

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

RENATA PERCÍLIO RODRIGUES

ANÁLISE COMPARATIVA DO DIREITO DE SUPERFÍCIE NO ESTATUTO DA
CIDADE E NO CÓDIGO CIVIL:
O INSTITUTO COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO URBANO

Recife
2014

Renata Percílio Rodrigues

**ANÁLISE COMPARATIVA DO DIREITO DE SUPERFÍCIE NO ESTATUTO DA
CIDADE E NO CÓDIGO CIVIL:
O INSTITUTO COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO URBANO**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas
Orientadora: Prof. Alessandra Macedo Asfora

Recife
2014

Rodrigues, R. P.

Análise comparativa do direito de superfície no estatuto da cidade e no código civil: o instituto como instrumento de planejamento urbano. Renata Percílio Rodrigues. Recife: O Autor, 2014.

58 folhas.

Orientador (a): Prof^a Alessandra Macedo Asfora

Monografia (graduação) – Bacharelado em Direito - Faculdade Damas da Instrução Cristã.

Trabalho de conclusão de curso, 2014.

Inclui bibliografia.

1. Direito 2. Direito de Superfície 3. Código Civil 4. Estatuto da Cidade 5. Função Social da Propriedade Urbana.

**340 CDU (2^aed.)
340 CDD (22^a ed.)**

**Faculdade Damas
TCC 2014 – 247**

Renata Percílio Rodrigues

**ANÁLISE COMPARATIVA DO DIREITO DE SUPERFÍCIE NO ESTATUTO DA
CIDADE E NO CÓDIGO CIVIL: O INSTITUTO COMO INSTRUMENTO DE
PLANEJAMENTO URBANO.**

DEFESA PÚBLICA em Recife, 02 de junho de 2014

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Orientador: Prof. Alessandra Macedo Asfora

Examinador: Prof. Paulo Roberto Cerqueira

RESUMO

O direito de superfície ressurge no ordenamento brasileiro através do Estatuto da Cidade e do Código Civil de 2002, seguindo a esteira da nova ordem constitucional de impor ao exercício do direito de propriedade o cumprimento da sua função social. O conflito normativo entre os dois diplomas, entretanto, ocasionou um entrave à aplicação prática deste direito, uma vez que o Estatuto da Cidade é lei especial, de natureza urbanística, enquanto o Código Civil é norma geral. O entrave à aplicação do instituto é objeto de debate da doutrina, que busca conciliar os dois ordenamentos em busca da melhor compreensão acerca da aplicação do direito de superfície no Brasil. Desta forma, o trabalho busca sintetizar os conflitos e suas possíveis soluções através da análise da construção doutrinária e interpretação comparativa dos dispositivos legais. É, ainda, objetivo do trabalho, relacionar o direito de superfície à função social da propriedade urbana, demonstrando que as omissões legais quanto às suas modalidades de incidência possibilitam a sua interpretação em consonância com este princípio, dando bojo ao direito urbanístico para utilizar o instituto como mecanismo de ordenamento do espaço urbano.

Palavras-chave: Direito de Superfície. Código Civil. Estatuto da Cidade. Função Social da Propriedade Urbana.

ABSTRACT

Surface rights resurfaces in the Brazilian legislation through the City Statute and the Civil Code of 2002, following the new constitutional order that imposed on the exercise of property rights to fulfill their social function. The normative conflict between the two texts, however, caused an obstacle to the practical application of this right, since the Statute of the City is a special law of urban nature, while the Civil Code is a general codification. The obstacle to the implementation of the institute is open to debate doctrine, which seeks to reconcile the two systems in pursuit of better understanding of the application of the surface rights in Brazil. Thus, the work seeks to synthesize the conflicts and their possible solutions by analyzing the doctrinal construction and comparative interpretation of the legal provisions. It also aims of the study relate the surface rights to the social function of urban property, demonstrating that legal omissions as to the modalities of their incidence enable their interpretation in line with this principle, giving the urban bulge right to use the institute as mechanism for planning of urban space.

Keywords: Surface Rights. Civil Code. City Statute. Social Function of Urban Property.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à Professora Alessandra Macedo Asfora, pela disposição em sanar todas as minhas dúvidas e pela primorosa orientação neste trabalho.

À minha família, pelo suporte em todos os aspectos. Ao meu marido, Pablo, ao meu filho Benjamin, à minha mãe Cláudia e à minha irmã Flávia, pela paciência e compreensão necessárias ao cumprimento desta etapa, pela confiança e palavras de afeto.

Aos meus amigos, que sempre estiveram ao lado, pelas palavras de incentivo e pela motivação, especialmente à Maurilo Sobral. Agradeço também àqueles que tiveram disponibilidade para ouvir e debater a pesquisa, independentemente de pertencer à área jurídica, especialmente Hebert Oliveira.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	HISTÓRICO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE	11
2.1	Surgimento do Instituto.....	11
2.2	Idade Média: Aperfeiçoamento	13
2.3	A Superfície nos Ordenamentos Históricos	15
2.3.4	Italiano	15
2.3.5	Alemão	15
2.3.6	Francês	16
2.3.7	Inglês.....	16
2.3.8	Espanhol.....	17
2.4	A Superfície no direito luso - brasileiro.....	17
3	DIREITO DE SUPERFÍCIE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	21
3.1	Abordagem teórica do direito de superfície e modalidades	21
3.1.4	Natureza jurídica: ius in re aliena x ius in re propria.....	22
3.2	Coexistência dos Ordenamentos.....	24
3.3	Procedimento: Formas de constituição	25
3.3.4	Usucapião como forma de aquisição da propriedade superficiária	30
3.4	Exercício	32
3.5	Formas de extinção	34
4	DIREITO DE SUPERFÍCIE E PLANEJAMENTO URBANO.....	37
4.1	Função social da propriedade urbana e direito de superfície	37
4.2	A concessão do subsolo	41
4.3	A constituição da superfície por cisão	42
4.4	A Sobrelevação e a transferência de volume de edificabilidade	44
4.5	Da confusão do direito de superfície com outros institutos de natureza real.....	46
4.6	Direito Comparado	48
4.6.4	Itália	48
4.6.5	Portugal	49
4.6.6	França.....	50
4.6.7	Alemanha	51
4.6.8	Espanha	52

5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
	REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

O direito de superfície é um direito real que foi recentemente reintroduzido no ordenamento jurídico brasileiro e está disciplinado na Lei 10.257 de 2001, Estatuto da Cidade, no Código Civil de 2002. O objetivo do legislador ao reavivar este instituto, que chegou ao Brasil através das Ordenações Portuguesas, tendo sido deixado de lado mais tarde pelo Código Civil de 1916, foi permitir uma maior dinamização da propriedade privada, uma vez que a Constituição Federal de 1988 trouxe como preceito o princípio da função social.

O instituto, que tem suas origens no direito romano, evoluiu e foi sofreu desdobramentos à medida que foi sendo incorporado aos ordenamentos de diversos países, se tornando um direito extremamente dinâmico, permitindo o melhor aproveitamento da propriedade. Por esta razão, foi ganhando relevância no cenário urbanístico, por se apresentar como medida efetiva de resolução de problemas sociais oriundos da má utilização da propriedade privada.

Por se demonstrar de enorme relevância para a compreensão do direito de superfície assim como a sua individualização em relação aos outros direitos reais, pretende-se realizar um breve esboço histórico para que se possa visualizar o seu surgimento, que tipos de demandas sociais permitiram o seu avanço no tempo através dos ordenamentos e por fim, de que maneira ele chegou ao País.

No Brasil, das leis que preveem o direito de superfície, a que primeiro entrou em vigor foi o Estatuto da Cidade, um diploma de cunho urbanístico, que estabelece diretrizes de planejamento do espaço urbano e as competências das esferas de poder, sendo de grande, senão de maior importância a implementação de políticas pelo Poder Municipal, através da elaboração do Plano Diretor.

No ano seguinte, o Código Civil seguindo a tendência da ordem constitucional, também trouxe, dentre os seus artigos, o direito de superfície, criando um conflito normativo com o Estatuto da Cidade, por conter dispositivos que confrontam diretamente o disposto na lei urbanística.

Um dos objetivos do trabalho é analisar como o instituto é tratado pelas duas legislações em que está disciplinado, através da interpretação dos dispositivos legais e do estudo da construção doutrinária acerca do conflito normativo para compreender de que forma o direito de superfície pode ser aplicado no direito brasileiro, no tocante à sua conceituação, seu procedimento, seu exercício e sua extinção.

De maneira subsequente, pretende-se demonstrar como o direito de superfície pode ser um instrumento de planejamento urbano e mecanismo de efetivação da função social da propriedade, através da interpretação dos dispositivos legais em consonância com o princípio da função social da propriedade urbana. Pretende-se, ainda, ilustrar como outras modalidades de aplicação do instituto, não disciplinadas no ordenamento jurídico brasileiro, podem ser de intenso aproveitamento para a melhor utilização do espaço urbano.

Após a exploração do direito de superfície no Brasil, objetiva-se realizar breve análise do instituto no direito estrangeiro, para efeitos de comparação quanto sua à estrutura e à sua utilização em outros países.

A meta do trabalho é explorar o direito de superfície no que tange ao melhor aproveitamento do espaço urbano, de maneira que seja possível demonstrar a relevância deste instituto para fins de organização das cidades e a sua aptidão para funcionalizar o domínio, sem extinguir o direito de propriedade.

2 HISTÓRICO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

2.1 Surgimento do Instituto

O direito de superfície surge no Período Clássico romano, para atender ao crescimento urbano experimentado pelo Império e solucionar o problema da concentração de terras¹. Regia o direito romano de propriedade, o princípio *superficies solo cedit*, traduzido na expressão “superfície segue o solo”, que em poucas palavras denota o caráter absoluto e individual da propriedade. Desta maneira, tudo o que fosse vinculado ao solo, seria revertido em favor do proprietário deste, não havendo a possibilidade de transferência de domínio da superfície senão em conjunto com o solo, devido à natureza indivisível conferida à propriedade por este princípio².

O direito dos povos germânicos ignorava a existência da propriedade individual, vigorando entre as tribos, que vivia especialmente da criação de gado e exploração das pradarias, a noção de propriedade do clã. As terras e os cultivos pertenciam à comunidade, não havendo distinção entre superfície e solo. Entretanto, não se conferia ao produto da terra, isto é, às plantações ou às construções de modo geral, a natureza acessória em relação ao solo, podendo ser removidos a qualquer tempo. Nas palavras de Marcus Vinícius dos Santos Andrade, entre os germânicos "desconhecia-se a regra *superficies solo cedit*, bem como a existência do *ius in re aliena*. O essencial era o produto profícuo do trabalho humano, descaracterizada a acessão. A terra arada e o imóvel edificado é que justificavam a utilização do solo"³.

O direito de superfície nasce por derivação de uma modalidade de arrendamento de natureza obrigacional. Foi com a expansão do Império Romano que se iniciou a prática de ocupação das terras estatais, inicialmente para cultivo, tendo se desenvolvido para outra modalidade de arrendamento, destinada à edificação. Até então, não tinha o direito de superfície caráter do direito real. A superfície, em Roma, surge primeiramente no âmbito público, quando por força do *superficies solo cedit*, o Estado romano incorporava ao seu patrimônio construções

¹ ANDRADE, Margarida Costa. Observações ao regime jurídico do direito de superfície (e dúvidas que daí resultaram). **Revista de Direito Imobiliário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.34, n.71, p. 93-138, jul./dez. 2011. p. 96.

² SILVA, Américo Luís Martins. Do regime de concessão ao direito de superfície. **Revista da AGU**. Brasília: AGU, v.8, n.20, p. 43-77, abr./jun. 2009. p. 45.

³ ANDRADE, Marcus Vinícius dos Santos. **Superfície à Luz do Código Civil e do Estatuto da Cidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p.38.

realizadas por terceiros em suas terras, concedendo entretanto, o uso da construção pelo construtor mediante o pagamento do *solarium*, permanecendo o Estado como titular do domínio⁴.

Difundindo-se o instituto nestes moldes, torna-se possível a construção em superfícies particulares, também mediante o pagamento do *solarium*. Nas palavras de Marise Pessoa Cavalcanti, “com a evolução dos tempos, necessário se fez abrandar tal princípio para que houvesse adaptação às novas realidades socioeconômicas”⁵. Isto é, foi-se tornando aceitável o desfrute, pelo construtor, daquilo que implantou no solo de outrem.

De acordo com Américo Luís Martins da Silva, a superfície se instituía entre particulares por via contratual, enquanto a relação com o Estado pautava-se apenas em permissão⁶.

Em determinado momento, iniciou-se uma certa confusão em torno de quem seria mero arrendatário e quem seria superficiário, fazendo necessária a intervenção pretoriana, que outorgou a estes últimos a titularidade do interdito *superficibus*, oponível em face de qualquer turbacão ao seu direito. Em um segundo momento, concedeu-lhes também uma ação *in factum*, de natureza reivindicatória, que permitia a utilização de todos os meios possíveis para reaver coisa de seu direito⁷.

Nas palavras do professor Roberto Paulino, “essa conferência de tutela interdital levaria, na fase pós-clássica, à consolidação da superfície como verdadeiro direito real sobre coisa alheia, consistente na possibilidade de ter uso e gozo sobre edifício construído em terreno de outrem”⁸.

Depreende-se que desde o seu princípio, o direito de superfície possuía conotação social, pois implicava em distribuição de terras estatais para construções, possibilitando o desenvolvimento habitacional, sem implicar, contudo, em transferência de domínio, tendo ainda como acessório da concessão da superfície, a geração de renda para o Estado através do pagamento do *solarium*, que seria a prestação paga pela utilização da superfície pública⁹.

⁴ CAVALCANTI, Marise Pessoa. **Superfície Compulsória: instrumento de efetivação da função social da propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 8.

⁵ Ibid., p.8

⁶ SILVA, 2009. p.45.

⁷ HORBACH, Carlos Bastide. O direito de superfície sobre propriedade urbana. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.10, n.40, p. 110-148, out./dez. 2009. p. 113.

⁸ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino. Notas Introdutórias sobre superfície e usucapião. **Revista de Direito Imobiliário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.29, n.60, p. 11-29, jan./jun. 2006. p. 12.

⁹ HORBACH, op. cit., p.113.

2.2 Idade Média: Aperfeiçoamento

A expansão do direito de superfície encontrou lastro na Idade Medieval. Neste período, uma grande parcela das terras pertencia à Igreja e essa propriedade era inalienável, de modo que a regularização das construções realizadas por terceiros ocorria através da concessão da superfície pela instituição religiosa, que não perdia o domínio da sua propriedade e cobrava o cânon ao superficiário¹⁰.

Havia na Idade Média o conflito entre a inalienabilidade das terras feudais e eclesiásticas e o crescente desenvolvimento urbano¹¹. O professor Roberto Paulino, citando Trabucchi, coloca em pauta que o aperfeiçoamento do direito de superfície ocorreu devido à necessidade da Igreja de regularizar construções realizadas em suas terras¹². Ainda na lição deste, citado por Carlos Bastide, houve, ainda, no delineamento do direito de superfície, influência germânica, que considerava mais relevante o trabalho do construtor, em detrimento da subjetiva titularidade de domínio do solo pelo proprietário¹³.

Frederico Henrique Viegas de Lima, pautado na lição de Brunner e Schwerin, afirma que foi com a invasão infligida a outros povos que o direito germânico teve contato com a propriedade particular de cultivo, mas foi durante o império franco, entretanto, que há mudanças significativas no tratamento da propriedade por este direito. A igualdade na divisão de terras dá lugar à propriedade individual, que concedidas pelo Rei aos senhores feudais, eram concedidas por estes a particulares, configurando uma relação de *precarium*, que a esta altura, era transmissível por sucessão e oneroso, exigindo-se o pagamento do *cânon* para utilização da terra¹⁴.

A superfície, apesar disso, só vem a ser utilizada no direito germânico por influência do direito romano, posto se tratar de um instituto típico de utilização urbana. Diz o autor que:

Com as relações de precário passa-se a conhecer o direito de desfrute, sendo dividida a propriedade em domínio direto e domínio útil. O domínio útil constitui um direito de propriedade, em coisa alheia, um verdadeiro *ius in re aliena* da tradição romanística, reconhecido na Prússia, Baviera e Áustria¹⁵

¹⁰ HORBACH, 2009. p. 115.

¹¹ SILVA, 2009. p. 47.

¹² TRABUCCHI apud ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2006. p.13.

¹³ HORBACH, op. cit., p. 115-116.

¹⁴ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **O Direito de Superfície Como Instrumento de Planificação Urbana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 38-39

¹⁵ Ibid., p.40.

Foi ainda neste período que surgiu a noção de fragmentariedade do domínio; *dominium directo*, referente à nua propriedade e *dominium utile*, cujo titular é o superficiário. O desenvolvimento desta teoria deve-se ao trabalho dos glosadores e canonistas, que impulsionaram o desenvolvimento técnico do instituto. A noção de domínio fragmentado permitiu a constituição da superfície não só para fins de edificação, mas também para plantação, esta última vedada no direito romano¹⁶.

Com base na melhor doutrina, Roberto Paulino afirma que a constituição de subenfitêuses e subsuperfícies no direito agrário medieval foi decisiva para o surgimento da classe dos servos escravizados à terra e explorados pelos senhores feudais, titulares do domínio do solo. Explica o professor, o porquê de o direito de superfície ter sido conduzido ao ostracismo:

Daí o banimento do direito de superfície dos Códigos de inspiração liberal, como o Código de Napoleão e o Código Civil Brasileiro de 1916, porquanto nada repugna mais à mentalidade liberal típica da Revolução Francesa que a submissão de um indivíduo a outro no gozo de seu patrimônio, ganhando força a propriedade plena e é justo crescer, hipertrofiada e absoluta. Substitui-se, assim, o absolutismo monárquico pelo absolutismo do indivíduo, intangível que se torna a sua vontade nas relações privadas¹⁷

No século XI, por intermédio da Escola de Bolonha, ocorre um ressurgimento do direito romanístico, reavivando em alguns ordenamentos o princípio da acessão ou *superficies solo cedit*. Porém, o sistema feudalista foi influência significativa para a construção doutrinária acerca do domínio dividido¹⁸. A concepção da cisão do domínio em direto e útil surge primeiramente na obra "Glossa Ordinaria", de 1250, do professor Francesco Accursio, da Universidade de Bolonha. De acordo com esta teoria, "o proprietário preserva um domínio latente, que o autoriza a receber o laudêmio e a, eventualmente, na quebra de algum preceito ajustado, reapossar-se do imóvel, enquanto que, ao vassalo, são conferidos os atributos da propriedade, explorando a terra, plantando e construindo"¹⁹. Ainda de acordo com o pensamento do autor, a dicotomia não indica que a superfície tenha atingido o status de domínio próprio, pelo fato de que propriedade dividida não tem o significado de propriedade separada, pois enquanto primeira permanece unificada em sua totalidade, a segunda comporta o desmembramento em direitos reais autônomos²⁰.

¹⁶ ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2006. p. 13.

¹⁷ Ibid., p. 14.

¹⁸ TEIXEIRA, José Guilherme Braga. **O direito real de superfície**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 23-24.

¹⁹ ANDRADE, Marcus. 2009. p. 40.

²⁰ Ibid., p.40.

Conclui Teixeira que "(...)assim concebida, a superfície deixou de ser um *ius in re aliena*, como era no direito justiniano, para tornar-se, no direito intermédio, uma verdadeira propriedade paralela à do *dominus soli*, pois o superficiário passou a ter o domínio útil"²¹.

2.3 A Superfície nos Ordenamentos Históricos

2.3.4 Italiano

O direito intermédio italiano não era uniforme em relação à superfície. Vigia, sobre a propriedade urbana, a influência germânica e sobre a propriedade rústica, o princípio romano da acessão. A própria Igreja, outorgava em favor do concessionário um direito real para fins de edificação, de caráter perpétuo, mediante pagamento do cânon, admitindo inclusive a alienação. Porém, esta modalidade de concessão era realizada apenas em relação a solo urbano. Para o solo rústico, a instituição aplicava outro tipo de concessão, o *livello*, que possuía prazo determinado de 15, 19 ou 29 anos, permitindo ao concessionário o direito a destruição do edificado e aproveitamento dos seus materiais ou somente à metade da edificação, incorporando-se a outra metade à propriedade da Igreja²².

A criação dos Estatutos das cidades italianas faz a ressurgência do princípio da acessão, como no Estatuto de Bolonha. Entretanto, alguns Estatutos preservam a influência germânica, como o Estatuto de Milão²³.

2.3.5 Alemão

A doutrina da divisão do domínio consagrou-se na Alemanha através do *Bodenleihe*, que se caracterizava pela divisão da propriedade em móvel e imóvel. De acordo com Andrade, a *Bondenleihe* se subdividia entre *Grunderleihe*, uma modalidade de concessão coletiva para fins de construção de habitações, mediante pagamento de censo e transmissível hereditariamente, e *private Erbleihe*, concessão que admitia várias formas, limitando-se à pessoa do concessionário. No ensinamento do autor, "a relação jurídica na *Grunderleihe* estava

²¹ TEIXEIRA, 1993, p. 24.

²² LIMA, 2005, p. 41-42.

²³ *Ibid.*, p. 43.

assentada mais no campo do direito público, enquanto que a *Erbleihe* limitava-se ao direito privado. Tanto para uma, como para outra, persistia a divisão do domínio em útil e direto"²⁴.

2.3.6 Francês

No direito francês, as concessões, denominadas *tenures*, evoluíram de uma concepção restritiva para o reconhecimento de direitos mais abrangentes aos concessionários, como a alienabilidade e transmissibilidade causa mortis. As prestações pessoais dão lugar ao pagamento do cânon pela utilização da propriedade. Importante destacar que cada região da França possuía sua modalidade de concessão. Na Normandia, vigorava a *tenure de bourgage*, que se destinava a concessão de imóveis urbanos, não edificadas, onde o concessionário deveria construir²⁵.

Sua principal finalidade era estimular a construção de imóveis comerciais. Já na Bretanha, a concessão era denominada *bail à domaine congéable* ou *à convenant*, constituída através de contrato, onde o objeto da concessão poderia ser superfície edificada ou a edificar, mediante pagamento de renda. A concessão era de caráter temporário, de 6 a 9 anos, sendo imbuído o concedente de extingui-la a qualquer tempo, devendo indenizar o concessionário pelas benfeitorias. Tal modalidade admitia a recondução, a alienação e a transferência hereditária. Para a doutrina francesa, trata-se de legítimo direito de superfície²⁶.

2.3.7 Inglês

A concessão no direito inglês era de natureza pessoal. O rei transferia as terras aos *lords* que por sua vez as concedia à população. A relação entre os *lords* e os camponeses era de serviço, isto é, estes possuíam obrigação militar em relação àqueles. Somente no fim do século XIII é que surge o *lease*, uma concessão destinada a construção ou exploração agrícola, mediante pagamento de renda. Na esteira do ensinamento de Hill e Redman, Lima afirma que dois fatores influenciaram o surgimento do *lease*: geração de renda sem caracterizar usura, condenada pela Igreja e retorno da terra para o pleno domínio do proprietário após o término da concessão, pois o *lease* não funcionava no sistema feudalista, que gerenciava a propriedade por meio de obrigações de natureza pessoal de serviço²⁷.

²⁴ ANDRADE, Marcus., 2009. p. 41.

²⁵ LIMA, 2005. p. 46.

²⁶ Ibid., p.47.

²⁷ LIMA, 2005. p.47.

2.3.8 Espanhol

O direito de superfície na Espanha não possuía regulamentação ou autonomia, aparecendo nas legislações sempre atrelado à enfiteuse e aos arrendamentos. Para a doutrina espanhola, existem dispositivos legais que consagram o direito de superfície, apesar de não vir desta forma denominado²⁸.

As *Siete Partidas*, seguindo o direito romano dos glosadores, traz o direito de superfície conjugado com outros institutos. É possível encontrar nas *Partidas*, disposições acerca de arrendamentos e contratos enfiteutivos típicos do direito de superfície, que a estes foram incorporados²⁹.

A Lei 74 de Touro, por sua vez, traz a superfície de forma mais aparente, mas sem evitar as dúvidas acerca de sua autonomia em relação aos outros institutos. A interpretação de Antonio Gomez da lei é que possuía o superficiário o domínio útil da superfície por analogia com enfiteuse e censos, existindo, no momento da alienação, o direito de preferência sem ordem definida por lei entre o superficiário, o proprietário do solo e o parente consanguíneo. Já para Llamas e Molina, a própria lei já definia em sua redação a ordem preferencial³⁰.

Em relação ao pagamento do *cânon* superficiário, Antonio Gomez descarta o pagamento como essencial à caracterização da superfície. Para ele, seria a única forma de diferenciá-lo da enfiteuse. De acordo com o autor, a existência do pagamento periódico impediria o superficiário de alienar a superfície sem a anuência do proprietário do solo. Para Llamas e Molina entretanto, sem o pagamento no *cânon* não haveria direito de superfície³¹.

2.4 A Superfície no direito luso - brasileiro

O direito português teve sua estrutura definida no século XII, período em que ocorreu a reconquista³². Seguindo a tendência de toda Europa, Portugal incorpora o direito romano justinianeu, baseando seu ordenamento em uma compilação do direito romano, leis esparsas, normas consuetudinárias³³.

²⁸ LIMA, 2005. p.51.

²⁹ Ibid., p.51.

³⁰ Ibid., p.53.

³¹ LIMA, 2005. p.54.

³² Reconquista da Península Ibérica.

³³ ANDRADE, Marcus., 2009. p. 45.

As Ordenações Afonsinas foram a primeira codificação portuguesa, publicadas entre 1446 e 1447, vigentes até 1521³⁴. Lima faz anotação relevante acerca do papel do direito romano nesta codificação: “como direito subsidiário, destinado a preencher as lacunas do direito privado, que não eram poucas, eram utilizadas as glosas de Acúrsio e Bártolo, e, também, as *Siete Partidas*, das quais as Ordenações eram uma transcrição quase fiel”³⁵.

Neste ordenamento, o direito de superfície vem absorvido pelos institutos do arrendamento e da enfiteuse, desprovido de autonomia, podendo-se responsabilizar o direito difundido pelos glosadores, provenientes de Roma.

As Ordenações Manuelinas, vigentes de 1521 a 1603 não trazem qualquer inovação em matéria de direito de superfície. Corrêa afirma inclusive que “A não ser pelo título e na disposição de certas matérias, elas em nada diferem das Afonsinas”³⁶.

Em 1603 entram em vigor as Ordenações Filipinas. Sua vigência se estendeu até o início da vigência do Código Civil Brasileiro em 1916, no que diz respeito ao direito das coisas³⁷. Esta codificação instituiu as Sesmarias, que só admitia concessão por meio de enfiteuse e arrendamento. Significa dizer, que o direito de superfície não foi mencionado ou previsto em qualquer dessas Ordenações.

O Direito português, foi, sem dúvida, de suma importância para o desenvolvimento do direito brasileiro. As leis portuguesas, no período compreendido entre 1500 e 1822, eram aplicadas no Brasil praticamente da mesma maneira que em Portugal. Importante frisar que, mesmo com o independência política, a legislação portuguesa continuou vigente, uma vez ratificada de forma integral³⁸.

Observa Lima, que a aplicação da legislação portuguesa não poderia ser menos relevante no direito brasileiro, posto que as Ordenações Filipinas continuaram aqui vigentes, mesmo após Portugal ter seu próprio Código Civil³⁹.

Em 9 de julho de 1773, o Marquês de Pombal edita lei que, em virtude da submissão do ordenamento brasileiro ao português, passa a vigorar também no Brasil e, de acordo com

³⁴ MAZZEI, Rodrigo Reis. **Direito de Superfície**. Salvador: JusPODIVM, 2013. p.101.

³⁵ LIMA, 2005. p.58.

³⁶ CORRÊA, 2003 apud MAZZEI, op. cit., p. 103.

³⁷ ANDRADE, Marcus., op. cit., p. 47.

³⁸ LIMA, 2005. p. 56.

³⁹ Ibid., p. 57.

Mazzei, a doutrina considera contemplada por esta o direito de superfície, ainda que incipiente e sem denominação específica⁴⁰.

Para o autor, tal norma foi apta a coibir o comportamento abusivo de proprietários, em relação aos enfiteutas ou superficiários que exploravam suas terras, em especial no que dizia respeito à alta cobrança e equilibrar a relação existente entre concedente e concessionário⁴¹.

Na Consolidação das Leis Civis, de 1858, havia um dispositivo que indicava a aplicação do direito de superfície. O art. 52, §2º tratava dos bens de domínio do Estado de madeira reservada. Explica Frederico Henrique Viegas de Lima que “na exploração do pau-brasil, assim como em outras espécies de madeiras, o Estado detinha o direito real de superfície, em qualquer imóvel, destinado à sua extração”. Isso porque, independente das árvores estarem em terrenos particulares, faziam parte do domínio estatal, titular do monopólio⁴².

Porém, 1864, a lei 1.237 veio reformar a legislação hipotecária e estabelecer as bases das sociedades de crédito real. O direito de superfície foi revogado por não constar no rol de direitos reais definido nesta norma⁴³.

Após a ruptura do vínculo político entre Brasil e Portugal, ambos traçaram caminhos diversos em relação ao direito de superfície, tendo o ordenamento brasileiro banido o instituto enquanto a antiga metrópole adotou-o como instrumento para resolver os problemas habitacionais através da introdução do artigo 2.028 no Código Civil de 1867 e em um segundo momento pela lei n. 2.030 de 22 de junho de 1948⁴⁴.

Ainda segundo o distanciamento dos dois ordenamentos no que tange o direito de superfície, comenta Mazzei que uma vez aceito o direito de superfície em Portugal através de interpretação ampla do artigo 2.038 do Código de Seabra, “o direito de superfície se moldou para ser peça útil de fomento à construção para habitação urbana, destino diferenciado em nossa nação”⁴⁵.

Em 1900, Clóvis Beviláqua apresentou o seu Projeto do Código Civil, não tendo sido relacionado nele, o direito de superfície como direito real. A comissão Revisora, apesar disso, resolveu incluí-lo no rol⁴⁶. Mesmo com a iniciativa de tentar reestabelecer o instituto no

⁴⁰ MAZZEI, 2013. p. 107-108.

⁴¹ Ibid., p. 108.

⁴² LIMA, op. cit., p. 67.

⁴³ ANDRADE, Marcus., 2009. p. 48.

⁴⁴ MAZZEI, 2013. p. 111.

⁴⁵ Ibid., p. 111.

⁴⁶ ANDRADE, Marcus., 2009. p. 49.

ordenamento brasileiro, esta acabou sendo em vão. Durante a tramitação do Projeto no Congresso Nacional, a Comissão Especial da Câmara dos Deputados não viu necessidade em restaurá-lo, eliminando-o do projeto que se tornou o Código Civil de 1916⁴⁷.

MAZZEI se posiciona no sentido de que o Projeto Revisto era muito mais rico que o atual Código Civil no tocante ao direito de superfície:

Vale dizer que o Projeto Revisto se preocupava em regular algumas questões da relação superficiária que não foram abordadas no atual Código Civil [2002] e que, em nossa opinião, poderiam estar previstas na codificação vigente, em vista dos embaraços que o vácuo legislativo pode causar. Nesse sentido, no artigo 827, havia a limitação do prazo de cinquenta anos para a concessão (com renovação de igual prazo); e, nos artigos 830 e 831, fazia previsão quanto aos credores de hipoteca e aos efeitos da servidão.⁴⁸

Com o decorrer dos anos e após várias alterações no diploma, surgiu a necessidade de elaborar um novo Código Civil. A redação do projeto coube à Orlando Gomes e a sua coordenação a Caio Mário da Silva Pereira. O anteprojeto apresentado previa o direito de superfície elencado entre os direitos reais limitados, porém, acabou recusado pela Comissão Revisora e não foi levado adiante⁴⁹.

No ano de 1969, foi constituída a Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, sob a coordenação de Miguel Reale⁵⁰. O direito de superfície não constava no anteprojeto, sendo incluído no rol de direitos reais de maneira oficial em 1975, quando houve a transformação em Projeto de Código Civil que deu origem ao Código Civil de 2002⁵¹.

O Estatuto da Cidade entra em cena primeiro que o Código Civil vigente, em 2001, trazendo a bojo o direito de superfície, logo em seguida disciplinado pelo Código Civil de 2002, que apesar das divergências com aquele diploma, consolida o retorno e a importância do instituto no nosso ordenamento⁵².

⁴⁷ MAZZEI, 2013. p. 113.

⁴⁸ Ibid., p. 113.

⁴⁹ ANDRADE, Marcus., 2009. p. 50.

⁵⁰ Ibid., p. 50

⁵¹ MAZZEI, 2013. p. 115.

⁵² Ibid., p. 117.

3 DIREITO DE SUPERFÍCIE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

3.1 Abordagem teórica do direito de superfície e modalidades

Diversas são as conceituações acerca do direito de superfície e sua natureza jurídica. Para Frederico Henrique Viegas de Lima⁵³, o direito de superfície que figura no Código Civil de 2002 é um direito real limitado; mesma linha de pensamento de José Guilherme Braga Teixeira⁵⁴, qual seja:

O direito real de superfície instituído pelo novo Código Civil é um direito real limitado; imobiliário; autônomo; temporário e transmissível, que confere ao seu titular, chamado superficiário, o uso e o gozo de terreno de propriedade de outrem, para nele construir, ou plantar e manter a construção e a plantação durante o tempo pelo qual tiver sido ajustada a sua concessão.

Ricardo César Pereira de Lira também considera o direito de superfície como direito real sobre coisa alheia, posicionamento refutado por Marcus Vinícius dos Santos Andrade, que possui opinião diversa. Para ele, “o direito de superfície é um direito real de propriedade, próprio. Não é um direito real sobre coisa alheia, limitado, visto que a incorporação (construção ou plantação) pertence ao superficiário e não ao proprietário do solo. Há uma superposição de propriedades”. Em sua obra, ele também conceitua o direito de superfície:

[...] É um direito real de propriedade, autônomo, a tempo determinado ou indeterminado, além de transmissível por ato entre vivos ou por morte, gratuito ou oneroso, consistente no domínio pleno pelo superficiário de construções e plantações já materializadas⁵⁵, ou a serem feitas em terreno pertencente ao alienante ou concedente⁵⁶

Para Maria Helena Diniz, o direito de superfície é “direito real que confere ao seu titular o direito de propriedade autônomo sobre as construções, obras e plantações que acrescentar ao solo, mediante acordo de vontades celebrado com o proprietário do terreno, com ou sem remuneração, por tempo determinado ou indeterminado”⁵⁷.

⁵³ LIMA, 2005. p. 329.

⁵⁴ TEIXEIRA, 2004 apud ANDRADE, Marcus., 2009 p. 123.

⁵⁵ A possibilidade de se constituir direito de superfície sobre construção já existente será abordada no momento oportuno.

⁵⁶ ANDRADE, Marcus., 2009. p. 128.

⁵⁷ Maria Helena Diniz, 2004 apud ANDRADE, Marcus., 2009. p. 123.

O conceito desenvolvido por Rodrigo Mazzei trata o direito de superfície como “direito real complexo e autônomo, de ter temporariamente construção e/ou plantação em imóvel alheio, conferindo ao seu titular os poderes de uso, gozo e disposição sobre o(s) implante(s)”⁵⁸.

3.1.4 Natureza jurídica: *ius in re aliena* x *ius in re propria*

O direito de superfície possui status de direito real, não só por possuir as características inerentes, mas porque vem explicitado no art. 1225, rol taxativo de direitos reais do Código Civil de 2002. Porém, existe um certo embate doutrinário acerca da natureza jurídica do direito de superfície, ora classificado como *ius in re aliena*, ora como *ius in re propria*.

Para a corrente que classifica o direito de superfície como *ius in re aliena*, ou direito real sobre coisa alheia, o instituto se aproxima mais das figuras jurídicas do usufruto, da propriedade fiduciária e da habitação, porém com ressalvas. Um dos defensores dessa classificação é Sílvio de Salvo Venosa⁵⁹. Este posicionamento também é defendido por Rodrigo Mazzei, que argumenta:

[...] Se notabilizando o direito de superfície como um direito real sobre coisa alheia, muito embora com características extremamente aproximadas ao direito de propriedade, que irão permitir a aplicação subsidiária de seus ditames ao direito do concessionário em relação ao implante. Contudo, o amoldamento, em certos pontos, ao direito de propriedade, com o aproveitamento residual de seus regramentos, não faz com que o instituto focado – com absoluto respeito aos que pensam em contrário - venha se confundir com propriedade, ou, em outro giro, se permita tratar da figura como *ius in re propria*⁶⁰

O autor faz uma divisão da sequência da concessão da superfície, utilizando um critério temporal⁶¹. O primeiro momento da concessão (*ad aedificandum* e *ad plantandum*) seria a autorização para realizar o implante, que segundo o autor está diretamente relacionado à concepção do *ius in re aliena*, não se confundindo com o direito que se manifesta no segundo momento da concessão, que diz respeito à detenção do implante realizado ou ao previamente existente (adquirido por cisão), onde o superficiário exercita o poder de fruição da concessão. O terceiro momento é o da reversão, que é a absorção dos implantes pelo proprietário do solo, retornando a propriedade ao *status quo ante*.

⁵⁸ MAZZEI, 2013. p. 266.

⁵⁹ VENOSA. Sílvio de Salvo. Propriedade e direitos reais sobre coisas alheias. Superfície. <http://www.silviovenosa.com.br/lib/dwns/16.pdf> acesso em 26/03/2014.

⁶⁰ MAZZEI, op. cit., p. 247.

⁶¹ Ibid., p. 227.

A corrente que defende o direito de superfície com *ius in re propria* equipara o direito do superficiário sobre o implante ao direito do concedente sobre o solo, podendo-se dizer que há a propriedade do solo separadamente da propriedade superficiária. Marcus Vinicius dos Santos Andrade argumenta no sentido de que há uma superposição de propriedades, uma vez que o implante incorporado ao solo estaria sob o domínio pleno do superficiário. Ricardo Pereira de Lira possui posicionamento no mesmo sentido⁶².

Para os doutrinadores dessa corrente, o fato da propriedade superficiária ser resolúvel não a impede de ser enquadrada como *ius in re propria*. Constituindo-se propriedade efetiva sobre o implante construído ou preexistente até o termo final da concessão, onde volta a vigorar o princípio da acessão e o que estiver acoplado ao solo, incorpora a propriedade do concedente.

A expressão “propriedade superficiária”, surge com a noção do direito de superfície como direito de propriedade. Para os que consideram o instituto como direito sobre coisa alheia, não faltam argumentos para refutar a existência dessa modalidade de propriedade. Para Rodrigo Mazzei, entretanto, não há que se pensar em propriedade superficiária, pela carência de autonomia desta, que somente se inicia a partir de outro direito real, qual seja o direito de superfície⁶³.

Dentre aqueles que aceitam a existência da propriedade superficiária está Carlos Bastide Horbach, que traz a seguinte definição:

A propriedade superficiária, pois, é uma propriedade imobiliária que se diferencia da propriedade ordinária (adquirida pela compra e venda) pelo seu objeto. A ordinária pertence ao proprietário em sua extensão vertical (altura e profundidade), enquanto ao superficiário pertence tudo que emerge ou imerge no solo⁶⁴

O autor afirma que se o direito de superfície implica no surgimento de uma edificação construída, separada do solo, não há como rechaçar a existência da propriedade superficiária. Ele defende, inclusive, que o fato de não haver previsão legal deste conteúdo no direito português, não foi óbice para a cristalização deste entendimento no direito lusitano.

Pois bem. Apesar de não haver, no presente trabalho, qualquer intenção de se buscar a essência do instituto ou de enquadrá-lo de forma absoluta em classificações que limitam as figuras jurídicas, entendemos que o direito de superfície nasce como um direito sobre coisa alheia, quando se permite construir ou plantar sobre terreno alheio, mas que no momento em

⁶² ANDRADE, Marcus., 2009. p. 121-124.

⁶³ MAZZEI, 2013. p. 247

⁶⁴ HORBACH, 2009. p. 133.

que se finaliza o implante, passa a existir, pragmaticamente, a propriedade superficiária, uma vez que na prática, o superficiário exerce sobre o implante poderes inerentes à propriedade, dispondo inclusive das ações petitórias e possessórias, instrumentos de defesa deste direito. Importante ressaltar que não afirmamos se tratar de propriedade plena; enxergamos o direito de superfície como um instituto dinâmico, que se concretiza com características de outros institutos, sem efetivamente, se equiparar a eles. Desta maneira, nos abtemos de adotar qualquer classificação.

No ordenamento brasileiro se admitem duas modalidades de direito de superfície: a urbana, regida pelo Estatuto da Cidade e subsidiariamente pelo Código Civil, e a rural, disciplinada apenas no Código Civil.

O que as distingue é apenas a finalidade que se dá à construção ou plantação, independentemente da localização. Nas palavras de Roberto Paulino, “neste sentido, parece mais adequado fazer a distinção com base no critério da destinação, que prevalece no direito agrário, ao contrário do da localização, de uso corrente no direito tributário”⁶⁵. Isto é, o direito de superfície será urbano ou rural a depender da destinação da concessão.

Apesar de ser bastante relevante a exploração do direito de superfície de destinação rural, o presente trabalho se concentra na análise apenas da modalidade urbanística e suas implicações.

3.2 Coexistência dos Ordenamentos

O direito de superfície retornou ao ordenamento brasileiro por meio do Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001. Ocorre que, logo no ano subsequente, o mesmo instituto veio disciplinado no texto do Novo Código Civil de 2002. Instaurou-se então a discussão acerca da possível revogação do Estatuto. Um dos argumentos para defender a revogação foi que lei posterior derroga lei anterior. Entretanto, a lei 10.257/2001, em relação ao Código Civil, que aborda a superfície de maneira genérica, é considerada lei especial, porque trata da aplicação do direito exclusivamente em solo urbano. Seguindo o raciocínio, lei especial derroga lei geral, não podendo, dessa maneira, o Estatuto da Cidade ser revogado pelo Código Civil.

⁶⁵ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **Direito de superfície e sua formatação contratual**: entre a autonomia da vontade e a tipicidade dos direitos reais. 2006. 151 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, 2006. p. 47.

Apesar das intensas discussões, restaram vigentes, de maneira simultânea, os dois ordenamentos. Sobre o confronto das normas, Andrade ressalta que “em perspectiva histórico-temporal dilatada, pode-se dizer que são diplomas quase simultâneos e provindos da necessidade de solução de problemas sociais referentes às terras urbanas e rurais, prementes e angustiantes e, sobretudo, de preocupante atualidade⁶⁶”.

O autor faz menção ainda, a uma diferença entre as finalidades do Estatuto da Cidade e do Código Civil. O primeiro estabelece normas de ordem pública e interesse social, administrando a execução das políticas urbanas, com plena atuação da Municipalidade. Para o autor, o direito de superfície no Código Civil possui um enfoque mais direcionado ao direito privado, sendo mais direcionado à regulação de negócios jurídicos que permitam um melhor aproveitamento da propriedade, seja a destinação urbana ou rural.

3.3 Procedimento: Formas de constituição

Para abordar as formas de constituição do direito de superfície no âmbito urbano, faz-se necessária a análise do caput do art. 21 da Lei 10.257/2001, o Estatuto da Cidade e seus parágrafos separadamente, assim como do art. 1.369 do Código Civil de 2002 no que for cabível.

O caput do art. 21 da Lei 10.257/2001 tem a seguinte redação: “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.”

A primeira forma de constituição prevista no ordenamento é a concessão, realizada por via contratual. De acordo com a doutrina, o proprietário urbano pode ser pessoa física ou jurídica de direito público ou privado⁶⁷.

Como bem esclarecido na lição de Rodrigo Mazzei,

O direito de superfície poderá ser implementado em imóvel que pertença ao patrimônio de pessoa jurídica de direito público, seguindo-se todo o gabarito que tal concedente exige, uma vez que o Código Civil será aplicado de maneira puramente residual, conforme disposto no seu art. 1377⁶⁸

⁶⁶ ANDRADE, Marcus., 2009. p. 82.

⁶⁷ HORBACH, 2009. p. 130.

⁶⁸ MAZZEI, 2013. p. 295.

Em resumo, o Código Civil só vai se aplicar à concessão de superfície de natureza pública no tocante ao que a lei especial, Estatuto da Cidade, não fizer menção, sendo importante elucidar também, que deve-se respeitar o procedimento licitatório.

A concessão em terreno público tem uma importante conotação social, posto que a exploração da propriedade volta-se ao fomento da urbanização e industrialização, que beneficiam direta e indiretamente a sociedade, principalmente quando objetiva sanar problemas de habitação, que atingem os mais carentes⁶⁹. Na lição de Horbach, essa modalidade concessão “nasce como uma forma de incremento do uso de terras públicas subutilizadas”⁷⁰.

Continuando na análise do caput do art. 21 do Estatuto da Cidade, há uma divergência na doutrina quanto à interpretação da expressão “terreno”. Para alguns autores, como Maria Sylvia Di Pietro, deve-se fazer uma interpretação estrita da lei, que não faz menção a edificação preexistente. Desta forma, seria inconcebível a concessão de superfície sobre implante previamente construído. Na mesma esteira de raciocínio, LIMA leciona: “Ao direito de superfície no Brasil não se pode admitir sua contratação, se seu elemento for uma edificação já realizada. O art. 21 do Estatuto da Cidade e artigo 1.369 do Código Civil de 2002 admitem a contratação de um direito de superfície somente para a realização da construção”.

Porém, desde já enfatizamos a discordância com esse posicionamento, pelo motivo de que, restringindo a interpretação do dispositivo, restringe-se também o seu poder de efetivação da função social da propriedade, que pode ser muito melhor aproveitada para fins de habitação e industrialização se for possível realizar contrato de concessão sobre obra preexistente, que diversas vezes não possui uso ou está inacabada. Chamamos a atenção inclusive, para a finalidade da lei em estudo, que é regulamentar e melhorar o aproveitamento da propriedade urbana, e a realidade atual dos grandes centros urbanos, onde raramente se encontra terra nua, e frequentemente se observa edifícios abandonados e sem uso.

Horbach traz na mesma esteira, o pensamento de José Guilherme Braga Teixeira, de que “há omissão da Lei 10.257/2001 quanto aos limites do objeto de superfície, que não poderia ser restrito ao direito de construir sobre o terreno, tendo em vista ser tal instituto um instrumento de política urbana⁷¹”.

Para Andrade, “dispondo o art. 21 que a concessão é do direito de superfície, a expressão, por seu conteúdo, físico e jurídico, abrange todo o objeto possível desse direito, quer

⁶⁹ ANDRADE, Marcus., 2009. p. 162.

⁷⁰ HORBACH, 2009. p. 130.

⁷¹ Ibid., p. 130.

aquele a ser realizado, quer aquele que já está feito e incorporado”⁷². Para o autor, pela compreensão do que é direito de superfície, a Lei 10.257 assumiu orientação idêntica aos Códigos Civis de Portugal e da Itália”, de maneira que, em se tratando de terreno urbano, o objeto da concessão pode ser o direito de construir no terreno ou o direito de superfície sobre edificação preexistente⁷³.

Quanto ao limite temporal da concessão, o art. 21, caput, do Estatuto da Cidade possibilita que esta seja definida por prazo determinado ou indeterminado, enquanto o art. 1.369 do Código Civil fala apenas em prazo determinado. O que depende-se da discrepância entre os dois dispositivos é que, de qualquer maneira, encontra-se afastada a possibilidade de se constituir concessão perpétua; fica claro, entretanto, que a falta de delimitação temporal objetiva, como um prazo máximo de duração para a concessão, é uma falha latente, que vai de encontro à função social da propriedade. Preleciona Mazzei, que a possibilidade ensejada pelo Estatuto da Cidade de se conceder terreno em direito de superfície por prazo indeterminado, reaviva o instituto da enfiteuse, extinto pelo Código Civil de 2002, indo de encontro ao princípio da operabilidade. Ressalta ainda o autor, que a ausência de determinação do prazo pode conduzir à resolução unilateral da concessão por uma das partes, sendo esse risco extremamente nocivo à outra parte contratante⁷⁴. De maneira geral, o entendimento doutrinário é de que o dispositivo do Estatuto Da Cidade que prevê a indeterminação do prazo da concessão foi revogado pelo dispositivo do Código Civil que determina a temporalidade do contrato que concede a superfície.

Os dispositivos dos dois ordenamentos que tratam da constituição do direito de superfície, determinam que a concessão deverá ser realizada mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis, coadunando-se com as regras do art. 1227, concernentes aos direitos reais imobiliários⁷⁵. Vale lembrar que é o registro que confere ao direito de superfície efeitos reais e oponibilidade *erga omnes*. A doutrina, inclusive, admite que se dispense o registro quando o imóvel tiver valor inferior a 30 salários mínimos, de forma a viabilizar a utilização do instituto em imóveis de pequeno valor⁷⁶.

O §1º do art. 21 do Estatuto da Cidade constitui como inerente ao direito de superfície a utilização não só do solo, mas também do subsolo e do espaço aéreo relativo ao terreno, na

⁷² ANDRADE, Marcus., 2009. p. 131.

⁷³ Ibid., p. 117.

⁷⁴ MAZZEI, 2013. p.180.

⁷⁵ Ibid., p. 174.

⁷⁶ ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2006b. p. 55.

forma estabelecida em contrato, desde que respeite a legislação urbanística. O parágrafo único do art. 1.369, entretanto, não autoriza obras no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.

Américo Luís Martins da Silva leciona que “o legislador urbanístico adotou a concepção de que o direito de superfície deve estar harmônico com a tridimensionalidade da propriedade imobiliária urbana, não devendo se restringir ao solo”⁷⁷.

Destacamos algumas interpretações interessantes acerca deste conflito normativo. Para Horbach, o dispositivo do Estatuto da Cidade adota a noção de propriedade do Código Civil, no que tange à utilização do subsolo e do espaço aéreo. Para este autor, a redação do parágrafo enseja uma possível limitação da incidência da concessão, podendo esta dizer respeito apenas à obra no subsolo, por exemplo⁷⁸.

Para Andrade, não há, realmente, choque entre as leis; ambos os dispositivos estariam cuidando do direito de uso do subsolo, tendo em vista a dependência do que está no subsolo ao que está implantado no solo⁷⁹.

Martins da Silva, se posiciona no sentido de que o disposto no Código Civil é que deve ter aplicação efetiva. Segundo o autor, se há concessão estrita do subsolo, esta não poderia ser de direito de superfície⁸⁰.

Depreendemos que há na doutrina o ânimo de interpretar o art. 1369 do Código Civil como uma proibição relativa em relação ao disposto no Estatuto da Cidade, como uma solução ao conflito das normas. Para Mazzei, não há qualquer óbice quanto à realização da concessão do subsolo para pessoa diferente do concessionário do solo, desde que a obra a ser realizada no subsolo seja inerente à realizada na superfície⁸¹.

A concessão do direito de superfície pode ser gratuita ou onerosa, e nesse ponto são compatíveis os dois diplomas. A regra vem disciplinada no art. 1370 do Código Civil e no §2º do art. 21 do Estatuto da Cidade. O dispositivo do Código Civil reza ainda que o pagamento do *cânon* superficiário ou *solarium* pode ser pago integralmente ou ser parcelado. Alguns autores

⁷⁷ SILVA, 2009. p. 57.

⁷⁸ HORBACH, 2009. p. 137-138.

⁷⁹ ANDRADE, Marcus., 2009. p. 119.

⁸⁰ SILVA, op. cit., p. 62.

⁸¹ MAZZEI, 2013. p. 346-349.

afirmam que o pagamento pode ser realizado por prestação de outra natureza, que não a pecuniária⁸².

Para Lima, cabe aplicar ao direito de superfície disposto no ordenamento brasileiro, a interpretação de Roca Sastre, de que a contraprestação poderá ser em dinheiro ou mediante a atribuição de andares do edifício ao proprietário do terreno, não excluindo outras possibilidades relacionadas à propriedade superficiária⁸³.

Andrade, também em relação à natureza da prestação, preleciona que a prestação em pagamento é uma das formas de contraprestação, desde que não exista óbice por parte do proprietário⁸⁴.

Desta maneira, o disposto no Código Civil vem complementar a regra sobre o pagamento previsto no Estatuto da Cidade para a concessão de direito de superfície na modalidade urbana. Importante destacar que, acordando as partes em estabelecer concessão de natureza onerosa, deve-se estipular no contrato o *quantum* devido, a forma de pagamento e a periodicidade, sob pena de ser considerada a concessão gratuita⁸⁵.

Constituindo-se concessão onerosa, dispõe tanto o Estatuto da Cidade como o Código Civil, que o superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel, para o art. 1.371 do Código Civil e sobre a propriedade superficiária, para o art. 21, §3º do Estatuto.

Além da diferença na denominação do objeto da concessão, a redação do §2º do art. 21 do Estatuto da Cidade é mais completa e determina que o superficiário urbano responde pelos encargos também da parcela ocupada pela propriedade superficiária. Ela traz, entretanto, a possibilidade de as partes acordarem em sentido contrário.

Para aqueles que rechaçam a existência da propriedade superficiária, como Fernando Dias Menezes de Almeida, em relação aos encargos, o Estatuto da Cidade coloca o superficiário simplesmente como responsável na forma do art. 128 do CTN. Para este autor, o contribuinte continuaria sendo o proprietário do terreno⁸⁶.

O direito de superfície também se constitui pela transmissibilidade. Os parágrafos 4º e 5º do Estatuto da Cidade trazem a previsão de transmissão do direito de superfície por ato *inter vivos* e *causa mortis*, assim como o art. 1.372 do Código Civil. Vale observar que a transmissão

⁸² Neste sentido: LIMA, 2005. p. 340.

⁸³ Ibid., p. 340.

⁸⁴ ANDRADE, Marcus., 2009. p. 151.

⁸⁵ HORBACH. 2009. p. 138.

⁸⁶ Ibid., 138-139.

mortis causa pode ocorrer por meio de sucessão testamentária, onde o testador pode destinar o direito de superfície de maneira integral a um legatário, ou esmiuçá-lo entre vários⁸⁷.

O §4º do Estatuto estipula que a transmissão do direito de superfície deverá obedecer o disposto em contrato, isto é, fica a cargo do certame contratual, a definição das condições da transmissibilidade do direito de superfície. Já o dispositivo do Código Civil, em seu parágrafo único dispõe que o concedente não pode cobrar qualquer pagamento pela transferência.

Defende Mazzei, o posicionamento do Código Civil quando afirma que “o que importa para o legislador é inserir (ou manter) a propriedade dentro do contexto de *bônus* social, não se justificando, pois, a permissão de exigência pecuniária individual sem causa por parte do proprietário como obstáculo à função social da propriedade”⁸⁸.

Acreditamos ser coerente esse posicionamento, uma vez que, havendo a possibilidade de o concedente onerar a transmissibilidade do direito de superfície do superficiário para um terceiro, poderia ficar o concessionário refém do proprietário do solo, caso este não desejasse a transmissão do direito, o que é claramente uma afronta ao objetivo da concessão em análise, que é a efetivação da função social da propriedade através da otimização da utilização dos espaços urbanos.

O art. 22 do Estatuto da Cidade e o art. 1.373 do Código Civil determinam que havendo alienação do terreno ou do direito de superfície, superficiário e proprietário terão direito de preferência mútuo na aquisição. De acordo com Horbach, “pretende o legislador propiciar, com a instituição de tal direito de preferência, a reunião, sob uma única titularidade, das duas propriedades que existem quando da instituição do direito de superfície: a do terreno e a superficiária; findando assim o desmembramento da superfície”⁸⁹.

3.3.4 *Usucapião como forma de aquisição da propriedade superficiária*

Há na doutrina, divergência acerca do usucapião representar uma forma de aquisição da propriedade superficiária. Lima, em consonância com o pensamento de Roca Sastre, acredita não ser possível. O argumento é que o direito de superfície é uma derrogação do princípio do acesso e essa derrogação não ocorre por um *non domino*. E além disso, esse direito se constitui

⁸⁷ ANDRADE, Marcus., 2009. p. 132.

⁸⁸ MAZZEI, 2013. p. 186.

⁸⁹ HORBACH, 2009. p. 140.

mediante título aquisitivo, o que impediria de se adquirir direito de superfície por meio da usucapião⁹⁰.

Na lição de Andrade, porém, encontramos posicionamento diverso. Apesar de não haver norma expressa que constitua a usucapião como forma aquisitiva da superfície, o autor admite como plenamente viável tal hipótese. Apesar de considerar incomum, na prática, de ocorrer a aquisição por usucapião extraordinária, não descarta que a propriedade superficiária estaria suscetível a essa forma de aquisição⁹¹.

Roberto Paulino, sobre não haver previsão legal para a aquisição do direito de superfície através da usucapião, afirma que se consolidou, em nosso direito, a possibilidade de usucapir diversos direitos reais aos quais a lei também não havia delineado essa modalidade de aquisição⁹². O autor, porém, discorda do posicionamento de que só incide a usucapião sobre o bem já existente e argumenta:

Como a superfície sobre bem a construir é, na verdade, um estágio anterior da superfície sobre bem construído, é bem possível e, digamos até recomendável, que a posse se conte desde o início da concessão defeituosa, para efeito de usucapião. No fim, o que será usucapido é o direito de superfície sobre imóvel já existente, de qualquer sorte, mas o ideal é que se retroaja, para determinação do *dies a quo* do prazo, ao dia em que se iniciaram os atos de posse, preparando-se a futura edificação ou o cultivo⁹³

Uma barreira que a aquisição do direito de superfície pela usucapião encontra na nossa doutrina é o argumento de que àquele que estaria imitado na posse, interessaria, ao invés da superfície, usucapir a totalidade do domínio. A linha de pensamento é, de certa maneira, razoável, uma vez que seria muito mais vantajoso a quem estivesse usucapindo. Porém, considerando o fato de que o proprietário do terreno teria a chance de se manifestar e até mesmo de provar que mesmo defeituosa, a relação estabelecida foi de concessão do direito de superfície, mesmo que se tentasse usucapir todo o domínio, com certeza haveria óbice à essa pretensão. O professor Roberto Paulino, em sua lição, adota esse posicionamento⁹⁴.

⁹⁰ LIMA, 2005. p. 341.

⁹¹ ANDRADE, Marcus., 2009. p. 136.

⁹² ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2006b. p. 57.

⁹³ Id. 2006a. p. 23.

⁹⁴ ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2006a. p.22-24.

3.4 Exercício

A concessão do direito de superfície gera direitos e deveres tanto para o concedente quanto para o concessionário e o seu correto exercício é fundamental para manter o equilíbrio da relação entre as partes e o objeto da concessão.

Após a constituição do direito de superfície, o primeiro direito a ser exercido pelo superficiário é o de realizar a construção, podendo usar, gozar e dispor do implante pelo tempo que durar a concessão. Lima destaca a possibilidade de reconstruir o implante em caso de sinistro, desde que a sua destruição não seja causa de extinção da concessão prevista em contrato e a concessão ainda esteja vigente. O autor admite ainda, a faculdade que teria o superficiário de fazer obras fora do limite estabelecido pela construção, nas áreas úteis, para garantir a plena utilização do implante⁹⁵.

É também direito do superficiário gravar a superfície. A Lei 11.481/07 acrescentou ao rol do art. 1473, que disciplina os objetos da hipoteca, a propriedade superficiária. Tal garantia é de natureza real, recaindo sobre o implante, que uma vez extinto, extingue também a hipoteca. No caso de alienação da superfície gravada, a garantia permanecerá incidindo sobre o imóvel, ficando sujeito a ela o adquirente. O proprietário do solo, entretanto, não pode constituir sobre o solo garantia real que afete a propriedade superficiária, uma vez que são independentes. Na hipótese de inadimplência, a execução só atingirá o solo, ficando livre a propriedade superficiária⁹⁶.

Pode também, a propriedade superficiária ser gravada pela anticrese, inclusive simultaneamente com a hipoteca, podendo ser ajustada com o credor ou com terceiro credor. Da mesma forma que a hipoteca, extinguindo-se o direito de superfície, extingue-se a anticrese.

Andrade chama a atenção para o fato de que o bem dado em garantia, não pode ser transferida para o credor, mesmo que o pagamento da dívida não seja feito até o prazo avençado. Mesmo que se determine o contrário, a cláusula contratual é nula. O parágrafo único do art. 1.428 do Código Civil, entretanto, possibilita que o devedor dê a coisa em pagamento. De acordo com o autor, “em tal hipótese, em que o devedor superficiário entrega a coisa em pagamento, impõe-se a notificação do proprietário do solo para que, saldando a dívida, tenha a propriedade superficiária integrada em seu domínio”⁹⁷.

⁹⁵ LIMA, 2005, p. 345.

⁹⁶ ANDRADE, Marcus. 2009. p. 104-105

⁹⁷ Ibid., p. 106.

Está também sujeita a propriedade superficiária à alienação fiduciária. A duração desse direito de garantia deve coincidir com a duração da concessão do direito de superfície, somando-se assim, duas propriedades resolúveis sobre o mesmo bem. Já em relação ao penhor, esse não se aplica à propriedade superficiária urbana, incidindo somente sobre a rural⁹⁸.

Figura também como direito do superficiário, o direito de preferência do art. 22 do Estatuto da Cidade e art. 1373 do Código Civil, como visto anteriormente, que em caso de alienação do terreno, o proprietário deverá primeiramente oferecê-lo ao superficiário ou, recebendo proposta, deve apresentá-la ao concessionário do direito de superfície, para que caso tenha interesse na aquisição, assim o faça.

Dentre as obrigações do superficiário, está a de utilizar o solo de acordo com o estipulado entre as partes, sob pena de se extinguir a concessão. As hipóteses de descumprimento desta determinação e suas consequências serão exploradas no momento oportuno, quando trataremos das causas de extinção do direito de superfície.

Outro dever do superficiário é adimplir o cânon superficiário, caso a concessão seja de natureza onerosa. LIMA afirma que a obrigação do pagamento do *cânon* no Brasil possui caráter *propter rem* e que uma vez previsto o pagamento no título que constitui o direito de superfície, a obrigação vincula não só o concessionário, mas quem vier a adquirir tal direito de superfície⁹⁹.

Podemos elencar como direito do concedente, ou proprietário do solo, a utilização da parte do imóvel que não seja objeto da concessão superficiária. LIMA traz a possibilidade de haver acordo entre as partes no sentido de o concedente poder utilizar-se da superfície até o momento em que se inicie a obra do superficiário, podendo, inclusive, realizar obras temporárias.

É direito do proprietário do solo perceber, quando onerosa a concessão, os proventos referentes ao contrato no prazo determinado, seja integral ou parcelado, independente da natureza do pagamento. Tem também, o concedente, direito de preferência sobre a alienação da propriedade superficiária, que também se constitui em obrigação de conceder a preferência na alienação do terreno em favor do superficiário, sendo a preferência direito e dever mútuo do concedente e do concessionário.

⁹⁸ ANDRADE, Marcus., 2009. p. 108.

⁹⁹ LIMA, 2005, p. 345-354.

Outra faculdade do concedente é a de gravar o domínio, não havendo necessidade de aprovação pelo superficiário, uma vez que a garantia não atinge o implante, da mesma maneira que a hipoteca da propriedade superficiária não atinge o solo sobre o qual está implantada. Há de se ressaltar, porém, que extinguindo-se o direito de superfície, a garantia real passa a atingir também a edificação¹⁰⁰.

Por fim, tem direito o concedente, de reaver o domínio pleno do solo, quando extinta a concessão de direito de superfície, inclusive, com todas as benfeitorias. A princípio, não cabe indenização do superficiário pela incorporação da edificação ao patrimônio do proprietário do solo, mas nada impede que se estabeleça em contrato que o superficiário deva ser indenizado ao término da concessão pelas obras realizadas no solo, é a regra do art. 1.375 do Código Civil. O que ocorre é que ainda vigora no nosso ordenamento o princípio da acessão. O direito de superfície suspende, de maneira temporária, a eficácia deste princípio. Isto é, uma vez extinto o direito, o princípio volta a ter eficácia e engloba ao domínio tudo o que foi implantado nele.

Como deveres do concedente podemos citar o já suficientemente exposto direito de preferência na alienação do terreno em favor do superficiário e não realizar atividades que perturbem, gerem dano ou obstáculo ao exercício do direito de superfície pelo concessionário.

3.5 Formas de extinção

O direito de superfície se extingue, de forma usual, através do termo contratual. Esta forma está prevista no art. 23, I, do Estatuto da Cidade. O ordenamento brasileiro não estipulou limite máximo para o prazo da concessão, fica assim, a cargo dos contratantes definir a sua duração, havendo a possibilidade de constituí-la por prazo indeterminado, o que, ao nosso ver, engessa o instituto do direito de superfície, extraindo dele o poder de dinamizar a propriedade e efetivar sua função social. Como já visto, com o advento do termo da concessão do direito de superfície, volta a vigorar o *superficies solo cedit*, incorporando-se ao domínio do proprietário as obras e benfeitorias realizadas, sem obrigação de indenizar o superficiário, desde que estabelecido em contrato, como dispõem os arts. 1.375 do Código Civil e 24 do Estatuto da Cidade.

Marcus Vinicius dos Santos Andrade traz um raciocínio interessante acerca do que pode ocorrer após o termo da concessão:

¹⁰⁰ LIMA, 2005. p. 356.

Vencido o termo, mas permanecendo inalterada a situação de fato, por inércia ou desinteresse das partes, ocorre a prorrogação, que passa a ser por tempo indeterminado. Em suma, não se operando, pela desconsideração do termo, a resolução da propriedade, o direito real permanece, inclusive porque válido o registro imobiliário. Em consequência, passa a ser indeterminado o prazo do direito de superfície, tornando-se necessária a notificação, agora motivada pela afronta à condição resolutiva para que haja a extinção¹⁰¹

A nossa opinião, entretanto, diverge. Com o fim do prazo da concessão do direito de superfície, ele extingue-se de imediato, sem depender de notificação do superficiário quando ao advento do termo. Desta maneira, não visualizamos a prorrogação tácita do período da concessão, que se transmuta em contrato por tempo indeterminado, caso não se altere a situação fática. Entendemos que a inércia do proprietário do solo em reivindicar a coisa, após o termo da concessão, gera para o concessionário que permanece no exercício do direito de superfície o início da contagem do *dies a quo* para aquisição da propriedade superficiária por usucapião. Admitir que o contrato de concessão do direito de superfície se prorrogue tacitamente por tempo indeterminado e a partir daí, exigir a notificação para a resolução do contrato é aproximar, em demasia, o direito de superfície ao instituto da locação.

Outra forma de extinção é dar destinação diversa do estipulado em contrato ao direito de superfície. A regra está disciplinada no art. 23, §1º do Estatuto da Cidade e art. 1.374 do Código Civil. Não há norma que obrigue a determinação da finalidade da propriedade superficiária, mas havendo a sua previsão e ocorrendo o desrespeito ao que foi acordado, extingue-se a concessão. LIMA traz em sua obra três hipóteses de descumprimento desta determinação e suas consequências. Quando o superficiário realiza de construção completamente diferente da acordada, como construir uma casa ao invés de um prédio, não há sequer a derrogação do princípio da acessão, incorporando-se a edificação ao patrimônio do proprietário do solo. Tal hipótese não exclui o ressarcimento do superficiário pela obra executada. Já na hipótese do superficiário executar obra parcialmente diversa da acordada, torna-se proprietário do implante, mas o proprietário do solo pode pedir indenização pelos danos causados e exigir que a construção seja modificada para aquilo que foi pactuado. Por fim, caso o superficiário execute apenas uma parte da construção acordada, ainda assim será proprietário, desde que essa hipótese não esteja prevista no contrato como causa de extinção da concessão¹⁰².

¹⁰¹ ANDRADE, Marcus., 2009. p. 160.

¹⁰² LIMA, 2005. p. 350-351.

O Estatuto da Cidade traz, ainda, no art. 23, II, como condição resolutive da concessão o descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário. Podemos citar como exemplos, a obrigação de pagar o *cânon* superficiário ou a de iniciar a obra em um prazo predeterminado, além de outras cláusulas decorrentes da autonomia da vontade do concedente e do concessionário.

Existem outras causas, não previstas na legislação disciplinadora de direito de superfície que culminam na sua extinção. A doutrina faz alusão à renúncia do superficiário como uma das causas, por ser causa extintiva de todos os direitos reais, como disposto no art. 1.272 do Código Civil. A renúncia, entretanto, deve ser expressa. O Estatuto da Cidade determina no §2º do art. 23 que a extinção do direito de superfície deve ser averbada no cartório de registro de imóveis, sendo válida essa regra para todas as hipóteses de extinção.

A desapropriação judicial também enseja a extinção do direito de superfície por razões óbvias. Essa possibilidade foi disciplinada apenas pelo Código Civil, em seu art. 1376. O dispositivo prevê que a indenização deverá ser partilhada entre concedente e concessionário, na medida do direito real de cada um.

Entre as causas extintivas figuram também a confusão, quando concedente e concessionário se identificarem em uma só pessoa, o distrato, que é a rescisão bilateral da concessão, o perecimento do solo, porque o que foi implantado nele deixará de existir, dentre outras hipóteses.

4 DIREITO DE SUPERFÍCIE E PLANEJAMENTO URBANO

4.1 Função social da propriedade urbana e direito de superfície

A ocupação do espaço urbano no Brasil, regra geral, foi realizado de maneira desordenada, em decorrência de acontecimentos que historicamente forçaram parcelas da população a se fixarem, na maneira que era possível, nos arredores dos grandes centros. Ricardo Pereira de Lira elenca alguns fatos que contribuíram para a evolução descontrolada da urbanização no Brasil, onde podemos citar como primordial, o estabelecimento dos escravos, após a abolição da escravatura, em morros próximos aos centros, onde haveria maior possibilidade de se conseguir trabalho¹⁰³. E seguindo a trilha da demanda social, o espaço urbano do país foi se moldando, carente de planejamento.

A Constituição Federal de 1988 traz o princípio da função social no seu inciso XXIII do art. 5^a, imediatamente após o direito de propriedade, conferindo àquele o status de direito fundamental e incitando o entendimento de que o instituto da propriedade, antes concebido como de natureza essencialmente privada, passaria a ter tratamento mais dinâmico em prol da coletividade.

O impacto do princípio no direito de propriedade, não é puramente limitador; este não pode ser considerado como mero pressuposto de intervenção estatal no direito particular. A função social é uma espécie de diretriz, que determina ao proprietário do domínio que o seu direito não se justificará apenas na existência do título, mas na persecução de uma finalidade socialmente positiva para ele.

No tocante à propriedade urbana, a Constituição Federal fez menção específica à relevância da sua função social em seu art. 182, onde determina que é atribuição do Poder Municipal criar um Plano Diretor com vistas à implementação da política de desenvolvimento urbano. Para o texto constitucional, “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”, é o disposto no §2º do referido artigo.

¹⁰³ LIRA, Ricardo Pereira. Entre o legal e o ilegal: direito e cidade. **Interesse Público**. Belo Horizonte: Nota Dez, v. 14 n. 72, p. 233-245. mar./abr., 2012. p. 237.

Após a Constituição, a propriedade privada urbana deixou de se subordinar exclusivamente à legislação civil, adquirindo o Direito Urbanístico certa propriedade sobre o tema, na medida em que passa a qualificar os bens como bens urbanísticos, e o solo, como solo urbano, no intuito de que cumpram a sua função social em consonância com o plano diretor municipal¹⁰⁴.

Ao destinar um capítulo específico à política urbana dentro do Título da Ordem Econômica e Financeira, a Constituição de 1988 confere ao direito urbanístico a relevância devida ao ramo no desenvolvimento das cidades. O §4º do art. 182 da Constituição confere ao Poder Público certa imperatividade em relação à propriedade privada quando dispõe que “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 [...]”, prevendo sanções ao proprietário que não conferir ao domínio a sua função social. Mariana Levy Piza Fontes observa que a Constituição tem caráter econômico e dirigente, que busca, através dos seus dispositivos, a transformação social¹⁰⁵.

A Lei 10.257/2001, o Estatuto da Cidade, veio criar diretrizes genéricas de organização do espaço urbano, uma vez que a Constituição Federal determinou como competência da União “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”, reiterando a necessidade da criação do Plano Diretor pela Administração Municipal em seu art. 41¹⁰⁶. A principal função do diploma é reger a implementação de políticas de planejamento do espaço urbano, através de normas jurídicas urbanísticas aptas a dinamizar a propriedade.

¹⁰⁴ CARDOSO, Sônia Letícia de Melo. A Função Social da Propriedade Urbana. **Revista CESUMAR**. Maringá (4): P. 63-84. 2001, p. 73.

¹⁰⁵ FONTES, Maria Levy Piza. Planejamento urbano e o marco jurídico - urbanístico no Brasil. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**. Porto Alegre: Magister, v. 5 n. 27, p. 45-55. Dez/jan, 2009. p. 49.

¹⁰⁶ **Art. 41.** O plano diretor é obrigatório para cidades: **I** - com mais de vinte mil habitantes; **II** - integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; **III** - onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal; **IV** - integrantes de áreas de especial interesse turístico; **V** - inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional. **VI** - incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos. (Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012) **§ 1º** No caso da realização de empreendimentos ou atividades enquadrados no inciso V do caput, os recursos técnicos e financeiros para a elaboração do plano diretor estarão inseridos entre as medidas de compensação adotadas. **§ 2º** No caso de cidades com mais de quinhentos mil habitantes, deverá ser elaborado um plano de transporte urbano integrado, compatível com o plano diretor ou nele inserido.

O direito urbanístico está intrinsecamente conectado ao Direito Constitucional e ao Direito Administrativo, ou seja, é um ramo do Direito Público. Por esta razão, de acordo com Andrea Teichmann Vizzotto, as normas de direito urbanístico podem ser classificadas como de ordem pública, sendo plenamente exigíveis e impositivas no sentido de proteger o interesse difuso. A autora destaca, ainda, em relação à dinamicidade e constante mutação do cenário urbano, a importância de serem elaboradas “[...] normas urbanísticas suficientes para acompanhar essa alteração rápida da realidade da cidade. Caso contrário restaria comprometido o ordenamento jurídico urbanístico”¹⁰⁷.

O Plano Diretor é de competência do Poder Público Municipal, devendo ser aprovado por lei. Fica a cargo do Município traçar o planejamento de organização do espaço urbano, da mobilidade, do saneamento básico, entre outras funções. Serão abrangidos pelo planejamento municipal os aspectos físicos, sociais, econômicos e administrativos, com a finalidade de atingir a função social da cidade e garantir o bem estar dos habitantes e dos que estão de passagem.¹⁰⁸

O Código Civil de 2002, é um diploma fortemente influenciado pela norma constitucional, trazendo, em seu art. 1228, parágrafos que coadunam com a mudança na concepção absolutista que permeava o direito de propriedade, ditando que este deve ser exercido de acordo com a sua finalidade econômica e social¹⁰⁹. Por conter normas de espectro geral, adotamos o posicionamento de que se aplicam em complementaridade ao Estatuto da Cidade, que é a legislação competente para lidar com as políticas urbanas.

A doutrina destaca a utilização de três princípios norteadores como guias hermenêuticos de aplicação da codificação, quais sejam, socialidade, eticidade e operabilidade¹¹⁰.

O princípio da socialidade pode ser definido como uma linha de controle que passa a orientar institutos tipicamente privados como a propriedade e o contrato. Depreende-se que não há intervenção direta na forma de exercício do direito do particular, mas apenas o estabelecimentos de limites que visam prevenir um impacto social negativo decorrente da arbitrariedade do titular do direito.

¹⁰⁷ VIZZOTTO, Andrea Teichmann. A flexibilização de normas jurídicas e o direito urbanístico. **Revista Brasileira de Direito Público**. - v. 9 n. 33. p. 111-128. abr./ jun. 2011. p. 119.

¹⁰⁸ CARDOSO, 2001 p. 76.

¹⁰⁹ Art. 1228. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

¹¹⁰ MAZZEI, 2013. p. 139.

Em relação ao princípio da eticidade, podemos dizer que há o enaltecimento de valores importantes, como a confiança, sendo utilizado por Mazzei como reflexo deste princípio, a importância da boa-fé objetiva nas relações jurídicas. Desta maneira, a aplicação da norma civil será mais benevolente para aqueles que atuem de maneira proba.

O princípio da operabilidade, analisado no seu aspecto material, impede que o diploma se torne obsoleto, uma vez que o legislador optou por estabelecer normas mais abertas, que permitem variações interpretativas de acordo com a necessidade e a evolução social, conferindo maior vida útil à legislação¹¹¹.

Podemos observar, desta maneira, a efetiva constitucionalização do direito privado, onde se cria um sistema em que as leis devem ser interpretadas de forma harmônica com as premissas constitucionais, onde os institutos deixam de existir apenas para a satisfação dos interesses particulares. Cria-se a noção de que estes institutos, atingindo a sua função social, de maneira agregada, podem alterar significativamente quadros sociais e econômicos.

O direito de superfície, reavivado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Estatuto da Cidade, sendo contemplado em seguida no Código Civil de 2002, surge como um mecanismo capaz de auxiliar na efetivação da função social da propriedade. Acreditamos que a influência da Constituição Federal de 1988 na elaboração dos referidos diplomas foi decisiva para o seu retorno, uma vez que perdendo a propriedade o seu caráter absoluto, tornou-se possível a previsão legal e a efetiva aplicação do direito de superfície. Seria inconcebível imaginar, nos antigos moldes do direito de propriedade, a suspensão do princípio da acessão, ainda vigente no ordenamento para todos os efeitos.

Especialmente em relação à propriedade urbana, o direito de superfície se apresenta como um instituto bastante dinâmico, capaz de evoluir nas suas formas de constituição sem alterar, de forma drástica a sua essência. O instituto primordialmente concebido como direito de construir ou plantar sobre terreno alheio e em consequência dessa ação, manter o implante pelo tempo determinado, no direito urbanístico passa a ser ainda mais relevante em relação ao *manter*, dada a grande necessidade de aproveitamento e funcionalização de edifícios já existentes.

¹¹¹ Em relação aos princípios norteadores do Código Civil, MAZZEI, 2013. p. 139-147.

4.2 A concessão do subsolo

Foi possível depreender, quando tratamos da teoria geral do direito de superfície, que o Estatuto da Cidade confere ao instituto uma elasticidade maior do que o disposto em regra geral pelo Código Civil. O §1º do art. 21 dispõe “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”. O diploma deixou, a cargo das partes contratantes, estabelecer os limites de utilização da propriedade pelo superficiário.

Optamos por interpretar o dispositivo do Estatuto da Cidade em consonância com a função social da propriedade urbana, isto é, considerando que a intenção do legislador foi a de preservar a autonomia do proprietário do domínio, que ao dispor das parcelas do seu terreno de acordo com o seu interesse, possibilitaria um aproveitamento ainda mais efetivo do terreno urbano, dispondo da liberalidade de conceder o subsolo em direito de superfície independentemente do solo, desde que nos limites dos definidos pelas normas urbanísticas. O art. 2º do Estatuto da Cidade dispõe que “a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana”. O parágrafo único do art. 1369 do Código Civil é verdadeiro óbice à consecução desse objetivo, uma vez que atrela a utilização do subsolo à necessidade da edificação imediatamente acima. A norma pressupõe que, não havendo necessidade/interesse do superficiário em utilizar a camada inferior do solo, este restará inutilizado.

Defendemos que mesmo havendo proibição plena ou relativa, como entende a doutrina, por parte do parágrafo único do art. 1369 do Código Civil em relação à concessão do subsolo em direito de superfície, o dispositivo não deveria ser considerado no tangível à propriedade urbana, uma vez que sendo o Estatuto da Cidade Lei Federal de Diretrizes Gerais da Política Urbana, seria este o diploma competente, juntamente com o disposto em matéria constitucional, para direcionar a implementação de políticas urbanas pelo Poder Público Municipal.

Dada a importância da utilização do espaço sob o solo, principalmente nas grandes cidades, Mazzei afirma, inclusive, que “em determinadas situações, a obra feita abaixo do solo é socialmente mais valiosa que qualquer implante que possa ser colocado acima deste”¹¹². Pensamento com o qual concordamos de maneira veemente. Reiteramos que o fenômeno da urbanização no Brasil, de maneira geral, não obedeceu qualquer diretriz ou planejamento, sendo

¹¹² MAZZEI, 2013. p. 350.

realizado de forma intuitiva e a comando das demandas sociais. Especialmente no que tange à realidade das grandes cidades brasileiras, a ineficácia do transporte público em atender à totalidade da população de maneira satisfatória aliada ao consumo de automóveis incentivado pelas políticas econômicas, aumentou exponencialmente a quantidade de veículos, enquanto a maioria das cidades não dispõe de infraestrutura suficiente para evitar ou amenizar os crescentes congestionamentos. Como consequência secundária, mas não menos relevante, a demanda por vagas cresceu de maneira considerável, culminando na construção de edifícios-garagem nos escassos terrenos dos centros urbanos, que na maioria das vezes, exigem valores exorbitantes em contraprestação.

A concessão do subsolo em direito de superfície possibilitaria, dentre outras possíveis utilizações, a construção de edifícios-garagem que traria um impacto positivo ao problema da mobilidade urbana, conferindo à parcela abaixo do solo uma função social. Aliado a isso, em função do aumento da oferta do serviço, haveria queda na especulação do valor da contraprestação exigida pelo depositário do veículo. Sendo o contrato de natureza onerosa, o proprietário do domínio perceberia ainda, valor ou valores em decorrência da exploração do subsolo da propriedade, pelo prazo estabelecido no contrato.

4.3 A constituição da superfície por cisão

O caput do art. 1.369 do Código Civil, ao introduzir o direito de superfície, estabelece que “o proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno [...]”, enquanto o caput do art. 21 do Estatuto da Cidade se resume a permitir a concessão do terreno em direito de superfície. A partir do espaço concedido pela norma urbanística, surge na doutrina o posicionamento de que é possível a constituição de direito de superfície por meio de cisão, isto é, o instituto ganha uma nova faceta, fugindo à premissa de funcionalizar a terra vazia, ampliando o seu limite de incidência ao aproveitamento de implantantes já realizados.

No âmbito das cidades, não raro, é possível observar na paisagem um significativo contingente de edifícios abandonados ou em péssimo estado de conservação, sem excluir os empreendimentos falidos, não finalizados, que ocupam o disputado solo urbano sem qualquer função ou utilização. A figura da superfície por cisão, dentro desta realidade, é de enorme valia para o melhor aproveitamento do espaço urbano. Podemos visualizar a situação em que uma determinada instituição financeira, sem qualquer interesse na aquisição de um domínio, mas

que enxerga como de extrema importância o vínculo de natureza real para o exercício da sua atividade, opta por, ao invés de estabelecer um contrato de locação de salas comerciais, que conta com a fragilidade do vínculo obrigacional, adquirir os direitos de superfície de um edifício desocupado, onde realizará benfeitorias e o explorará por 30 anos. Apesar da simplicidade do exemplo, pode-se depreender que existem alguns fatos que dão vazão à utilidade e à importância da concessão do direito de superfície não só sobre terrenos, mas sobre imóveis pré-edificados.

A dinamicidade das relações do mundo atual não coadunam com a perpetuidade de vínculos. As políticas econômicas e comerciais estão em constante mutação, o que exige dos empreendedores a flexibilidade dos seus negócios. Não há mais, de maneira geral, o interesse na aquisição de domínios para a construção de uma sede definitiva para um estabelecimento comercial; o objetivo é a exploração comercial do produto ou do serviço em determinado local onde é possível atingir o público-alvo no momento oportuno para o negócio; tornando-se improdutivo o local ou alterando-se o público-alvo, o empreendimento rapidamente seguirá o fluxo e se estabelecerá onde julgar mais adequado para a comercialização do seu produto ou serviço.

De toda maneira, o risco que é assumido ao se estabelecer um vínculo de natureza obrigacional, torna ainda mais vantajosa a opção pela aquisição de direitos de superfície; o contrato de locação pode ser rescindido a qualquer tempo pelo locador, sendo resolvido em perdas e danos, enquanto na concessão do direito de superfície, a relação do concessionário é direto com o imóvel, pelo tempo que for acordado, para que explore potencialmente o edifício. Vale relembrar, inclusive, que não havendo mais interesse na exploração, antes do termo da concessão, é facultado ao superficiário alienar os direitos para terceiro, desde que se respeite o prazo do contrato inicial.

Visualizamos, também, a aquisição de direitos de superfície sobre edificação preexistente como alternativa para quem, mesmo que possua interesse na aquisição de domínio, não possui poder aquisitivo para isso. Esta modalidade de concessão possibilitaria, nessa hipótese, o acesso a um vínculo de natureza real, mesmo que por tempo determinado, e menos dispendioso que a aquisição de todo o domínio.

Outro possível beneficiado pela concessão da superfície por cissão seria o Poder Público, que se utiliza de imóveis de terceiros, através de vínculo precário para a instalação de secretarias, depósitos ou estabelecimento de outra natureza, mediante pagamento de valores vultuosos como contraprestação, ou precisa recorrer à desapropriação para atingir determinado

objetivo de interesse público, ao passo que poderia estabelecer vínculo real com imóveis que pretendesse explorar por determinado prazo.

Decerto, parece claro que a concessão da superfície por cisão está apta a solucionar o problema da inatividade de edifícios sem uso, que serão alvos de melhoramento e benfeitorias, fazendo com que estes atinjam a sua função social no espaço urbano, gerando inclusive, impacto na economia local, a depender da finalidade de utilização do implante. Vale destacar também, que os prédios inacabados podem, através da concessão nessa modalidade, serem concluídos e explorados, conferindo utilidade ao domínio.

Compreendemos, sobremaneira, que o dispositivo do Código Civil não constitui impedimento à concessão dos direitos de superfície sobre implante preexistente, pelo menos no tocante à propriedade urbana. Segundo Mazzei, “qualquer interpretação restritiva para afastar a superfície por cisão estaria desalinhada à diretriz da função social da propriedade e ao princípio da operabilidade, ambos norteadores do diploma codificado de 2002”¹¹³.

4.4 A Sobrelevação e a transferência de volume de edificabilidade

Outra faceta do direito de superfície se apresenta na possibilidade de utilizar o instituto para a concessão do espaço aéreo ou volume vertical remanescente de um edifício para que este seja base de nova edificação, que será independente da primeira¹¹⁴.

O “direito de laje” é uma prática muito comum nos subúrbios brasileiros, principalmente nas favelas, onde a superpopulação dos morros, o terreno acidentado e a dificuldade financeira em adquirir um domínio, ensejam a sobreposição de casas, muitas vezes de entes da mesma família, como forma de aproveitar o mesmo espaço.

O Estatuto da Cidade, quando prevê no §1º do art. 21 a possibilidade de utilização também do subsolo e do espaço aéreo, reitera o caráter vertical da propriedade imobiliária, apresentado pelo art. 1229 do Código Civil, ensejando o raciocínio de que o direito de superfície poderia recair sobre qualquer das três dimensões¹¹⁵.

¹¹³ MAZZEI, 2013. p. 329.

¹¹⁴ Ibid., p. 360-361.

¹¹⁵ MAZZEI, Rodrigo. O direito de superfície e a sobrelevação (o direito de construir na edificação alheia ou 'direito de laje). **Revista Forense**. São Paulo: Forense, v. 108 n. 416. P. 243-258. jul./ dez. 2012. p. 244.

A teoria dos volumes de Savatier confere ao espaço existente sobre a superfície a natureza de *coisa*, que geometricamente falando, teria a forma de cone ou pirâmide. De acordo com essa concepção, o espaço sobre a propriedade deveria ser alienado na razão de volumes, que seriam cubos espaciais delimitados por planos horizontais. A partir deste conceito, surge a noção do volume de edificabilidade, geralmente calculado com base no metro quadrado e o coeficiente de aproveitamento da zona determinado pelo Plano Diretor¹¹⁶.

Frederico Henrique Viegas de Lima aborda a teoria dos volumes de Savatier e por conseguinte o volume de edificabilidade para elucidar uma outra possibilidade concernente ao direito de superfície para fins de utilização urbanística, a transferência de volume. Essa transferência consiste na aquisição do potencial construtivo de um imóvel para que este seja aplicado a outro imóvel dentro do mesmo plano urbanístico¹¹⁷. O art. 35, caput, do Estatuto da Cidade prevê a transferência do direito de construir, mas delimita as hipóteses em que poderá ocorrer.¹¹⁸ Para o autor, sendo o superficiário o detentor do *ius aedificandi*, poderia, desde que previsto no contrato de concessão, realizar a transferência do volume de edificabilidade, ou mesmo a pessoa do proprietário poderia conceder em direito de superfície, a potencialidade de construção do seu terreno na totalidade ou parcialmente.

Uma propriedade de mil metros quadrados, localizada em zona urbana de aproveitamento na razão de 3 unidades, teria o potencial construtivo total de três mil metros quadrados, respeitados os limites urbanísticos como os afastamentos. Supondo que o projeto original do empreendimento imobiliário previa a construção de vinte pavimentos, contendo três unidades de cinquenta metros quadrados cada, a título de salas comerciais e ocorrendo impossibilidade, não relacionada com as normas urbanísticas, de construir os pavimentos na totalidade, restou ao terreno o volume edificável equivalente à metade dos pavimentos. Nesse cenário, podemos visualizar uma situação em que, para aproveitar o volume remanescente e consequentemente funcionalizar a propriedade ao limite do definido no Plano Diretor, este poderia ser objeto de transferência, inclusive por concessão de superfície e também objeto de concessão de superfície para sobrelevação.

¹¹⁶ LIMA, 2005, p. 229-230.

¹¹⁷ Ibid., p. 237.

¹¹⁸ Art. 35. Lei municipal, baseada no plano diretor, poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de: I – implantação de equipamentos urbanos e comunitários; II – preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural; III – servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social[...].

A principal diferença entre ambos é que, na primeira hipótese, o volume não aproveitado seria cedido para utilização em outra edificação do mesmo plano urbanístico, enquanto na segunda hipótese o volume seria cedido para construção imediatamente acima, utilizando a superfície ou laje da construção original, sem pertencer a esta, pelo menos durante o prazo de vigência da concessão superficiária.

A concessão do espaço aéreo ou do volume de edificabilidade remanescente de um edifício, em direito de superfície, é mais um mecanismo que possibilita a maximização do aproveitamento da propriedade urbana em sua verticalidade, aumentando, exponencialmente a sua função social, porém, não há na doutrina brasileira um consenso sobre a possibilidade de utilização da concessão de direito de superfície para transferência de volume ou para sobrelevação. Destarte, inegável é o fato de que, as duas hipóteses de utilização do direito de superfície abordadas podem ser de enorme significância para a organização do espaço urbano, para o aproveitamento total do domínio situado nesse âmbito, minimizando a subutilização das propriedades.

4.5 Da confusão do direito de superfície com outros institutos de natureza real

Não surpreendentemente, existe uma certa tendência da doutrina em tentar encaixar ou mesmo adequar o direito de superfície às características dos outros direitos reais. A consequência dessa postura é o desvio da finalidade para a qual o direito de superfície foi reintroduzido no ordenamento jurídico brasileiro.

O primeiro problema em relação à confusão entre direitos ocorre em relação à própria figura da propriedade. Marcus Vinícius dos Santos Andrade é um dos autores que defende, em relação aos direitos do proprietário do domínio e do superficiário, a existência de uma superposição de propriedades. Para ele, “a propriedade superficiária, embora se apoie no terreno do senhorio, é de domínio pleno do superficiário”¹¹⁹.

Tal posicionamento, em termos práticos, nos parece aceitável, uma vez que incorre o superficiário nos mesmos direitos do proprietário em relação ao implante, porém, alguns fatores impedem a existência de uma propriedade plena no tocante ao direito de superfície. Nos parece inconciliável a noção de plenitude com a natureza resolúvel dessa propriedade.

¹¹⁹ ANDRADE, Marcus., 2009. p. 121.

A aquisição dos direitos de superfície através da concessão, suspende o princípio da acessão somente pelo tempo que for acordado, existindo inclusive, a possibilidade do proprietário do domínio estabelecer, através de cláusula contratual, uma finalidade específica para a edificação a ser construída no terreno, ou para aquela concedida por meio de cisão, podendo prever, inclusive, a rescisão unilateral do contrato no caso de descumprimento.

Pois bem, utilizando como base a redação do art. 1228 do Código Civil, que nos apresenta os poderes do proprietário, acreditamos que o superficiário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, desde que respeitadas as cláusulas estabelecidas em contrato de concessão, assim como mantê-la, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

O instituto do direito de superfície vem, justamente, dinamizar a propriedade na sua plenitude, não nos parecendo adequado equipará-lo a esta. Concordamos que, em termos práticos, há uma superposição de domínios, mas que os direitos do superficiário em relação ao implante não são plenos, da mesma maneira que a plenitude do direito do proprietário em relação ao terreno encontra limitação na edificação objeto de concessão superficiária.

A concessão do espaço aéreo em direito de superfície também causa a confusão por se parecer com a servidão. Não é incomum a realização de contratos de concessão do espaço aéreo de determinado imóvel por outro limítrofe, no intuito de se preservar a coluna de ar à frente do edifício, por diversas razões, inclusive para não se perder a vista da paisagem.

Apesar de ser possível, formalmente, realizar concessão de direito de superfície dessa natureza, é possível observar que trata-se de direito real de servidão. O direito de superfície tem como objeto primordial a funcionalização da propriedade ou edifício sem uso, consistindo basicamente na postura positiva de edificar, manter e realizar benfeitorias no implante.

A aquisição dos direitos sobre espaço aéreo com a finalidade de obter uma prestação negativa, qual seja a de não edificar por determinado prazo em prol do interesse particular de determinado imóvel em nada condiz com o direito de superfície, que especialmente no espaço urbano, deve ser instrumento de efetivação da função social da propriedade. O impedimento de se construir à frente de determinado edifício para que este não perca a vista para o mar está servindo exclusivamente ao interesse do condomínio, que é manter o *status quo* da fruição da propriedade, sendo irrelevante para a cidade, de maneira geral. Da mesma maneira, entende

Mazzei que o direito de superfície não teria a “função de servir de amparo para beneficiar imóvel alheio”¹²⁰.

4.6 Direito Comparado

Dentre os países que utilizam o direito de superfície, tomaremos como exemplo para efeito de comparação, os ordenamentos de Alemanha, Itália, Espanha, Portugal, França e Inglaterra, já analisados historicamente acerca do instituto.

4.6.4 Itália

O direito de superfície começa a ser utilizado na Itália ainda durante a vigência do Código Civil de 1865, que não previa o instituto. Jurisprudência e doutrina aplicavam o direito de superfície a casos específicos se utilizando da relativização do *superficies solo cedit*, admitida pelo Código e do fato de não ser taxativo o rol de direitos reais previstos nesta legislação¹²¹.

De acordo com Luiz da Cunha Gonçalves, em 1917 foi expedido um decreto ordenando a aplicação do instituto em decorrência da necessidade de reconstruir habitações após o terremoto calabro-sículo¹²². Somente em 1942 é que o instituto vem a ser reconhecido pelo *Codice Civile*, que prevê a modalidade de concessão *ad aedificandum* e a alienação de propriedade construída, independentemente do solo¹²³.

No direito italiano, o direito de superfície é constituído por ato *inter vivos* ou mediante legado. Admite inclusive, que o superficiário constitua novo direito em favor de terceiro e a sobrelevação. Dentre as hipóteses de extinção previstas na codificação, está a prescrição, que decorre do não-uso pelo prazo de vinte anos¹²⁴.

A doutrina italiana prevê o direito de superfície em duas modalidades: o direito de propriedade superficiária (sobre edifício construído) e direito de superfície *stricto sensu* (construir e manter obra sobre ou sob terreno alheio), não havendo para o titular da propriedade

¹²⁰ MAZZEI, 2013, p. 355.

¹²¹ HORBACH, 2009, p. 117.

¹²² SILVA, 2009, p. 48.

¹²³ Ibid., p. 49.

¹²⁴ HORBACH, op.cit., p. 119.

superficiária, na hipótese de destruição da edificação, a faculdade de reconstruí-la, posto que esta seria inerente apenas ao titular do direito de superfície *stricto sensu*¹²⁵.

No direito italiano é admitido que autarquias constituam direito de superfície para construção de estacionamentos subterrâneos, não podendo, entretanto, serem cedidos em separado das edificações em favor das quais foram construídos¹²⁶.

4.6.5 Portugal

Foi com a lei 2.030 de 1948 que o direito de superfície aparece com esta denominação na legislação portuguesa¹²⁷. Porém, aplicava-se apenas a solos públicos, no intuito de estimular edificações habitacionais¹²⁸.

Já o Código Civil Português, de 1966, tem expresso em seu texto, o direito de superfície e adota rol taxativo de direitos reais. A previsão da superfície no CC português é ampla, caracterizada pela concessão do terreno para construção ou plantação sobre ou sob o solo.¹²⁹

A possibilidade de ser o subsolo objeto de concessão superficiária foi introduzida no Código Civil pelo Decreto 257/91¹³⁰. O objetivo do legislador foi promover melhor utilização da coisa, uma vez que o fundeiro pode explorar o solo como *lhe convier*, tendo a fruição, inclusive, enquanto não utilizada a superfície pelo superficiário¹³¹. Como explica Margarida Andrade, a concessão do subsolo cria a possibilidade de se construir estacionamentos subterrâneos, aptos a desafogar o solo de construções dessa natureza¹³².

Importante frisar, que o direito português prevê o direito de superfície sobre construções preexistentes e a sobrelevação, o que permite uma melhor utilização do espaço urbano. A legislação lusa tem como finalidade atender às demandas urbanísticas e de habitação.

A doutrina portuguesa faz distinção entre o direito que se aplica ao terreno concedido à plantação e a construção e o aplicado às edificações. As concessões *ad aedificandum* e *ad*

¹²⁵ ANDRADE, Margarida., 2011. p. 103.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 105.

¹²⁷ Como explicado anteriormente, a Lei Pombalina de 9 de julho de 1773 abordou o instituto do direito de superfície de forma incipiente e sem denominação.

¹²⁸ MAZZEI, 2013. p. 65.

¹²⁹ HORBACH, *op.cit.*, p. 122.

¹³⁰ MAZZEI, *op. cit.*, p.67

¹³¹ SILVA, 2009. p. 50.

¹³² ANDRADE, Margarida., 2011. p. 104.

plantadum seriam direitos reais autônomos sobre coisa alheia, enquanto o que recai sobre a obra edificada seria direito de propriedade¹³³.

Em Portugal, o direito de superfície pode ser temporário ou perpétuo, sendo o prazo mínimo da concessão de cinquenta anos. A concessão poderá ser realizada mediante pagamento de quantia fixa ou de prestações periódicas. Na hipótese de concessão por prazo determinado, ao final do prazo, as obras ou plantações serão adquiridas pelo proprietário do solo, mediante indenização do superficiário¹³⁴.

Diferentemente do direito italiano, o direito de superfície previsto na legislação portuguesa estende ao superficiário a faculdade de reconstruir, caso haja destruição da construção, independentemente do motivo, pois há previsão legal de extinção do direito se não ocorrer a reconstrução e não com a destruição¹³⁵.

4.6.6 França

O *Code Civil* não prevê o direito de superfície expressamente, vigorando em regra, neste ordenamento o *superficies solo cedit*. Porém, existe uma flexibilidade em razão do artigo 553 que faz menção ao princípio da acessão. Neste artigo, presume-se do proprietário do terreno o que for implantado nele, mas essa presunção é *juris tantum*, tornando-se admissível a divisão entre a superfície e o solo¹³⁶. Mazzei e Lima afirmam que predomina a corrente favorável ao reconhecimento do instituto no ordenamento francês¹³⁷.

O direito de superfície francês é uma propriedade distinta, aplicável a construções e plantações, mas que não chega a constituir uma co-propriedade. De acordo com VIEGAS, existe uma certa dificuldade em reconhecer sua autonomia enquanto direito real, por não haver previsão expressa no *Code Civil*. Ainda de acordo com o autor, a existência do instituto deve-se à prática reiterada e à construção jurisprudencial, que tornou legítima a separação da superfície (construção ou plantação em relação ao solo)¹³⁸.

Houve também, relevante produção legislativa, em decorrência dos problemas urbanísticos surgidos no pós-guerra, além do crescimento populacional. Segundo Lima, dois

¹³³ HORBACH, 2009. p. 124.

¹³⁴ MAZZEI, 2013. p.71.

¹³⁵ ANDRADE, Margarida., op.cit., p. 103.

¹³⁶ ANDRADE, Marcus., 2009. p.56.

¹³⁷ MAZZEI, op.cit., p. 72.

¹³⁸ LIMA, 2005. p. 96.

são os matizes para focar o direito de superfície no direito francês: através das disposições contidas no Code Civil e o depreendido através das leis urbanísticas e da construção¹³⁹.

4.6.7 Alemanha

O Código Civil Alemão ou *BGB (Bürgerliches Gesetzbuch)* foi o primeiro ordenamento a prever o direito de superfície, conferindo-lhe o status de instituto próprio. Vale observar que a codificação alemã de 1896 absorveu a concepção da superfície muito antes que outros ordenamentos latinos, cujas legislações derivaram do próprio direito romano.

Em 1919, porém, algumas disposições foram revogadas pela Ordenação promulgada em 15 de janeiro, modificando os contornos do direito de superfície. Segundo Marcus Vinícius dos Santos Andrade, “o novo regramento foi produto das insurgências ocorridas após a Primeira Guerra Mundial, quanto à falta de moradias. Buscou-se fomentar a construção de pequenas vivendas e o combate à especulação imobiliária”¹⁴⁰. Foi mantido, entretanto, no BGB, a característica da concessão apenas para edificação sobre ou sob o solo, não admitindo a concessão para fins de sobrelevação.

Mazzei, na esteira do pensamento de Wolff, afirma que foi após a regulamentação realizada pela Ordenação que o direito de superfície se transmutou em direito real, passível de alienação e transferível hereditariamente¹⁴¹.

O direito de superfície, na Alemanha, constitui-se por via contratual, mediante condição ou termo, não sendo aceita a sua constituição mediante condição resolutiva. A superfície a termo se constitui por no mínimo 50 anos e no máximo 99. De acordo com a Ordenação, no momento em que o negócio jurídico é firmado entre concedente e concessionário, geralmente por via contratual, deve-se definir o prazo de duração, o *quantum* a ser pago e o prazo de duração do pagamento. Outra forma de aquisição da superfície é o usucapião. Que ocorre caso exista um direito de superfície inscrito por trinta anos ou mais e se o titular estiver na posse do imóvel nesse período de tempo como superficiário efetivo.

Originalmente, o BGB fazia distinção do direito do superficiário em relação ao prédio edificado por ele, que constituía propriedade sua, e em relação a prédio previamente edificado, situação em que a propriedade restava ao proprietário do solo. Com o advento da Ordenação,

¹³⁹ LIMA., 2005. p. 97.

¹⁴⁰ ANDRADE, Marcus., op.cit., p.58.

¹⁴¹ MAZZEI, 2013. p. 50.

extinguiu-se esta diferenciação, tornando-se as duas hipóteses exemplos de propriedade superficiária, independente de no momento da concessão já haver construção preexistente. Ou seja, a partir do momento que se constitui o direito de superfície em favor do concessionário, a propriedade que já fazia parte do solo, deixa de ser parte integrante dele.

O superficiário pode alienar a superfície, mas ao proprietário do solo é concedido o direito de preferência na aquisição. Pode, inclusive, transferir a titularidade do seu direito ao proprietário do solo facultativamente ou por obrigação contratual, quando danificar a edificação ou se tornar inadimplente. É também, parte do direito do superficiário, o exercício de ações de proteção da posse, inerentes ao direito de propriedade.

Importante observar que a propriedade superficiária está sujeita aos gravames de qualquer outro imóvel. VIEGAS cita como os mais importantes em se tratando do direito de superfície, a pensão superficiária e a hipoteca.

Quanto à extinção do direito de superfície no direito alemão, este se dá por prescrição tabular, desapropriação e esgotamento do prazo da concessão, não sendo hipótese de extinção nem a destruição da coisa nem a confusão de titularidade com o proprietário do solo¹⁴².

4.6.8 Espanha

O direito de superfície tem natureza real, podendo constituir-se com fins de edificação ou para manter edificação já existente, sendo prevista inclusive, a utilização do subsolo e do espaço aéreo, interpretado no sentido de permitir a concessão de andares de um mesmo prédio pra diferentes superficiários. O direito espanhol compreende como objetos do direito de superfície, os acessórios da edificação, como jardins, quadras e piscinas.

Sua constituição ocorre através de escritura pública, que não exclui a possibilidade de que ocorra através de testamento. A concessão pode ser gratuita ou onerosa, podendo inclusive, quando devido o cânon superficiário, este ser pago através da entrega de moradias ou da cessão dos direitos de arrendamento dos locais.

O direito espanhol não admite a aquisição da superfície por usucapião. O superficiário pode, no entanto, alienar os direitos de superfície, assim como gravar a superfície, com exceção do usufruto e da hipoteca.

¹⁴² LIMA, 2005. p.75-82.

O direito de superfície tem caráter essencialmente temporal, devendo-se reverter ao proprietário o implante realizado ao término da concessão, não sendo cabível indenização.

A extinção ocorre pelo transcurso do prazo, pelo não obedecer o superficiário o prazo designado para edificação, pelo abandono, pela confusão, pela resilição bilateral, por desapropriação ou por meio de condição resolutiva.

O direito de superfície na legislação espanhola regia-se pela Lei do Solo de 1956, posteriormente reestruturada em 1975 e remodelada em 1976. Em 1992, foi editada uma nova lei sobre o regime do solo e a ordenação urbana, atendendo às demandas sociais de que houvesse intervenção para controle da especulação do solo urbano, uma vez que o forte aumento dos preços estava afetando a habitação e as atividades econômicas de urbanização. Neste ordenamento também constavam dispositivos sobre direito de superfície, mas que foram declarados inconstitucionais por ser considerado o estatuto de natureza puramente civil e não urbanística. Em 1998, nova lei urbanística vem derogar a Lei do Solo de 1992, com exceção dos dispositivos que previam o direito de superfície. A compreensão do direito de superfície no direito espanhol se faz através da combinação dos elementos das diversas lei e, principalmente, com base no entendimento doutrinário¹⁴³.

¹⁴³ LIMA, 2005. p. 115-129.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, no presente trabalho, explorar as possibilidades de utilização do direito de superfície como mecanismo apto a auxiliar na efetivação da função social da propriedade no âmbito urbano e como este instituto pode ter notável relevância em matéria de planejamento urbanístico.

Inicialmente, fez-se necessário explorar o surgimento do instituto, que se remete ao direito romano e ao germânico, tendo avançado através do tempo, através da legislação de diversos países. A abordagem histórica permitiu acompanhar como o instituto, que desde a sua fase “embrionária” já era utilizado para solucionar problemas sociais oriundos da concentração de terras, se desenvolveu à medida que passou a ser incorporado por ordenamentos mais modernos e utilizado de acordo com a necessidade de cada sociedade em particular.

Foi demonstrado, inclusive, como o direito de superfície chegou ao Brasil por influência das Ordenações Portuguesas e a sua trajetória dentre as diversas constituições e diplomas de natureza civil, assim como a relevância da construção doutrinária e utilização do direito comparado, aliados à necessidade social, para reintroduzir o instituto no moderno direito brasileiro. Explorou-se também, a construção doutrinária acerca do direito de superfície, como tentativa de se conceber a essência e a estrutura do instituto adotadas no País.

Do estudo da legislação brasileira, acerca do direito de superfície e suas formalidades legais, observou-se a timidez do legislador em relação à regulamentação do direito de superfície, culminando em efetiva omissão no tocante a diversos pontos, dando azo à divergências doutrinárias por muito insolucionáveis por carência de pressupostos legais específicos.

Ainda no tocante à legislação, a coexistência de dois diplomas que disciplinam o direito de superfície, quais sejam o Código Civil de 2002 e a Lei 10.257/2001, o Estatuto da Cidade, também se apresenta como verdadeiro entrave à utilização do instituto, uma vez que mesmo superada a questão da derrogação de um diploma no referente à matéria pelo outro, a existência de dispositivos divergentes encaminha, mais uma vez à doutrina, a função de interpretar e tentar conciliar normas conflitantes, utilizando-se dos princípios norteadores do Código Civil de 2002, do princípio da função social e de dispositivos legais relativos ao direito de propriedade.

De maneira não surpreendente, a divergência doutrinária acaba por gerar mais dúvidas do que solucionar o problema da omissão. Torna-se difícil, desta maneira, visualizar a aplicação do direito de superfície de maneira simples e corriqueira, como ocorre com outros institutos. Ilustrou-se inclusive, o problema da confusão do instituto com outros direitos reais de forma que, muitos contratos de concessão de direito de superfície podem, em verdade, nem possuir “direito de superfície” como real objeto.

Compreendeu-se, que admitir a limitação do Código Civil de 2002, norma geral, aos preceitos do Estatuto da Cidade, ordenamento de natureza urbanística, lastreado na Constituição Federal de 1988, é inviabilizar ou tolher a aplicação de determinadas políticas públicas ao espaço urbano, que por diversas questões de razão prática, necessitam de tratamento específico, motivo pelo qual a função da propriedade urbana e o planejamento urbano se tornaram preceitos de ordem constitucional. Não obstante, foi designada ao Poder Municipal a competência de elaborar lei com fulcro nas normas do Estatuto da Cidade, verdadeiras diretrizes de planejamento, com vistas à organizar, de acordo com os problemas e necessidades do município, o espaço urbano. Desta forma, considerou-se como mais adequada a aplicação subsidiária do Código Civil, apenas em complemento ao que não for disciplinado pela norma urbanística.

Constatou-se que no seu primórdio, o instituto era útil para promover a ocupação de terras públicas improdutivas, assim como terras pertencentes à Igreja. Pelo fato da demanda social da época girar em torno da ocupação de terras, o direito de superfície surge essencialmente como um direito de construir ou de plantar, tendo se transmutado em um instituto capaz de se adequar à realidade social urbana.

Foi possível depreender, da análise do direito comparado, que o instituto deixou de ser utilizado apenas no intuito de ceder os direitos da superfície para fins de edificação, para dar lugar a uma aplicação mais flexível e elástica do direito de superfície, como a incidência do instituto sobre as três dimensões da propriedade, a concessão dos direitos sobre edifício preexistente e a sobrelevação.

Em relação à flexibilização do instituto no direito brasileiro, para fins de aplicação à propriedade urbana, como demonstrado através da análise dos artigos 21 a 24 do Estatuto da Cidade, o legislador não deixou claro se seria cabível a aplicação do direito de superfície nos novos moldes de utilização, se limitando a facultar ao proprietário do domínio a disposição das três dimensões da propriedade, quais sejam solo, subsolo e espaço aéreo, sem, contudo, fazer maiores esclarecimentos.

Optou-se por interpretar, desta maneira, o direito de superfície urbanístico à luz do princípio da função social da propriedade urbana, que visa funcionalizar a propriedade em prol de atingir-se também a função social das cidades, que é garantir o bem estar dos seus habitantes e transeuntes, isto é, objetiva-se beneficiar a coletividade de indivíduos. Demonstrou-se, então, como o direito de superfície, ao ser constituído por meio de suas diversas modalidades, pode influenciar na economia, na mobilidade e no máximo aproveitamento do domínio situado no espaço urbano, que quando subutilizado tende a gerar prejuízos à coletividade. Vislumbrou-se a concessão do subsolo de forma individualizada, a constituição do direito de superfície por meio de cisão e a sobreelevação como formas de melhor aproveitamento da propriedade urbana.

Constatou-se por fim, que em relação ao estudo do direito de superfície como instrumento do planejamento urbano, faz-se necessária a aquisição de conhecimentos que extrapolam o âmbito civil, adentrando o direito urbanístico e o direito constitucional. Não obstante, ao lidar com edificações e urbanismo, entremeiam-se conhecimentos dos campos da engenharia e da arquitetura. Compreendeu-se que a discussão enseja uma interdisciplinariedade que deve ser levada em consideração, uma vez que o Direito deve se utilizar dos conhecimentos das áreas pertinentes a que se deseja aplicar, como forma de conferir maior efetividade à implementação das suas políticas públicas.

Após realizadas diversas considerações acerca da relevância do direito de superfície para a organização do espaço urbano, entende-se que faz-se necessário, além da análise teórica, um efetivo trabalho de campo, com vistas a investigar o índice de aproveitamento da propriedade urbana e a real possibilidade de aplicação do direito de superfície para auxiliar na efetivação da função social da propriedade urbana.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **Direito de superfície e sua formação contratual**: entre a autonomia da vontade e a tipicidade dos direitos reais. 2006. 151 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, 2006.
- _____. Notas Introdutórias sobre superfície e usucapião. **Revista de Direito Imobiliário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.29, n.60, p. 11-29, jan./jun. 2006.
- ANDRADE, Marcus Vinícius dos Santos. **Superfície à Luz do Código Civil e do Estatuto da Cidade**. Curitiba: Juruá, 2009.
- ANDRADE, Margarida Costa. Observações ao regime jurídico do direito de superfície (e dúvidas que daí resultaram). **Revista de Direito Imobiliário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.34, n.71, p. 93-138, jul./dez. 2011.
- CARDOSO, Sônia Leticia de Melo. A Função Social da Propriedade Urbana. **Revista CESUMAR**. Maringá, 2001
- CAVALCANTI, Marise Pessôa. **Superfície Compulsória: instrumento de efetivação da função social da propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FONTES, Mariana Levy Piza. Planejamento urbano e o marco jurídico - urbanístico no Brasil. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**. Porto Alegre: Magister, v. 5 n. 27, p. 45-55. Dez/jan, 2009.
- HORBACH, Carlos Bastide. O direito de superfície sobre propriedade urbana. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.10, n.40, p. 110-148, out./dez. 2009.
- LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **O Direito de Superfície Como Instrumento de Planificação Urbana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- LIRA, Ricardo Pereira. Entre o legal e o ilegal: direito e cidade. **Interesse Público**. Belo Horizonte: Nota Dez, v. 14 n. 72, p. 233-245. mar./abr., 2012.
- MAZZEI, Rodrigo. O direito de superfície e a sobrelevação (o direito de construir na edificação alheia ou 'direito de laje'). **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 108 n. 416. p. 243-258. jul./ dez. 2012. p. 244.
- _____. **Direito de Superfície**. Salvador: JusPODIVM, 2013.
- SILVA, Américo Luís Martins. Do regime de concessão ao direito de superfície. **Revista da AGU**. Brasília: AGU, v.8, n.20, p. 43-77, abr./jun. 2009. p. 45.
- TEIXEIRA, José Guilherme Braga. **O direito real de superfície**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 23-24.
- VENOSA. Sílvio de Salvo. Propriedade e direitos reais sobre coisas alheias. Superfície. Disponível em < <http://www.silviovenosa.com.br/libs/dwns/16.pdf> > acesso em 26/03/2014

VIZZOTTO, Andrea Teichmann. A flexibilização de normas jurídicas e o direito urbanístico. **Revista Brasileira de Direito Público** - v. 9 n. 33. p. 111-128. abr./ jun. 2011. p. 119.