que houve o abrandamento do princípio do abrandamento da unicidade da titularidade, eis que, de maneira inédita, a propriedade do solo se desvincularia da propriedade das construções e plantações, servindo como instrumento apto a conter situações de crise habitacional.

Palavras-chaves: Direito de Superfície. Propriedade. Direito Civil.

Sumário: 1 Considerações Iniciais; 2 O Direito de Superfície: Conceito e Natureza Jurídica; 3 Conteúdo do Direito de Superfície; 4 Extinção do Direito de Superfície.

1 Considerações Iniciais

Em linhas inaugurais, ao se dispensar uma análise ao tema central do presente, necessário se faz examinar a Ciência Jurídica, assim como suas múltiplas e distintas ramificações, a partir de um viés norteado pelas relevantes modificações que passaram a permear o seu arcabouço teórico-doutrinário, bem como seu sedimento normativo. Nesta perspectiva, valorando os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a emoldurar o Direito, é plenamente possível grifar que

não subsiste a visão na qual a ciência ora aludida era algo pétreo e estanque, indiferente à gama de situações produzidas pela coletividade, enquanto elemento de convívio entre o ser humano. Como resultante do acinzelado, infere que não mais vigora a imutabilidade dos cânones que outrora orientavam o Direito, o aspecto estanque é achatado pelos anseios e carências vivenciados pela sociedade.

Ainda nessa trilha de exposição, *“é cogente a necessidade de adotar como prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*¹. Com efeito, a utilização da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como axioma maior de sustentação é mecanismo proeminente, quando se tem, como objeto de ambição, a adequação do texto genérico e abstrato das normas, que integrem o arcabouço pátrio, às nuances e complexidades que influenciam a realidade moderna.

Ao lado disso, há que se citar o voto magistral proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, no qual, com clareza solar, apresenta ponderações ao aspecto de dinamicidade do Direito, enquanto ciência detentora de plural arcabouço:

[...] o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza [...] É do presente, na vida real, que se toma as forças que lhe conferem vida. E a realidade social é o presente; o presente é vida --- e vida é movimento. Assim, o significado válidos dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos².

Ao lado do esposado, quadra negritar que a visão pós-positivista que passou

¹ VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em: 07 set. 2012.

² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não-Characterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Acórdão proferido em ADPF 46/DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05.08.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 07 set. 2012.

a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Por necessário, há que se citar o entendimento de Verdán (2009), “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”³. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

Gize-se, por necessário, a brilhante manifestação apresentada pelo Ministro Marco Aurélio, que, ao abordar acerca das linhas interpretativas que devem orientar a aplicação da Constituição Cidadã, expôs:

Nessa linha de entendimento é que se torna necessário salientar que a missão do Supremo, a quem compete, repita-se, a guarda da Constituição, é precipuamente a de zelar pela interpretação que se conceda à Carta a maior eficácia possível, diante da realidade circundante. Dessa forma, urge o resgate da interpretação constitucional, para que se evolua de uma interpretação retrospectiva e alheia às transformações sociais, passando-se a realizar a interpretação que aproveite o passado, não para repeti-lo, mas para captar de sua essência lições para a posteridade. O horizonte histórico deve servir como fase na realização da compreensão do intérprete⁴.

Nesta toada, os princípios jurídicos são erigidos à condição de elementos que trazem em seu âmago a propriedade de oferecer uma abrangência ampla, contemplando, de maneira única, as diversas espécies normativas que integram o ordenamento pátrio. Em razão do esposado, tais mandamentos passam a figurar como supernormas, isto é, “*preceitos que exprimem valor e, por tal fato, são como pontos de referências para as demais, que desdobram de seu conteúdo*”⁵. Percebe-se, a partir da teoria em testilha, que os dogmas jurídicos são desfraldados como

³ VERDAN, 2009. Acesso em: 07 set. 2012.

⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não-Characterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Acórdão proferido em ADPF 46/DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05.08.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 07 set. 2012.

⁵ VERDAN, 2009. Acesso em: 07 set. 2012.

verdadeiros pilares sobre os quais o arcabouço teórico que compõe o Direito se estrutura, segundo a brilhante exposição de Tovar⁶.

2 O Direito de Superfície: Conceito e Natureza Jurídica

Ao se analisar o direito de superfície, cuida salientar, em um primeiro momento, que o mencionado se alicerça na faculdade que o proprietário possui de conceder a um terceiro, denominado de *superficiário*, a propriedade das construções e plantações que este realize sobre o sob o solo alheio, incluindo-se o solo, o subsolo e o espaço aéreo, por lapso temporal determinado ou ainda sem prazo, desde que seja promovida a escritura pública no registro imobiliário. Como bem anota Diniz, a superfície é a “*concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, onerosa ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins de urbanização, industrialização, edificação, cultivo de terra ou outra utilização de interesse social*”.

Com efeito, trata-se de instituto que rememora ao direito romano, surgido na fase final do período clássico, em que se observa o intenso desenvolvimento urbano do Império Romano. Em seu advento, o direito à superfície estava atrelado, de maneira nevrálgica, às relações de direito obrigacional e posteriormente como direito real em coisa alheia. “*Em Roma, a superfície sempre foi um direito real em coisa alheia, sem que nunca fosse alcançada a noção de propriedade autônoma*”⁸. Em decorrência do aperfeiçoamento do modelo jurídico no direito medieval, notadamente em razão do interesse da Igreja em conferir legitimidade às construções erigidas em seus terrenos, e, ulteriormente, pelas legislações contemporâneas, a superfície passou a ser reconhecida como verdadeiro direito de propriedade. Denota-se, desta sorte, que houve o abrandamento do princípio do abrandamento da unicidade da titularidade, eis que, de maneira inédita, a propriedade do solo se desvincularia da propriedade das construções e plantações, servindo como instrumento apto a conter situações de crise habitacional.

⁶ TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 07 set. 2012.

⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de **Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. 26ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 485.

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 484.

Insta salientar que as construções e plantações se apresentam como acessões contínuas, sendo caracterizadas pela união externa das coisas, eis que tudo aquilo que é plantado ou construído em solo alheio passa a ser propriedade definitiva do dono do solo. Configura, com destaque, o adágio *superfície solo cedit*, ou seja, a superfície acede ao solo. “*Tudo que era plantado ou edificado no solo passava a integra-lo e ao seu dono pertencia, não podendo ser objeto de transferência senão juntamente com o solo*”⁹. Nesta senda, denota-se a substancialização do ideário de que tudo aquilo que fosse acrescido ao solo a este se agregava, passando, por consequência, a pertencer ao dono do solo. Haverá, ao lado disso, o sobrestamento temporário dos efeitos da acessão, porquanto a propriedade da construção ou plantação efetivada em solo alheio será daquele que a realizou, permanecendo a propriedade do solo com o seu proprietário. Segundo Diniz¹⁰, a superfície e a exceção ao princípio de que o acessório acompanha o principal, eis que o Ordenamento Pátrio concede um direito real sobre construção ou plantação feita em terreno alheio, utilizando, para tanto, sua superfície. Conforme obtemperam, com propriedade, Farias e Rosenvald, segue-se “*a lição enraizada na cultura germânica, pelo qual se valoriza o ‘trabalho de quem constrói ou planta em detrimento do proprietário do solo*”¹¹.

Infere-se a ocorrência de um fenômeno de superposição de duas propriedades distintas, sendo que o proprietário e o superficiário atuarão em esferas distintas. Neste passo, enquanto o superficiário adquire a propriedade resolúvel das acessões, compreendendo-se plantações e construções, o proprietário mantém a titularidade sobre o solo. Ao lado disso, quadra assinalar que ocorre a criação de duas propriedades autônomas e não um desdobramento dos poderes dominiais, a exemplo do que se percebe em direitos reais tradicionais de fruição, como o usufruto e a enfiteuse. Maria Helena Diniz destaca que o direito de superfície “*é um direito de posse sobre plantações e construções, separado do domínio do solo, por ser, na verdade, um direito real de construir ou plantar em terreno de outrem*”¹². Não há que se cogitar acerca da existência de subordinação entre um bem em detrimento do

⁹ AZEVEDO, Adriano Barcelos de. O direito real de superfície e o seu reingresso no ordenamento jurídico brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 622, 22 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 07 set. 2012.

¹⁰ DINIZ, 2011, p. 493.

¹¹ FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 484.

¹² DINIZ, 2011, p. 492.

outro, de natureza inferior. “*Tratam-se de duas propriedades autônomas e horizontalmente fracionadas, cada qual mantendo a sua exclusividade e os atributos de uso, fruição, disposição e reivindicação*”¹³. Neste sentido, cuida trazer à colação o entendimento jurisprudencial que abaliza o expendido:

Ementa: Apelação Cível. Embargos à Execução. Honorários de Profissional. Não havendo direito real de superfície autônomo em relação à propriedade, descabida a penhora sobre construção feita em terreno alheio. Apelo Improvido. Unânime. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Segunda Câmara Especial Cível/ Apelação Cível Nº 70001271428/ Relator: Desembargador Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil/ Julgado em 06.06.2001)

Calha salientar que o direito de superfície reclama, para a sua constituição enquanto direito real imobiliário, tão apenas a celebração de um contrato, de forma solene, firmado por escritura pública, independentemente do valor do imóvel, devendo, pois, ser levado, obrigatoriamente, ao registro. Neste passo, clara é a dicção do artigo 1.369 do 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*”¹⁴. É permitido aos pactuantes, ainda, que estipulem, quando da elaboração do contrato, quaisquer cláusulas, desde que estas não lesem a legislação urbanística, como anota o artigo 21 do Estatuto das Cidades¹⁵.

No mais, anote-se, oportunamente, que não há qualquer óbice para que o direito real em comento seja concebido através de negócio jurídico ou mesmo por cédula testamentária. “*Uma das maiores utilidades do direito de superfície é a sua grande densidade econômica*”¹⁶, já que uma pessoa poderá construir ou plantar em solo alheio, sem que tenha necessidade de adquirir o terreno e pagar grandes quantias, assegurando a materialização da função social da propriedade. Observe-se, de um lado, que o superficiário adquire as acessões e explora todos os

¹³ FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 485.

¹⁴ BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 set. 2012.

¹⁵ BRASIL. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 set. 2012: “**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”.

¹⁶ FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 485.

potenciais econômicos que o imóvel oferta, evitando-se, por conseguinte, a antieconomicidade da propriedade. O proprietário do imóvel, de outro lado, mantém a titularidade, percebendo uma renda pela concessão da superfície, atalhando, por extensão, que o imóvel venha a ser alvo das sanções municipais, em decorrência da subutilização da propriedade, vez que não é detentor de recursos financeiros que lhe permita promover edificações.

O direito de superfície encontra-se albergado tanto nas disposições contidas no Estatuto das Cidades quanto no Código Civil vigente. A Lei nº. 10.257¹⁷, de 10 de julho de 2001, é norma especial cuja finalidade e essência são distintas do Diploma Civilista, eis que aquela regula a disciplina urbanística e ambiciona a promoção da função social da cidade, conferindo-lhe sustentabilidade e condições dignas de vida, ao passo que esse trata o direito de superfície enquanto instrumento destinado a satisfazer as necessidades e interesses de cunho privado. Farias e Rosenvald, ao apreciarem o tema, com bastante pertinência, assinalam que:

Assim, se um município instituir direito de superfície no subsolo de uma praça – após prévia desafetação do bem público - a fim de que um particular edifique estacionamentos ou, então, um proprietário particular concede um espaço ocioso para que outro particular construa um centro de artes de acesso à população, aplicaremos as normas da legislação especial, que objetiva combater a especulativa subutilização de espaços urbanos e incrementar a criação de empregos e geração de riquezas. Todavia, se o proprietário *A* concede a superfície de seu terreno urbano para que *B* construa uma pista de Cooper em seu interesse particular, ou a concessão efetive-se no espaço aéreo de uma casa próxima a praia, para que o vizinho não perca a bela vista para o mar, estaremos no campo do Código Civil, pois apesar de se tratar de imóvel urbano, a relação jurídica é de direito privado, sem qualquer relevância imediata para o direito urbanístico¹⁸.

Pela modalidade de direito de superfície albergada no Estatuto da Cidade, é permitido ao Poder Público cobrar das empresas cessionárias de serviços públicos um numerário pelo uso de seu solo ou espaço aéreo, eis que as redes de telefonia, eletricidade, televisão a cabo e infovia, utilizam a superfície das vias públicas ou, quando enterradas, seu subsolo, para implantar os seus serviços. Acresça-se, ainda, que a superfície encontra-se inserida no rol dos direitos reais, em *numerus clausus*,

¹⁷ BRASIL. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 set. 2012.

¹⁸ FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 486.

cujo elenco se encontra entalhado no artigo 1.225, inciso II, do Código Civil¹⁹, constituindo-se por meio de registro do título constitutivo no Cartório de Registro Geral de Imóveis, produzindo efeito *erga omnes*.

Prima sublinhar o direito de superfície é um direito real sobre coisa alheia, uma vez que sua formação decorre de uma concessão do titular da propriedade com o escopo de futura edificação, sobre ou sob o solo, ou plantação, que, quando materializada pelo superficiário, dará corpo a um direito, inicialmente, incorpóreo em um bem concretamente autônomo à propriedade do solo do concedente. “O superficiário é também possuidor direto do espaço físico, que inclui o acesso ao entorno necessário para edificar ou plantar, abrangendo as áreas laterais do bem, possibilitando ao concessionário o mais cômodo uso da coisa”²⁰. É permitido, ainda, que reconstrua ou replantar em caso de perecimento do bem superficiário na vigência da relação jurídica. Vale dizer que o bem superficiário, até que seja promovida a construção ou a plantação, será incorpóreo, convivendo, neste ínterim, concomitantemente, o direito real em coisa alheia, já que a superfície se estrutura em propriedade de outrem, e a propriedade do superficiário sobre o que ele erigiu e agora integra com definitividade o solo.

3 Conteúdo do Direito de Superfície

O instituto da superfície denota que o direito de construir tem um valor em si mesmo, independente do valor da propriedade, podendo, inclusive, agregar valor a esta, sendo considerado como direito transferível, eis que se encontra inserto no tráfego jurídico. Com efeito, o superficiário exerce os poderes dominiais sobre a acessão, já que é dono daquilo que se fez sobre o solo, podendo fruir da coisa, como, com clareza solar, verbaliza o artigo 1.369 do Código Civil²¹. Igualmente, poderá o superficiário dispor de seu direito por meio da transferência a terceiros, em razão da entabulação do negócio jurídico, como também devido ao princípio da

¹⁹ BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 set. 2012: “**Art. 1.225. São direitos reais: [omissis] II - a superfície**”.

²⁰ FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 487.

²¹ BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 set. 2012: “**Art. 1.369**. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis”.

saisine em favor dos herdeiros, quando do falecimento do superficiário. Clara é a dicção do artigo 1.372 do Estatuto Civil, “*o direito de superfície pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros*”²². Sobreleva anotar, com baste ênfase, que a transferência da propriedade superficiária, quer seja na modalidade *inter vivos*, quer seja na espécie *causa mortis*, prevalecerá apenas pelo prazo afixado no negócio jurídico originário.

Poderá o superficiário, ainda, reivindicar a coisa de terceiros, tal como utilizar ações possessórias, em razão de agressões ao seu poder fático sobre o bem, já que é titular de propriedade e posse da área objeto da concessão. Farias e Rosenvald assinalam que “*a sua legitimidade para o exercício de tais pretensões não exclui a iniciativa autônoma do concedente (proprietário do solo), pois, na qualidade de possuidor poderá também manejar os interditos possessórios*”²³. Igualmente, poderá o superficiário constituir ônus reais sobre o seu direito de propriedade, concedendo parcelas dominiais para a formação de direitos reais em coisa alheia, a exemplo do que ocorre com o usufruto, servidão e direito de habitação.

Corriqueiramente, o objeto do instituto em comento é a transferência da propriedade das acessões, compreendendo-se as construções, em sentido amplo, e plantações. De maneira excepcional, será viabilizada a utilização do subsolo ou do espaço aéreo, nos termos em que assinala o parágrafo único do artigo 1.369 do Código Civil, o qual espanca que “*o direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão*”²⁴. No que concerne ao subsolo, será necessário que o direito de superfície transpasse dois obstáculos, a saber: inexistência de recursos minerários, caso em que a União adquirirá a propriedade e que a utilização do espaço seja essencial para o empreendimento, como se infere, comumente, nos espaços urbanos, em que é necessária a construção de garagem subterrânea. No que tange à utilização do espaço aéreo, a previsão se encontra acinzelada no artigo 21, §1º, do Estatuto das Cidades²⁵, tendo

²² BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 set. 2012.

²³ FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 489.

²⁴ BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 set. 2012.

²⁵ BRASIL. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 set. 2012: “**Art. 21.** [omissis] **§1º** O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabe-

aplicabilidade prática no âmbito do direito privado, a aquisição por condôminos da superfície do terreno lindeiro, com o escopo de obstar qualquer edificação no imóvel contíguo acima dos limites que inviabilizam o sossego, a privacidade e, até mesmo, o campo visual dos superficiários²⁶.

O Estatuto Civilista permitiu a constituição da superfície em negócios jurídicos apenas com prazos determinados, ao passo que a Lei Nº. 10.257/2001 permitiu, também, a modalidade do negócio sem prazo para imóveis urbanos. Cuida evidenciar que essa abertura permitida no Estatuto das Cidades não tem o condão de desnaturar o instituto em comento, eis que o que é vedado é a perpetuidade do direito de superfície e não o seu prolongamento. A concessão da superfície será gratuita se as partes assim o ajustarem, tal como poderá perceber o proprietário que não compensa a cobrança de valores, em razão da extensão das obras que serão revertidas ao seu patrimônio. Entrementes, poderá o proprietário estabelecer um valor a ser pago de uma única vez ou ainda uma remuneração mensal, denominada de *salarium*, como bem assinala o artigo 1.370 do Código Civil²⁷.

No mais, quadra destacar que o direito de superfície será objeto de negócio jurídico de cessão onerosa ou gratuita para terceiros, assegurando-se direito de preferência ao proprietário, em condições iguais a dos estranhos. Farias e Rosenvald assinalam que “*nada impede que seja o direito de superfície objeto de transferência por legado, em razão de disposições testamentárias, com a possibilidade de inserção de cláusula da propriedade superficiária*”²⁸. Trata-se, com efeito, de negócio jurídico *causa mortis*, ao qual poderão ser aplicadas normas de ordem pública, sem que haja qualquer lesão. Em sendo o direito superficiário constituído a título *inter vivos*, é possível sua transferência, tanto no contrato com ou sem prazo, ficando o novo superficiário que o proprietário detém o direito de denunciar a superfície a qualquer tempo.

Frisar se faz carecido que o reverso também se impõe, eis que o proprietário, ao alienar o bem imóvel na vigência da relação de superfície, deverá conceder o

lecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística”.

²⁶ Neste sentido: FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 491.

²⁷ BRASIL. Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 set. 2012: “**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”.

²⁸ FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 491.

direito de preferência ao superficiário, em consonância com o estipulado no artigo 1.373 do Código Civil²⁹. Salta aos olhos que o direito de preferência resguardado no Ordenamento Pátrio valora e estimula a consolidação do direito de propriedade, unificando, via de consequência, a titularidade. Em sendo negligenciado o direito de preferência, em razão do silêncio do Estatuto Civil acerca de suas implicações, há que se colacionar, por oportuno, o abalizado entendimento de Farias e Rosenvald:

A nosso viso, duas soluções podem preponderar: a uma, concedem-se efeitos meramente obrigacionais em favor do proprietário ou do superficiário cuja preferência for violada, podendo pleitear perdas e danos, na forma estipulada pelo art. 518 do Código Civil; a duas, sanciona-se a violação ao direito de preferência com a própria possibilidade do titular do direito real depositar o preço e consolidar a propriedade e a superfície na sua posse. É de se optar pela segunda via, concedendo-se ao proprietário ou ao superficiário, a via de pretensão reivindicatória com supedâneo no direito de sequela, que é inerente a qualquer direito real. Para tanto, buscamos amparo na regra do art. 504 do Código Civil que permite ao condômino a que se negligenciou a preferência, a adoção do direito potestativo de desconstituir o negócio jurídico de compra e venda no prazo decadencial de 180 dias, podendo em seguida buscar a coisa para si³⁰.

É fato que poderá o superficiário, na qualidade de proprietário do bem que edificou ou plantou, instituir direitos reais de fruição e garantia sobre a coisa. *Id est*, poderá o superficiário constituir direito real de usufruto, tal como promover hipoteca, como instrumento apto a assegurar a obtenção de financiamento hábil à efetivação da edificação. Neste sentido, clara é a redação do inciso I do artigo 1.473 do Código Civil, ao dispor dos objetos que podem ser hipotecados, “*os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles*”³¹. Há que se reconhecer a hipotecabilidade do bem superficiário como um fomento ao tráfego negocial, potencializando o financiamento habitacional. Cuida salientar, também, que o titular do direito real sobre a coisa alheia perderá os poderes dominiais no momento em que se findar a relação jurídica entre o proprietário e o superficiário.

Mister se faz anotar que o superficiário responderá, de maneira integral, pelos

²⁹ BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 set. 2012: “**Art. 1.373**. *Em caso de alienação do imóvel ou do direito de superfície, o superficiário ou o proprietário tem direito de preferência, em igualdade de condições*”.

³⁰ FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 491.

³¹ BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 set. 2012.

encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, suportando, ainda, de maneira proporcional, à sua parcela de ocupação efetiva, com encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo se o contrário dispuser o contrato. Verifica-se que o Código Civil, em seu artigo 1.371³², estabelece um responsável patrimonial em caráter de solidariedade passiva com o proprietário. *“Enquanto o contribuinte tem vínculo pessoal e direto com o fato imponível, o responsável se relaciona apenas de forma mediata com o fato gerador”*³³, podendo, deste modo, o Poder Público cobrar as obrigações tributárias tanto do proprietário quanto do superficiário, ou ainda de ambos.

4 Extinção do Direito de Superfície

A concessão uma vez extinta por averbação de seu cancelamento no Cartório do Registro Geral de Imóveis, o proprietário adentra na condição de titular da propriedade, de maneira plena, adquirindo, por extensão, as acessões edificadas pelo superficiário, sem nenhuma indenização a este, salvo se o contrato em sentido contrário albergou disposição. *“Extinta a concessão, o proprietário passará a ter a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário”*, clara é a dicção do artigo 1.375 do Código Civil³⁴. A regra contida no dispositivo legal retromencionado demonstra que a superfície é propriedade resolúvel, uma vez que sua aquisição está atrelada a evento futuro, descrito no negócio jurídico de origem.

No que tange ao direito de superfície instituído sem prazo, cuja previsão encontra escora no Estatuto das Cidades, poderá o proprietário do terreno vindicar a resolução contratual a qualquer tempo, sendo considerada como suficiente a interpelação judicial ou extrajudicial do superficiário. *“De fato, em uma linha de razoabilidade, poderá o magistrado suspender a faculdade resolutória derivada do direito potestativo do proprietário”*³⁵. Ainda que no silêncio do contrato, o proprietário venha a receber, de maneira gratuita, as acessões, tal fato não importará prejuízo ao

³² BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 set. 2012: “**Art. 1.371**. O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel”.

³³ FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 493.

³⁴ BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 set. 2012.

³⁵ FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 494.

superficiário, já que este teve a oportunidade de explorar a superfície por tempo suficiente para traduzir sua atuação em benesses financeiras. Deste modo, o pagamento de indenização ao superficiário se revela medida de exceção.

Cuida destacar que vindo à extinção da superfície se operar antes do prazo ajustado pelas partes, caso o superficiário conceda destinação distinta daquela para que foi concedida, na forma que verbaliza o artigo 1.374 do Código Civil³⁶. Verifica-se, *in casu*, espécie de resolução contratual em decorrência do inadimplemento de obrigação de fazer, em razão do desvio da finalidade. “*A elisão da função social da propriedade é fato gravíssimo, sendo que qualquer alteração na feição a ser concedida ao bem demanda prévia consulta e anuência do proprietário*”³⁷, sendo, para tanto, carecido registro no Cartório Imobiliário, mediante termo aditivo com expressa menção à alteração convencionada entre as partes.

O inadimplemento e a resolução contratual podem decorrer da falta de pagamento do *salarium* ou pelo descumprimento de outras cláusulas entabuladas, como, por exemplo, recusa do pagamento do tributo ou, ainda, danos causados ao imóvel. Em ocorrendo, no curso do contrato de superfície, a desapropriação do terreno, a indenização a ser paga será, de maneira proporcional, dividida entre o proprietário e o superficiário, consoante a apropriação econômica de cada uma das partes, como elucida o artigo 1.376 do Código Civil³⁸. O dispositivo legal pondera que o proprietário receberá o valor atinente ao terreno, ao passo que o superficiário perceberá o *quantum* alusivo às acessões. Com o escopo de evitar iniquidade, o proprietário deverá se acautelar ao elaborar a cláusula contratual, prevendo que, quanto mais se avizinha o término da concessão, maior será a parcela de sua participação na verba indenizatória decorrente da desapropriação, a título das edificações erigidas pelo superficiário.

Referências:

³⁶ BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 set. 2012: “**Art. 1.374.** *Antes do termo final, resolver-se-á a concessão se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para que foi concedida*”.

³⁷ FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 494.

³⁸ BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 set. 2012: “**Art. 1.376.** *No caso de extinção do direito de superfície em consequência de desapropriação, a indenização cabe ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito real de cada um*”.

AZEVEDO, Adriano Barcelos de. O direito real de superfície e o seu reingresso no ordenamento jurídico brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 622, 22 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 07 set. 2012.

BRASIL. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 set. 2012.

BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 set. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. 26ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 2ª ed. (rev. e aum.). Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2004.

TOVAR, Leonardo Zehuri. **O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível no site: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 07 set. 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível no sítio eletrônico: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em: 07 set. 2012.