

O reconhecimento do direito de superfície no Estatuto da Cidade e no Direito Civil

Leandro Soares Lomeu*

Sumário: 1 Introdução. 2 O princípio da acessão e o direito de superfície. 3 Conceitos e características do direito de superfície. 4 Direitos e obrigações. 5 O direito real de superfície no novo Código Civil e no Estatuto da Cidade. 6 Conclusão. 7 Referências.

Resumo

Aduz-se que o *direito de superfície* atende à necessidade prática de permitir a construção em solo alheio, acolhendo a propriedade de forma a cumprir o seu papel constitucional, a sua função social, bem como voltando-se para a preservação do meio ambiente, permitindo a transferência, gratuita ou onerosa, do direito de construir sem atingir o domínio. Apresenta-se como um novo e importante instituto, consagrando em ordem louvável a função social da propriedade e a ordem urbanística, disposto tanto no Código Civil quanto no Estatuto da Cidade, com mecanismos em seu bojo que permitem a utilização, por exemplo, do solo ou de prédios inacabados, a fim de promover o almejado bem-estar social e o planejamento urbano.

Palavras-chave: direito civil; direitos reais; superfície.

Abstract

Adduce the surface right takes care of the necessity practical to allow the other people's construction in ground, receiving the form property to fulfill its paper constitutional, the social function of the property, as well as turning toward the preservation of the environment, allowing the transference, gratuitous or onerous, of the right to construct without reaching the domain. It is presented as a new and important institute consecrating in sequence praiseworthy the social function of the property and order urbanistic, as much when made use in the Civil Code how much in the Statute of the City, with mechanisms in its bulge that allow the use, for example, of the ground or unfinished building, in order to promote the longed for one welfare state and urban planning.

Keywords: civil law; rights in rem; surface.

1 Introdução

O crescimento natural da população, o êxodo rural e o desenvolvimento econômico são apontados como as principais causas do aumento da população urbana. E o problema fundamental é a falta de capacidade das cidades de lidar com esse crescimento urbanístico grandemente acelerado.

Localizado nesse contexto, encontra-se o *direito de superfície*, tema do presente trabalho, que cria, pelo menos, uma expectativa de possibilidade de transacionar a organização dos espaços urbanos, visto que agora é possível separar negocialmente o direito de construir do direito de propriedade do lote, pois quem constrói é o que recebe a concessão.

O instrumento do *direito de superfície* é valioso, porque amplia o leque de possibilidades de utilização da propriedade imobiliária com as garantias de um direito real. Daí se perceber a incontestável importância do trabalho, tendo em vista a contemporaneidade do que se pretende expor e as suas aplicações práticas. Essas aplicações ocorrem na esfera da autonomia da vontade dos pactuantes e, também, dos entes públicos quando tornam eficaz tal instituto, nos moldes do Estatuto da Cidade, ficando garantido o direito a cidades sustentáveis, especialmente quanto ao direito à terra urbana e à moradia, para as presentes e futuras gerações.

2 O direito de superfície e o princípio da acessão

O *direito de superfície* não é uma novidade. Na verdade, ele existiu no ordenamento jurídico brasileiro até o advento da Lei nº 1.237, de 24 de setembro de 1864, como forma de colocar no solo alheio o objeto do direito real autônomo de construir ou de plantar. Pode-se afirmar que

o direito de superfície repousou na concepção de que nem sempre o acessório segue o principal e que o princípio da acessão, como forma da aquisição da propriedade, pode ter exceções¹.

Clara é a explanação do professor Ricardo Pereira Lira acerca da acessão, ao afirmar:

Caracteriza-se a acessão pela união física entre duas coisas, formando, de maneira indissolúvel, um conjunto em que uma das partes, embora possa ser reconhecível, não guarda autonomia, sendo subordinada, dependente do todo, seguindo-lhe o destino jurídico².

* Leandro Soares Lomeu é advogado em Minas Gerais. Mestrando em Direito (Relações Privadas e Constituição) pela Faculdade de Direito de Campos. Especialista em Direito Registral Imobiliário pela PUC/MG. Professor de Direito Civil na Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce na cidade de Governador Valadares.

¹ SÉGUIN, Elida. *Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 81.

² LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 3.

A apreciação do *direito de superfície* passa necessariamente pelo exame do princípio da acessão, valendo-nos salientar que a acessão se afasta do *direito de superfície*, pois que, como brilhantemente nos leciona Ricardo Pereira Lira, “o direito de superfície é substancialmente uma suspensão ou interrupção da eficácia do princípio da acessão”³.

Coloca-se, dessa forma, uma interrupção à regra *superficies solo cedit*, que vigorou de modo absoluto no direito clássico romano, por força da qual tudo que era plantado ou edificado no solo passava a integrá-lo e ao seu dono pertencia, não podendo ser objeto de transferência, senão juntamente, aditivada ao solo.

Assim, quando se constitui o *direito de superfície*, há um direito de propriedade do solo, o qual necessariamente continua a pertencer ao proprietário. Porém, o superficiário terá a possibilidade de exercitar a faculdade de edificar ou plantar sobre o terreno, com vistas a adquirir a propriedade superficiária, que lhe dá o direito de usar, gozar e desfrutar das edificações e plantações objeto da superfície. Isso porque,

uma vez extinto este, em virtude do caráter abstrato e elástico do direito de propriedade, recuperará sua eficácia o princípio *superficie solo cedit* e o proprietário recuperará o pleno domínio do terreno, bem como as edificações e plantações existentes no imóvel⁴.

Assente é que, por força do fenômeno da acessão, tudo aquilo que acede permanentemente ao solo passa a ser da propriedade do dono do solo, por mais valioso que seja o incremento. Contudo, existindo a determinação do *direito de superfície*, duas pessoas podem convenicionar que a primeira possa construir sobre o terreno de propriedade da segunda, de tal forma que a edificação seja do domínio daquela e o lote permaneça no patrimônio desta. Uma tal situação era revestida de impossibilidade anteriormente à legislação atual, como demonstrado a seguir no julgado do ano de 1987 do Segundo Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, a título exemplificativo:

Possessória. Imissão de posse. Impossibilidade jurídica do pedido. Construção destacada do solo. Reconhecimento. - O pedido de obtenção da posse das construções destacada da posse do solo constitui impossibilidade jurídica, pois em nosso direito civil não existe o direito real de superfície. Quem tem a posse das construções tem igualmente a posse do solo, onde estão edificadas. (2º TACSP, AI 202.205-00/9, 2º Câmara, Rel. Juiz Walter Moraes, julgada em 4.3.1987.)

Através do *direito de superfície*, é possível negocialmente separar o direito de construir do direito de propriedade do lote. Identificam-se duas propriedades: a propriedade do terreno, de que é titular o concedente, e a propriedade da construção (propriedade superficiária).

3 Conceito e características do direito de superfície

São dois, comumente, os sujeitos da relação superficiária: o proprietário do solo, como concedente, e o superficiário, este na qualidade de concessionário. Concede aquele primeiro a este último o direito de construir ou plantar na superfície de terreno de sua propriedade (concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum*).

Na linguagem comum, o termo “superfície” encerra o sentido de “camada mais elevada do solo”, assim como a “face exterior ou superior de uma coisa corpórea”. Não obstante, no sentido jurídico, o termo significa “tudo aquilo que está acima do solo e que dele emerge”.

Segundo o culto professor Ricardo Lira, o *direito de superfície* é

o direito real autônomo, temporário ou perpétuo, de fazer e manter a construção ou plantação sobre ou sob terreno alheio; é a propriedade - separada do solo - dessa construção ou plantação, bem como é a propriedade decorrente da aquisição feita ao dono do solo de construção ou plantação nele já existente⁵.

Para Marco Aurélio Bezerra de Melo, a superfície é

um direito real sobre coisa alheia que permite o desdobramento dos poderes inerentes à propriedade, à medida que uma pessoa, chamada de superficiário ou concessionário, exerce os poderes de uso e fruição no tocante à edificação ou plantação em terreno alheio e ainda a propriedade plena sobre a coisa incorporada em solo de outrem que se chama fundieiro ou concedente⁶.

Esclarecedor é o conceito de Caio Mário da Silva Pereira, ao afirmar que “o *direito de superfície* caracteriza-se como um direito real sobre coisa alheia, e se apresenta como um *desdobramento da propriedade*”⁷ (grifo nosso). Temos, aí, a idéia de que se trata de duas propriedades. E, com a celebração do *direito de superfície*, temos a propriedade superficiária.

Com o mesmo efeito, Marco Aurélio S. Viana afirma ser

³ LIRA, Ricardo Pereira. *Op. cit.*, p. 9.

⁴ GÓMEZ, J. Miguel Lobato. A disciplina do direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 20, out./dez. 2004, p. 69.

⁵ LIRA, Ricardo Pereira. *Op. cit.*, p. 11.

⁶ MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Novo Código Civil anotado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 5, 2002, p. 220.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

direito real que assegura ao superficiário ter coisa própria incorporada em terreno alheio, ou seja, do fundiário. O que se assegura pelo direito de superfície é o direito de construir ou manter uma construção em terreno alheio, ou plantar, ou manter a plantação, também em terreno alheio⁸.

Conforme se aprecia nos conceitos apresentados, fica destacado que, para caracterizar o *direito de superfície*, é essencial o direito a ter uma edificação ou plantação em solo alheio, atribuindo a propriedade superficial do edificado ou plantado, o que, nos casos mais habituais, se dá de forma temporária. Tal se vê no teor do art. 1.369 do Código Civil, que muito se aproxima do conceito apresentado por Sílvia Rodrigues⁹:

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

De forma sucinta, José dos Santos Carvalho Filho define o *direito de superfície* como

aquele pelo qual o proprietário concede a outrem, por tempo determinado ou indeterminado, o direito de utilizar a superfície de seu imóvel na forma pactuada no respectivo contrato¹⁰.

O *direito de superfície* atende à necessidade prática de permitir a construção em solo alheio. Dessa forma, acolhe a propriedade de modo a cumprir o seu papel constitucional, a sua função social. Além disso, volta-se para a preservação do meio ambiente, permitindo a transferência, gratuita ou onerosa, do direito de construir sem atingir o domínio.

Em linhas caracterizadoras, o *direito de superfície* em regra geral será temporário, na forma do direito contemporneo. Pode a superfície, contudo, ser temporária ou perpétua. Sendo temporária, ocorrerá ao final do prazo acordado a reversão da coisa superficial para o patrimônio do concedente. Quando perpétua, encerra prazo indefinido, como previsto no art. 21, *caput*, do Estatuto da Cidade, que dispõe quanto a prazo determinado e indeterminado.

Note-se que, quanto à duração da superfície, não é frequente que no direito moderno se admita a existência de direitos de superfície naturalmente perpétuos, esclarecendo acertadamente J. Miguel Lobato Gomes que

o caráter perpétuo dos direitos reais em coisa alheia não é facilmente compatível com os atuais sistemas econômicos, sociais e jurídicos¹¹.

Compreende-se que a superfície perpétua traz o inconveniente de retirar do instituto sua principal vantagem, a maleabilidade, a possibilidade de adequação às necessidades sociais de determinado período.

De entendimento contrário, o ilustre Sílvia Salvo Venosa afirma que em nosso sistema somente se permite a modalidade temporária, não podendo ser direito perpétuo. Tal afirmativa quiçá se apoie no *caput* do art. 1369 do Código Civil, onde se encontra presente tão somente a figura da superfície temporária.

Se o contrato for estipulado por prazo indeterminado, nos moldes do Estatuto da Cidade, o *direito de superfície* será perpétuo, sendo, inclusive, transmissível aos herdeiros do superficiário. A extinção do contrato, desse modo, só pode efetivar-se por fatores diversos do fator tempo, como o descumprimento de obrigações ou o desvio de destinação do uso pelo superficiário.

Vencida a discussão acerca da duração do contrato da superfície, passaremos a distingui-lo dos demais direitos reais, pois se trata de direito real autônomo, com características distintas.

Primeiramente, distingue-se o *direito de superfície* da enfiteuse, como expõe brilhantemente Ricardo Pereira Lira:

É diverso da enfiteuse, que é a maneira mais profunda de desdobramento da propriedade, por isso que o enfiteuticador entrega ao enfiteuta o uso, o gozo e até mesmo a possibilidade de transferir a terceiros essa gama de direitos elementares, mediante o pagamento de *laudêmio*. No direito de superfície não se encontra esse desdobramento, e a transferência dos direitos a terceiro pelo superficiário se dá sem o pagamento de qualquer *laudêmio*¹².

Na verdade, a superfície surgiu para substituir a enfiteuse, banida pela nova codificação, nos termos do art. 2.038 do Código Civil.

De igual forma, no usufruto, o nu-proprietário atribui ao usufrutuário o uso e gozo da coisa, desdobramento que igualmente não ocorre no *direito de superfície*. Da mesma forma, difere da servidão, visto que neste instituto há a necessidade de identificar o imóvel dominante e o imóvel serviente, o que não é visto no *direito de superfície*. Elucidativa é a doutrina de Dilvanir José da Costa:

O instituto mais próximo da superfície, que pudesse substituí-lo eventualmente na prática dos negócios, seria a constituição do direito real de usufruto temporário sobre o terreno e sobre as acessões previstas, a serem executadas pelo usufru-

⁸ VIANA, Marco Aurélio. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coord. Sálvia de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, v. 16, 2003.

⁹ RODRIGUES, Sílvia. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2002, p. 275.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 147.

¹¹ GÓMEZ, J. Miguel Lobato. *Op. cit.*, p. 75.

¹² LIRA, Ricardo Pereira. O direito de superfície e o novo Código Civil. In: *Revista Forense*, v. 364, p. 252.

tuário. A fim de contornar a extinção do usufruto com a morte do usufrutuário, o contrato seria feito com uma pessoa jurídica, que poderia normalmente usufruir do imóvel e até ceder a terceiro o exercício do usufruto. A aproximação seria maior do que na locação, sobretudo pela natureza real, mas restariam distinções básicas. O usufruto incide sobre o solo e as acessões de forma inseparável ou indivisível. A superfície permite a cisão da propriedade em dois direitos reais distintos e autônomos: o solo e as acessões. Donde os efeitos práticos: alienação, oneração, inclusive com usufruto e hipoteca, do direito real de superfície, com eficácia durante a vigência deste. Essa autonomia representa poder de retorno ou recuperação do investimento, tão importante no mercado que exige garantias reais. O usufrutuário não pode oferecer essas garantias sobre o usufruto inalienável e impenhorável¹³.

Evidencia-se que o *direito de superfície* é um direito real autônomo, não podendo ser reduzido à categoria dos demais direitos reais limitados sobre o imóvel alheio. Assim, uma vez concedido, o edifício construído ou a plantação feita pertencem exclusivamente ao superficiário, enquanto o solo continua a pertencer ao seu proprietário.

Mesmo que se assemelhe com alguns direitos reais limitados, como, por exemplo, o usufruto e a servidão, o fato é que, como afirmado, o *direito de superfície* se apresenta como direito autônomo, não se confundido com nenhum outro.

Quando se tratar de superfície remunerada, a importância será paga de uma só vez ou periodicamente pelo concessionário ao concedente, e é denominada de “*solarium*” ou “*cânon superficiário*”. Nada impede, contudo, que a superfície seja formalizada por meio de forma gratuita.

Ainda quanto aos direitos e obrigações desse instituto, cabe-nos acrescentar a redação recente do enunciado nº 321, aprovado na IV Jornada de Direito Civil pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:

Enunciado 321 - Art. 1.369. Os direitos e obrigações vinculados ao terreno e, bem assim, aqueles vinculados à construção ou à plantação formam patrimônios distintos e autônomos, respondendo cada um dos seus titulares exclusivamente por suas próprias dívidas e obrigações, ressalvadas as fiscais decorrentes do imóvel¹⁴.

Expressamente, determinou também o art. 1.370 do Código Civil, quanto às obrigações dos contratantes superficiários, que, se a concessão for onerosa, as partes estipularão se o pagamento será feito de uma só vez ou parceladamente.

Quanto aos encargos e tributos, o art. 1.371 do Código Civil prevê que o superficiário responderá pelos

encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel. Por sua vez, o parágrafo terceiro do art. 21 do Estatuto da Cidade estatui que é o superficiário responsável pela integralidade dos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária e, proporcionalmente, à sua parcela de ocupação efetiva do imóvel. Sobre esse ponto, aprovou-se o enunciado nº 94 da I Jornada de Direito Civil:

Enunciado 94 - Art. 1.371. As partes têm plena liberdade para deliberar no contrato respectivo sobre o rateio dos encargos e tributos que recairão sobre a área incidida¹⁵.

4 Direitos e obrigações

Como afirmado, em nosso ordenamento jurídico brasileiro temos a Lei nº 10.257, de 10.7.2001, denominada “Estatuto da Cidade”, e os arts. 1.369 a 1.377, que cuidam do *direito de superfície*. Trata-se da lei especial que estabelece diretrizes gerais sobre a política urbana, na forma de um microsistema.

Podemos enumerar alguns direitos e obrigações dos proprietários do solo, a saber: a utilização da parte do imóvel que não constitui objeto do *direito de superfície*; o recebimento do pagamento pela cessão, caso tenha sido ajustada; a preferência em caso de alienação da coisa superficiária; a resolução da superfície antes do advento do termo, se temporária, se o superficiário não edificar ou plantar no tempo estipulado, ou se edificar contrariamente ao pactuado, ou, ainda, se destinar a superfície de forma diversa à originariamente concedida; não praticar atos que impeçam ou prejudiquem a concretização ou livre exercício do *direito de superfície*; dar preferência ao superficiário na aquisição da propriedade do solo.

Por outro lado, podemos destacar direitos e obrigações dos superficiários, tais como: utilizar da superfície do solo de outrem; usar, gozar e dispor da construção ou da plantação superficiária como coisa própria, separada da propriedade do solo; onerar com ônus reais a construção ou plantação; exercer o direito de preferência na aquisição do solo, caso o proprietário pretenda aliená-lo; reconstruir a edificação ou refazer a plantação; pagar a remuneração, denominada de *solarium*, no caso de superfície remunerada; pagar os encargos e tributos que incidirem sobre a obra superficiária; conservar a obra superficiária; e conceder preferência ao proprietário do solo quanto à aquisição da propriedade superficiária.

¹³ COSTA, Dilvanir José. *Sistema de direito civil à luz do novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 483.

¹⁴ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2005.

¹⁵ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *I Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/ljornada.pdf>. Acesso em 26.7.2007.

Em caso de inadimplemento quanto à obrigação assumida, é viável a resolução. Pode-se, no entanto, executar as prestações pendentes. Tal como afirma Arnaldo Rizzardo:

Ingressa-se com o competente processo de execução, efetuando-se a constrição, por meio de penhora, para garantir a satisfação do crédito, nas construções e plantações erigidas no terreno. São as mesmas, após decorrido o prazo de embargos, ou julgados estes improcedentes, e depois da devida avaliação, levadas a hasta pública, para apurar-se o montante necessário ao pagamento das obrigações devidas¹⁶.

5 O direito real de superfície no novo Código Civil e no Estatuto da Cidade

O instituto da superfície foi contemplado pelo Código Civil de 2002, após ter sido banido pela Lei nº 1.257, de 24.9.1864, e, após longo prazo de silêncio, estatuído pelo Código Civil de 1916. Encontrou o seu devido reconhecimento no Estatuto da Cidade, de 2001, que tentou configurá-lo como um novo instrumento de política urbana e habitacional.

O rol taxativo do art. 1.225 do Código Civil dispõe expressamente, como direito real, na nova sistemática do direito contemporâneo, o *direito de superfície*. Com Título próprio, aparece no Livro III do Direito das Coisas, na nova sistemática cível do nosso ordenamento jurídico, a partir dos arts. 1.369 e seguintes daquele Código.

Tais dispositivos legais asseguram que o proprietário, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente inscrita no Registro de Imóveis, podendo essa concessão ser gratuita ou onerosa.

Poderá o *direito de superfície* ser transferido por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, sem que o proprietário do solo possa estipular o pagamento de qualquer quantia pela transferência. Por outro lado, em caso de alienação do imóvel ou da superfície, como vimos, o superficiário, bem como o proprietário do solo, têm de respeitar a temática do direito de preferência, reciprocamente.

Como retratado, o Estatuto da Cidade foi quem primeiro reinseriu o instituto entre nós. Todavia, não era ainda elencado no rol do *numerus clausus* dos direitos reais. Sua inserção no rol somente se deu com a codificação de 2002.

Questiona-se sobre a aplicação e regulamentação das duas leis simultaneamente sobre o instituto, ou,

ainda, segundo citação de Sílvio de Salvo Venosa, “é de se perguntar se, no conflito de normas, o novo código, como lei posterior, derrogará os princípios do estatuto”¹⁷. Entretanto, cabe-nos esclarecer que, ante a colisão dos dispositivos legais, o novo Código Civil encontra-se posto como norma geral, e o Estatuto da Cidade, como microsistema, sob enfoque de norma especial. E ainda: quando se referir no caso em concreto a uma propriedade urbana, aplicar-se-á o Estatuto da Cidade e, subsidiariamente, o Código Civil; em caso contrário, tratando-se de uma propriedade rural ou agrícola, aplica-se o Código Civil e, subsidiariamente, o Estatuto da Cidade.

Acrescenta Lucas Abreu Barroso que,

deste modo, não temos dúvida de que não houve qualquer revogação e que as duas formas de superfície coexistem em nosso ordenamento jurídico¹⁸.

Traços esclarecedores foram dispostos pelo Enunciado nº 93, aprovado na I Jornada de Direito Civil, a saber:

Enunciado 93. Art. 1.369. As normas previstas no Código Civil, regulando o direito de superfície, não revogam as normas relativas a direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano¹⁹.

Dessa forma, o Código Civil cuida da exploração mais restrita do solo, somente para construção ou plantação, podendo o imóvel ser urbano ou rural, e a cessão ser por prazo determinado apenas. Enquanto isso, no Estatuto da Cidade, a exploração do solo é mais ampla, desde que atendidas as regras de política urbana. Nesse caso, o imóvel pode ser apenas o urbano, e a cessão, por outro lado, pode ser por prazo tanto determinado quanto indeterminado.

Destaque importante ainda deve ser feito acerca de tais distinções, quando necessariamente temos que invocar o art. 1.377 do Código Civil, que afirma poder o *direito de superfície* ser constituído por pessoa jurídica de direito público interno, regendo-se nesses casos pelo novo Código Civil no que não for diversamente disciplinado em lei especial.

Quanto ao prazo, o Código Civil estipula prazo determinado, enquanto o Estatuto da Cidade estabelece prazo determinado ou indeterminado, como abordado aqui, em linhas anteriores.

Note-se que há a possibilidade de a superfície se constituir por cisão, tal é a redação apresentada por

¹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 411.

¹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 382.

¹⁸ BARROSO, Lucas Abreu. *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

¹⁹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *I Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/1jornada.pdf>. Acesso em 26.7.2007.

Marise Pessoa Cavalcanti, ao afirmar, acerca da cisão, que se trata da

propriedade separada superficiária, efeito da alienação que o *dominus soli* separadamente faz a outrem de construção já existente; efeito da alienação que o *dominus soli* separadamente faz a outrem do solo, reservando-se a construção; ou efeito da alienação separada que o *dominus soli* faz a duas pessoas, transferindo a uma o solo, a outra a construção já existente²⁰.

Tal plasticidade se deve ao fato de a estrutura da relação superficiária poder partir de uma relação simples, evoluindo para uma relação complexa, ou, ainda, nascer complexa, como se vê na cisão, tal como assevera o distinto Ricardo Pereira Lira²¹.

Os referidos termos foram também abraçados no Enunciado nº 250 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, na III Jornada de Direito Civil, em que ficou estatuído: “admite-se a constituição do direito de superfície por cisão”.

Aspecto importante merece ser apreciado quanto ao uso do subsolo ou espaço aéreo. O parágrafo primeiro do art. 21 do Estatuto da Cidade estabelece que 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. Já o parágrafo único do art. 1.369 do Código Civil dispõe que o direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.

Sendo assim, indaga-se: qual seria a solução, diante do silêncio do Código Civil, para o uso do espaço aéreo relativo ao terreno?

O Código Civil estabelece, no art. 1.229:

A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondente, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais que tenha ele interesse legítimo em impedi-las.

Encontramos, pois, resposta para a dita indagação, quando visualizamos a propriedade, de uma forma geral, tal como contemplada no Código. Leciona Ricardo Pereira Lira, em parecer sobre direito de superfície alusivo à aquisição de espaço aéreo sobrejacente a prédio contíguo:

Não se pode aceitar que o espaço aéreo e o subsolo não estejam abrangidos na propriedade do solo. Estão, evidentemente, com as limitações indigitadas²².

De forma semelhante, e caminhando em harmonia, encontram-se o Código Civil e o Estatuto da Cidade quanto à instrumentalização formal e à necessidade imperiosa do registro do direito de superfície.

Na redação do art. 1.369 do Código Civil está que o pacto do direito de superfície será realizado “mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis”. O mesmo sentido foi consagrado no Estatuto da Cidade, ao afirmar, em seu art. 21, *caput*, que o proprietário urbano poderia conceder o direito de superfície “mediante escritura pública registrada no Cartório de Registro de Imóveis”.

Quanto aos direitos reais, é notório que a transferência entre vivos da propriedade se dará mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. De outra forma, não poderia ser com o direito de superfície.

Esse requisito formal é inderrogável pela vontade das partes. Sobre isso:

Se o vínculo entre o dono do solo e o superficiário resultar apenas do contrato em si, terá natureza meramente obrigacional, e não terá os efeitos e as garantias atribuíveis aos direitos reais. Pode-se dizer, assim, que a escritura pública é da substância do negócio jurídico: sua ausência acarreta a nulidade²³.

Desse modo, a vontade das partes deve ser formalizada através de escritura pública e, conseqüentemente, do devido registro imobiliário. E, como a regra tem relação com o registro público, o Estatuto alterou o art. 167, I, da Lei nº 6.015/1973, determinando o acréscimo do item nº 39, ou seja, a constituição do direito de superfície de imóvel urbano.

Nesse contexto do Código Civil e do Estatuto da Cidade, podemos perceber que, em grande parte, as mudanças de cunho social culminaram com a Constituição de 1988, que, entre os destaques que nos interessam, trouxe a função social da propriedade, expressa no art. 5º, XXIII, além das menções feitas nos arts. 183 e 191, estabelecendo formas de uso em obediência à função social.

Em datas recentes, surgiram leis que colocaram em destaque o princípio da função social da propriedade. O Estatuto da Cidade trouxe em seu bojo mecanismo sobre a utilização do solo com o fim de promover o bem-estar social. O Novo Código Civil também absorveu essas mudanças e veio ratificar o segmento.

Dentro desse enfoque, a figura do direito de superfície foi inserida em nosso ordenamento, mostrando pos-

²⁰ CAVALCANTI, Marise Pessoa. *Superfície compulsória: instrumento de efetivação da função social da propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 15.

²¹ LIRA, Ricardo Pereira. *Op. cit.*, p. 56.

²² LIRA, Ricardo Pereira. Direito de superfície: aquisição de espaço aéreo sobrejacente a prédio contíguo. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v.11, jul./set., 2002, p. 200.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 151.

suir grande relevância, ao atuar como uma das formas de se conseguir que a propriedade alcance sua função social.

Pode-se, a título exemplificativo, citar o caso de uma municipalidade que, titular de uma gleba, dá em superfície a uma empresa a área superior para construção de um hospital de grande porte, a ser explorado pela dita empresa pelo prazo que lhe convier, findo o qual o complexo hospitalar ingressará gratuitamente no patrimônio da municipalidade. E, na mesma gleba, a municipalidade poderá conceder o subsolo em superfície, para implantação de uma imensa área de estacionamento, a ser utilizada, remuneradamente, pelos usuários do hospital²⁴.

Pode-se entender que no Direito brasileiro existe uma dupla modalidade superficiária, deduzindo que unicamente são de aplicação direta ao *direito de superfície urbanística* os preceitos do Estatuto da Cidade, enquanto os do Código Civil somente se devem aplicar à superfície comum ou ordinária. Também se poderia admitir uma certa intercomunicação entre ambas as regulamentações, de modo que a disciplina estabelecida no Código, além de regular a superfície comum ou ordinária, servisse como direito supletivo do Estatuto da Cidade para completar a disciplina urbanística. Entretanto, o mais adequado é pensar que ambas as regulamentações se integram em um todo orgânico, o ordenamento jurídico brasileiro, e, em consequência, deve-se proceder a uma interpretação sistemática, única, conjunta e integrada de todo o complexo relativo ao tema²⁵.

6 Conclusão

O instituto do *direito de superfície*, apresentado como direito real imobiliário em nosso atual Código Civil, e reinserido em nosso ordenamento com o Estatuto da Cidade, trouxe novas perspectivas de reformulação da propriedade imobiliária. Tornou-se possível conceber a propriedade superficiária distintamente da propriedade do solo, específica do concedente, constituindo-se, nesses moldes, incentivo à construção civil, com ensejo à mitigação do grave problema da crise habitacional no País, bem como à criação de novos empregos. Não resta a menor dúvida de que o *direito de superfície* se mostra com grande conveniência para uma maior dinamização do domínio, resultando, por via de consequência, em maior proveito do solo improdutivo ou inculdo e, no plano técnico-jurídico, em possibilidade de atendimento a situações concretas que vêm sendo consolidadas de modo totalmente irregular.

Apresenta-se o *direito de superfície* com características próprias, limitado e autônomo, permitindo construir ou manter construções, ou conservar ou assentar plantações, em solo alheio, em caráter temporário ou indeterminado. Contemplado no novo Código Civil, apresentou-se tal direito como um novo e importante instituto, suspendendo-se o efeito aquisitivo do princípio da acessão, ou seja, a *superfícies solo cedit*.

O *direito de superfície* veio consagrar em ordem louvável a função social da propriedade, tanto quando disposto no Código Civil quanto no Estatuto da Cidade, com mecanismos em seu bojo que permitem a utilização, por exemplo, do solo ou de prédios inacabados, a fim de promover o almejado bem-estar social.

Apesar de não encontrar tradições no cotidiano brasileiro, visto que o *direito de superfície* não integra o rol dos direitos reais admitidos pelo ordenamento brasileiro, desde o ano de 1864 se percebe que sua reintrodução no ordenamento jurídico em vigor é excelente. Isso porque constitui categoria relevante do ponto de vista jurídico e social e, principalmente, por encerrar um conteúdo que garante maior proteção à pessoa humana e a seus direitos fundamentais, tal como o é a moradia.

7 Referências

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *1 Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/ljornada.pdf>. Acesso em 26.7.2007.

_____. *Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2005.

BARROSO, Lucas Abreu. *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COSTA, Dilvanir José. *Sistema de direito civil à luz do novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 483.

GÓMEZ, J. Miguel Lobato. A disciplina do direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro, in *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 20, out./dez. 2004.

²⁴ Exemplos esclarecedores expressados pelo brilhante Prof. Ricardo Lira, no prefácio da obra *Superfície compulsória*, de Marise Pessoa Cavalcanti, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

²⁵ GÓMEZ, J. Miguel Lobato.

LIRA, Ricardo Pereira. Direito de superfície: aquisição de espaço aéreo sobrejacente a prédio contíguo, in *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 11, jul./set. 2002.

_____. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. O Direito de superfície e o novo Código Civil, in *Revista Forense*, Separata, p. 364.

MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Novo Código Civil anotado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 5, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SÉGUIN, Elida. *Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. São Paulo: Atlas, 2002.

VIANA, Marco Aurélio. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, v. 16, 2003.

...