

## O direito de superfície como instrumento garantidor da função social da propriedade privada

Maria Mércia Camargos Nogueira\*

O presente artigo promove a abordagem sobre o Direito de Superfície à luz do princípio da função social da propriedade, por entender que o Direito de Superfície se diferencia de outros Direitos Reais, visto que ostenta um objeto peculiar e comporta certas características muito singulares, as quais permitem o uso e exploração do solo sem alterar a propriedade, apenas a posse.

O tema tem importância significativa diante da expansão imobiliária que vem ocorrendo no País. O Brasil, apesar de proporções continentais, tem violentas disputas de terra com a consequente exigência desta por algumas minorias. Por essa razão, o Direito de Superfície, que compreende um Direito Real, não está excluído da reivindicação por estes grupos sociais, dentre os quais se podem citar indígenas, nativos originais do País e o MST - Movimento dos Sem-Terra, os quais reivindicam, dentre outros, o uso racional da superfície, que é bem comum do povo. Nesse diapasão, o Direito de Superfície poderia adquirir sentido maior a sua natureza se aplicado para assentamentos humanos sejam urbanos e rurais.

Paralelo à necessidade de uso racional do solo, cresce, de modo quase desordenado, o ramo imobiliário. O enorme crescimento do mercado imobiliário nacional foi impulsionado por diversos fatores, em especial pelo crescimento da economia e a escolha do Brasil para sediar eventos de nível internacional de grande envergadura, como Copa do Mundo e Olimpíadas. Nesse sentido, o Direito de Superfície assume extrema relevância no âmbito do Direito Imobiliário, visto que deve ser norteador da utilização econômica e social dos imóveis urbanos e rurais, diante do arcabouço normativo e principiológico que orienta a ordem jurídica do País.

Tal instituto nasceu a partir da divisão dos Direitos Reais e ressurgiu no Estatuto da Cidade, sendo posteriormente introduzido no Código Civil Brasileiro de 2002, substituindo a *enfiteuse* pelo Direito de Superfície.

No País, a norma que instituiu o Direito de Superfície veio a substituir a antiga *enfiteuse*, porém ele já fez parte do ordenamento pátrio em outra época, enquanto vigorava a lei portuguesa - Lei 1.237 de 1864, retornando apenas com a Lei 10.257 em 2001 e o Novo Código Civil em 2002.

Élcio Nacur (2010), entende que a urbanização foi o que impulsionou o nascimento do Direito de Superfície, uma vez que o crescimento da população urbana gerou a necessidade de readequação espacial.

Nesse sentido, o autor assevera que o Direito Público foi o precursor do Direito de Superfície na forma como se apresenta hoje, posto que a Administração Pública permitia a construção por particulares em suas terras mediante retribuição (*vectigal*), como meio de fomentar a urbanização, a geração de riquezas ou simplesmente como forma de garantir a ocupação das terras conquistadas+(REZENDE, 2010, p. 7-8).

O Direito de Superfície, assim como grande parte do Direito, teve seu nascimento no direito romano helênico ou *justianeu*. Élcio Nacur, citando Adriano Stanley, informa:

Quanto à origem do Direito Real de Superfície (tal qual a *enfiteuse*), suspeita-se que ela tenha chegado ao Império Romano pela conquista das províncias helênicas, quando da tomada da Grécia pelos romanos (SOUZA *apud* REZENDE, p. 5).

Também na Idade Média há notícias dessa forma de propriedade, tanto no Direito Germânico, como no Direito Canônico, mas foi pela consagração do princípio do *superficies solo cedit*+pelos bárbaros que se deu origem a diversos direitos reais sobre coisa alheia, dentre os quais a *enfiteuse* e a superfície, propiciando ao não proprietário do solo exercer sobre a acessão direitos decorrentes de seu trabalho de construção e/ou plantação+(REZENDE, 2010, p. 8).

---

\* Bacharel em Direito formada pela Faculdade de Direito de Pedro Leopoldo. Artigo relativo à apresentação de monografia na referida instituição no segundo semestre de 2013, sob orientação do Dr. Fabrício Veiga Costa e coorientação da Desembargadora Evangelina Castilho Duarte.

Em relação ao surgimento do Direito de Superfície no Brasil, enquanto vigorava a lei lusitana o instituto era previsto, até que com a Lei 1.237 de 1864, ele deixou de existir.

Após, o projeto do Código Civil de 1916 previa entre os direitos reais o Direito de Superfície (art. 1.226), mas o instituto foi retirado do projeto e não fez parte da norma, voltando à tona em 1963, no anteprojeto do novo Código Civil, contudo não permaneceu quando convocado o projeto em lei (REZENDE, 2010, p. 31).

Apenas em 1972, O Direito de Superfície foi introduzido por Miguel Reale no projeto do Novo Código Civil, o qual não estava anteriormente previsto. Todavia, como informado alhures, a Lei 10.257/01, conhecida como Estatuto da Cidade, já dispunha sobre o Direito de Superfície, antes da entrada em vigor no Novo Código Civil.

Em termos de codificação do Direito de Superfície, foram três as leis que tinham projeto de implementá-lo na legislação brasileira. Primeiramente o Código Civil de 1916, sem êxito. Após, outra tentativa foi feita no projeto de Orlando Gomes. Todavia a efetiva implementação se deu apenas na norma civilista vigente, bem como na lei que regula o uso e ocupação do solo no País - Lei nº 10.257/01.

Já o atual Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/02) trata do Direito de Superfície nos artigos 1.369 a 1377. Nestes dispositivos, estão previstos como esse direito pode ser constituído e extinto, dentre várias outras regulamentações.

Apesar de não ser propriamente dito novo e estar novamente no cenário jurídico do País há mais de 10 anos, sua aplicabilidade ainda é muito tímida se comparado aos demais institutos de Direito Real, principalmente se comparado à sua utilização em outros países, sobretudo europeus.

O Direito de Superfície regulado tanto no Código Civil, como no Estatuto da Cidade, está estatuído em alguns aspectos de modo diverso em ambas as legislações. Uma comparação entre suas principais diferenças se faz necessária, nas informações de Élcio Nacur Rezende (2010, p. 54-55-56).

O Direito de Superfície no Código Civil é constituído sempre por prazo determinado, quer em áreas urbanas ou rurais (art. 1369), enquanto no Estatuto da Cidade pode ser constituído por prazo determinado, ou indeterminado, sempre em áreas urbanas (art. 21).

Em relação às obras no subsolo, o Código Civil não autoriza (art. 1.396), enquanto o Estatuto da Cidade permite desde que atendida a legislação urbanística (art. 21, § 1º).

No que tange à utilização do espaço aéreo, o Código Civil é silente, enquanto a Lei 10.257/01 permite expressamente ter por objeto o espaço aéreo, desde que atendida a legislação urbanística (art. 21, § 1º).

Em relação à tributação, o Código Civil determina que o sujeito passivo das obrigações tributárias incidentes sobre o imóvel seja o superficiário (art. 1.371), enquanto o Estatuto da Cidade de forma pormenorizada determina que as obrigações tributárias serão distribuídas nos termos do documento que deu origem à Superfície, estipulando previamente que o superficiário deve arcar com os encargos e tributos na proporção de sua ocupação efetiva (art. 21, § 3º).

Outra diferença significativa se dá na proibição expressa do Código Civil sobre cobrança de valor por ocasião da transferência da Superfície (art. 1.372, parágrafo único), já que o Estatuto da Cidade nada menciona sobre o fato.

Quanto à desapropriação, O Código Civil tem previsão no art. 1.376, diferentemente da Lei 10.257/01, que não prevê a extinção da Superfície por essa forma de ação possessória.

No que concerne à extinção, o Código Civil não impõe expressamente a necessidade de averbação da extinção, já o Estatuto da Cidade determina que a averbação da extinção no Cartório de Registro de Imóveis é necessária - art. 24, § 2º.

Como se percebe, o Estatuto da Cidade entrou em vigor um pouco antes do Código Civil e também trouxe o Direito de Superfície. O Código Civil, promulgado um ano depois, entrou em vigor em janeiro de 2003 e também disciplinou o instituto.

Apesar da divergência da doutrina quanto à aplicação das normas que disciplinam o instituto, é possível perceber que o conflito de normas é apenas aparente. A aplicação de uma norma ou outras vai depender das peculiaridades de cada caso.

Ademais, o Enunciado 93 da I Jornada de Direito Civil, promovido pelo Conselho de Justiça Federal, determina que as normas previstas no Código Civil sobre direito de superfície não revogam as relativas a direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001)

por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano+ (CHAVES DE FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 403).

No entanto, insta salientar

O que mais deve ser ressaltado é que no Estatuto, o Direito de Superfície é instrumento de política urbana enquanto o concedente será sempre pessoa de direito público, enquanto no Código Civil, a Superfície poderá ser constituída entre particulares. Isto é, tratar-se de instituto que dispõe a Administração Pública para alcançar os objetivos ligados ao plano urbanístico de uma cidade, bem como, concretizar a aspiração de uma organização cidadã que proporcione a seus moradores uma qualidade de vida digna, com melhores condições de tráfego, menor poluição visual, sonora e atmosférica, e, sobretudo, maximizar a consciente utilização dos espaços públicos os harmonizando com os imóveis de particulares. Também o Estatuto da Cidade foi mais completo no que concerne à questão tributária, pois concedeu às partes maior liberdade de pactuar a forma pela qual será distribuída a obrigação tributária, sem escusar-se de uma pré-estipulação de proporcionalidade, homenageando o brocardo *quem aufero o bônus arca como ônus*. Ainda em relação ao aspecto fiscal, deve ser lembrado que nos termos do artigo 123 do Código Tributário Nacional, independentemente do que o concedente e o superficiário tratem em relação à distribuição do ônus tributário, tal pacto não pode ser oposto perante a Fazenda Pública Municipal caso o imóvel seja considerado urbano e, por conseguinte sujeito ao pagamento de IPTU (art. 32 do CTN) ou a Fazenda Pública Federal, caso o imóvel seja rural, portanto, sujeito ao ITR (art. 29 a 31 do CTN), restando, pois, a ação regressiva daquele que pagou o Fisco, sem ter a obrigação contratual contra o inadimplente. (REZENDE, 2010, p. 57).

Portanto, as leis se complementam, sendo o Estatuto da Cidade norma voltada para orientar a política urbana voltada para os entes da Administração Pública, enquanto as normas civilistas tendem a tutelar a relação entre os particulares.

Em relação à proteção da posse e da propriedade exercida pelo superficiário diante da lei, temos no Direito de Superfície dois sujeitos o proprietário concedente e o superficiário. O proprietário concedente tem, durante o prazo contratual de Superfície, a posse indireta do imóvel, enquanto o superficiário detém a posse direta, pelo fato de ser um direito real.

Sendo assim, caso o superficiário seja molestado em sua posse, poderá fazer uso das ações possessórias e em nada influenciará a eventual alegação de propriedade pelo réu, possuindo, *in casu*, poderes para mover contra alguém que eventualmente o ameace, turbe ou esbulhe as ações de interdito proibitório, manutenção de posse ou reintegração de posse, respectivamente, em razão de seu *ius possessionis*. Poderá também, em razão de sua propriedade, mover ação reivindicatória contra quem o importune por possuir *ius possidendi*, uma vez que, no direito de superfície, as construções e as plantações que existem sobre ou debaixo do solo são consideradas autônomas com relação ao solo (REZENDE, 2010, p. 68),

Assim após décadas de tentativas frustradas de inserção Direito de Superfície em nosso ordenamento, este se insere em nosso direito positivado em dois diplomas diferentes, que, embora pareçam conflitantes, compõem de forma harmônica a legislação pátria.

No entanto, ambas as legislações podem intercambiar-se mutuamente, no âmbito do Direito de Superfície, e também na aplicação da função social da propriedade no caso concreto.

Igualmente, o tema é de interesse coletivo e social. Cabe apontar a discussão acerca da função social da propriedade como princípio balizador de interesses privados e o uso adequado do solo, seja urbano ou rural, também neste importante Direito Real.

Após apresentar o Direito de Superfície e a forma como se apresenta no ordenamento pátrio, é o momento de tratar do tema central aqui proposto - apresentar a superfície como uma meio viável de efetivação do princípio da função social da propriedade.

O princípio da função social da propriedade, insculpido no texto constitucional, pode ser interpretado uma orientação normativa corolária ao Direito de Superfície para que haja gestão dos interesses públicos e privados que visem atender às necessidades públicas e promover o bem-estar social, especialmente em matéria de moradia digna nas áreas urbanas, bem como propiciar ao homem do campo uma forma de trabalho real, em especial quando o Estado for o titular do direito em questão.

Diante do quadro de uma economia impulsionada pela grande expansão imobiliária e das limitações do uso e ocupação do solo pelo Direito Ambiental, surgem conflitos que dificultam harmonizar os interesses privados e coletivos na busca de uma solução que priorize a sociedade.

É evidente que, pelo princípio da livre iniciativa econômica, cada proprietário pode dar a destinação que lhe convier ao seu imóvel, tendo como orientação a seguir apenas a legalidade do ato. Apesar disso, as discussões atuais acerca do uso e ocupação do solo para moradia e plantio têm orientado e limitado as ações dos entes públicos na concessão e permissão de exploração do Direito de Superfície por particulares.

A função social da propriedade está insculpida na Constituição Federal brasileira, como princípio geral da ordem econômica e financeira. Tal função suscita controvérsia na doutrina quanto a sua natureza. Para uma corrente, a função social refere-se à configuração estrutural do Direito, elemento essencial à própria conceituação e conteúdo contemporâneo do direito subjetivo de propriedade.

O princípio da função social da propriedade tem sido a norma que tem, via de regra, permitido a desapropriação de grandes latifúndios e a divisão da terra com alguns grupos sociais como indígenas e sem-terra, por exemplo.

Como ente que deve priorizar a coletividade, cabe apresentar como o Estado tem utilizado o instituto tanto na administração direta, quanto na resolução de problemas que tratem da moradia e plantio.

Nesse sentido, o Direito de Superfície vem atender de forma contundente parte dos grandes problemas dos centros urbanos em relação à moradia e até mesmo ao plantio nas áreas rurais.

Têm-se grandes porções de terras inexploradas e imóveis ociosos presentes nos centros urbanos, não só de particulares como também da Administração Pública. Ocorre que, muitas vezes, os proprietários não possuem condições econômicas de exploração dessas áreas. Diante disso, o Direito de Superfície é visto como uma solução plausível para esses casos, pois esse proprietário poderá, com relativa facilidade, encontrar um investidor que se proponha a erigir um edifício ou plantação naquele terreno e explorá-lo por determinado prazo (REZENDE, 2010, p. 51).

Observa-se nesta situação que não haverá dispêndio ao proprietário; o construtor não terá que investir vultosa quantia na aquisição do terreno; a Administração Pública incrementará sua arrecadação tributária com o aumento do IPTU ou ITR; evita-se que o município aplique sanções pela subutilização do imóvel como o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsória do solo urbano (art. 5º, do estatuto da Cidade); aumenta a oferta de imóveis residenciais ou comerciais propiciando redução do valor dos aluguéis residenciais e comerciais gerando maiores investimentos, ou seja, alcançar-se à a almejada *função social da propriedade* (REZENDE, 2010, p. 51) (grifo nosso).

É este justamente o ponto chave aqui tratado. Apresentar o Direito de Superfície como uma solução viável para minimizar o problema de falta de moradia e até mesmo de áreas de plantio.

Tal forma atende inevitavelmente ao disposto na Constituição Federal em relação à função social da propriedade no art. 5º, *caput* e 6º. Hodiernamente, o Direito de Propriedade não é encarado como absoluto, o que encontra respaldo justamente na função social da propriedade.

Entende-se que a função social da propriedade é desempenhada quando ela cumpre seu papel integralmente, ou seja, dando destinação a sua existência, o que invariavelmente pode ultrapassar a esfera dos direitos individuais a fim de atingir os coletivos.

Ainda como forma de efetivação desse preceito constitucional, parte da doutrina entende que a função social tem caráter de norma constitucional programática, uma vez que cabe ao legislador prover os meios de sua instrumentalização.

Nessa esteira, pode ser, sim, o caminho que conduz a uma política urbana que leve em conta o direito indelével à moradia preconizado na norma máxima do País, concernente ainda às propriedades tanto públicas quanto privadas.

Nesse sentido, é importante apresentar a conclusão de Elcio Rezende:

Demonstrada está a feição de instituto jurídico-econômico-social do Direito de superfície, na medida em que:

- a) propicia injeção de recursos na indústria de construção civil (ou agrícola);
- b) aumenta a oferta de empregos na área de construção e agrícola;
- c) aumenta a oferta de empregos no comércio, indústria e agricultura, quando a construção/plantação feita pelo superficiário for de natureza empresarial;
- d) eleva a arrecadação tributária de IPTU ou ITR;
- e) gera maior oferta de unidades habitacionais, reduzindo o custo da moradia;

- f) reduz o valor dos aluguéis comerciais, diante da maior oferta de imóveis;
- g) Injeta dinheiro na economia na medida em que o concedente poderá receber valores periódicos pela superfície concedida (2010, p. 52).

Dessa forma, conclui-se que a norma que determina a função social da propriedade não é apenas um princípio orientador na legislação pátria nem se limita a conceder a este a possibilidade de criar deveres aos proprietários que importem em prestação de interesse público.

A função social da propriedade se dirige diretamente ao proprietário que deve exercer seu direito, visando não só a seus próprios interesses, mas, aos da coletividade, podendo-se concluir que o direito de propriedade é direito e um dever, o que torna seu detentor obrigado para com toda uma sociedade, sendo inclusive passível de punição pelo ordenamento jurídico nacional.

A necessidade de uma nova visão da propriedade e de seu uso ocorreu principalmente após a Revolução Francesa e fez com que as legislações fossem promovendo adaptações.

No entanto, a função social da propriedade privada tem como fator embrionário, que se desenvolveu nas legislações adiante, o disposto na Constituição Mexicana de 1917. O texto aumentou os direitos individuais e trabalhistas, levando-os ao patamar dos direitos fundamentais em seus artigos 5º e 123, bem como foi a primeira legislação a restringir o caráter absoluto do direito de propriedade, ante a inobservância do interesse da população, em seu artigo 27. O texto mexicano teve como um de seus fundamentos a Constituição de Weimar de 1919, que, dentre outras prerrogativas, teve como escopo restringir o direito de propriedade no capitalismo Europeu. (PEGHINI, 2009, p. 108).

O texto da Constituição de Weimar dispunha, em seu art. 153, sobre a função social da propriedade %a propriedade obriga o uso e exercício **devem** ao mesmo tempo representar uma função social+(CURY, 1998). Infere-se que o direito absoluto da propriedade não foi abolido, mas limitado no sentido de ter uma destinação socioeconômica ao bem.

Portanto, os textos mexicanos de 1917 e o alemão de 1919 foram as legislações precursoras da concepção de uma noção de Estado Social e seus desdobramentos.

Da mesma forma, também manteve o princípio da função social da propriedade, pautada no interesse público:

Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 14 - O direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício. (PEGHINI, 2009, p. 110).

Apesar da função social da propriedade aparecer no texto constitucional de 1934, art. 113, 17, na Constituição de 1937, art. 122, e Constituição de 1946, artigos 141, § 16 e art. 147, foi a Emenda Constitucional de 1969, em seu artigo 160, inciso III, que utilizou a expressão unificada %função social da propriedade+ enquanto um princípio basilar no qual a ordem econômica seria então sustentada, compondo dessa forma o arcabouço de direito fundamental.

Art. 160. - A ordem econômica e social tem por fim realizar desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: III - função social da propriedade; (NOGUEIRA DA GAMA, apud PEGHINI, 2009, p. 111).

A Constituinte de 1988 acolheu o direito à propriedade e a sua função em seu artigo 5º, no título reservado aos %Direitos e Garantias Fundamentais+, estão previstos no mesmo título o direito à vida, à liberdade, igualdade, tornando ambos parte da gama de direitos fundamentais individuais previstos na mesma, o que aponta de forma incontroversa a importância da mesma.

Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
Artigo 5º, XXII - é garantido o direito de propriedade;  
Artigo 5º, XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (BRASIL, 1988).

Todavia, este prestígio dado, na Constituição de 88, à função social da propriedade não fica adstrita ao art. 5º. Apesar de estar presente neste dispositivo, seu lastro se espalha por todo texto constitucional.

Sobre o assunto, Guilherme Calmon Nogueira da Gama assevera:

A Constituição Federal de 1988 expressou, em seu art. 5º, XXIII, a ideia de que a propriedade deve atender a sua função social. Sua regulamentação, entretanto, encontra-se espalhada em outros dispositivos da Magna Carta. Como foi visto, não há qualquer dispositivo constitucional fornecendo o conceito da função social da propriedade. (NOGUEIRA DA GAMA, apud PEGHINI, 2009, p. 117).

Da mesma maneira Ana Rita Vieira Albuquerque afirma que

Com a Constituição de 1988, a propriedade transmudou seu caráter constitucional individualista em um instituto de natureza social - que vai além da simples limitação do direito de propriedade, não pretendendo o legislador apenas conciliar o interesse proprietário com um programa social, inserido, no caso brasileiro, no âmbito da Política Urbanística e da Política Agrária [...], mas representa uma alteração em seu conteúdo, submetendo os interesses patrimoniais aos princípios fundamentais do ordenamento. (2002, p. 51).

Nesse sentido, a função social da propriedade está presente tanto nos dispositivos que a nomeiam abertamente como em todos os artigos e de uma forma ou de outra tratam de harmonização e obrigações de interesses individuais, coletivos e públicos.

Na esteira dos artigos que tratam especificamente da função social da propriedade, determina a Constituição Federal de 1988, em seu art. 170:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
  - II - propriedade privada;
  - III - função social da propriedade;
- [...] (BRASIL, 1988).

Neste dispositivo, retoma-se a ideia basilar de fundamentos da ordem econômica de forma a resguardar dignidade e promover a justiça social, um dos fundamentos que compõem de forma clara a própria função social da propriedade.

Na mesma esteira, tem-se o art. 182 da Constituição que trata da função social da propriedade urbana e assim determina:

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

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

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

[...] (BRASIL, 1988).

Tal dispositivo tem importância singular e revela uma série de elementos importantes. Ademais, ainda informa o art. 186 da Constituição Federal de 1988:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I - aproveitamento racional e adequado;
- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (BRASIL, 1988).

Insta salientar que, ainda ligado ao art. 186 da Constituição de 1988, está o art. 184 da mesma Carta, o qual prevê a desapropriação de terras que exatamente não estejam cumprindo com sua função social:

Art. 184. Compete à União desapropriar por *interesse social*, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo *sua função social*, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§ 2º O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

§ 3º Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4º O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§ 5º São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária. (BRASIL, 1988)

Tal dispositivo é importante no sentido de prever uma forma de instrumentalização da própria função social da propriedade, apesar de ser incontroverso que a prévia e justa indenização prevista no dispositivo ser um dos fatores que, via de regra, obstaculiza a efetivação de sua aplicabilidade, isso sem falar no longo prazo para indenização.

Destarte, é possível perceber, a partir da análise dos dispositivos constitucionais que corporificam a função social da propriedade, que ela será cumprida a partir da superação de sua utilização com fins exclusivamente individuais e priorizando interesse coletivo. Nesse sentido é o magistério de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

É fundamental ressaltar que a tutela constitucional da propriedade, alinhavada no art. 5º, inciso XXII, é imediatamente seguida pelo inciso XXIII, disciplinando que a propriedade atenderá a sua função social. Esta ordem de inserção de princípios não é acidental, e sim intencional. Inexiste incompatibilidade entre a propriedade e a função social, mas uma obrigatória relação de complementaridade, como princípios da mesma hierarquia. Não se pode mais conceder proteção à propriedade pelo mero aspecto formal da titularidade em razão do registro. A visão romanística, egoística e individualizada sucumbiu face à evolução da humanidade. A Lei Maior tutela a propriedade formalmente individual a partir do instante que se exiba materialmente social, demonstrando merecimento e garantindo a sua perpetuidade e exclusividade. A propriedade que não for legitimada pela função social será sancionada pelo sistema por diversas formas e intensidades (2006, p. 206).

A função social da propriedade é um instituto de suma importância na efetivação de políticas públicas que visem garantir o que dispõe a Constituição Federal e as demais normas infraconstitucionais que regulamentam o Direito de Propriedade.

A função social da propriedade prevista no texto constitucional nacional trata tanto da propriedade privada urbana quanto da rural. Conforme análise anterior, a previsão que trata de tal princípio em relação à propriedade rural se encontra no art. 186, já analisado, e a previsão da função social da propriedade privada urbana está assentada no art. 182.

Uma análise do artigo supracitado importa em reconhecer uma série de determinações que vão orientar a sua aplicação jurídica.

O *caput* do referido dispositivo traz em seu bojo dois pontos relevantes a serem tratados. O primeiro determina a existência de uma política de desenvolvimento urbano de competência de cada município. Isto é, cada cidade deverá, por meio de seu plano diretor, dentre outros instrumentos, prever a forma de implantação e desenvolvimento de sua política urbana que considera a função social. E, logo depois, está presente a natureza jurídica do mesmo, que busca desenvolver as funções sociais no âmbito das cidades a garantir o bem-estar de seus habitantes, sendo que o parágrafo 2º do referido artigo determina que a propriedade urbana somente atingirá sua função social, atendendo ao que dispõe o Plano Diretor de cada cidade.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama reitera o que trata o artigo 182 da Constituição Federal de 1988:

O art. 182, da Constituição Federal, dispõe, assim, que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais expressas no Plano Diretor (NOGUEIRA DA GAMA *apud* PEGHINI, 2009, p. 120).

É cediço que o Brasil encontra uma grande dificuldade com a falta de moradias. Os grandes centros urbanos estão com populações que ultrapassam em muito a capacidade físico-geográfica de lotação, chegando-se a ter uma média de habitante por metro quadrado que impressiona, principalmente no estado de São Paulo.

Ainda pior do que a falta de um lugar para viver é a clara falta de recursos de grande parte da população para comprar um terreno e, mais ainda, para nele construir uma moradia habitável. Uma parcela significativa da população vive abaixo da linha da pobreza. A par desses fatores a função social da propriedade privada urbana ganha uma importância significativa, visto que pode, dada a previsão de sua aplicabilidade, ajudar a resolver parte do problema.

A partir da função social da propriedade privada urbana, grandes áreas urbanas que não estejam dentro dos parâmetros de uso e ocupação do solo estabelecido por cada plano diretor bem como dentro das especificações do art. 182, e 183 e 184 da Constituição Federal poderão ser desapropriadas.

A locução função social traduz o comportamento regular do proprietário exigindo que ele atue numa dimensão na qual realize interesses sociais. Sem a eliminação do direito privado do bem que lhe assegure as faculdades de uso, gozo e disposição. Vale dizer, a propriedade mantém-se privada e livremente transmissível, porém detendo finalidade que se concilie com as metas do organismo social.

Busca-se paralisar o egoísmo do proprietário, com prevalência de valores ligados à solidariedade social, a fim de que o exercício dos poderes dominiais seja guiado por uma conduta ética, pautada no respeito aos interesses metaindividuais que sejam dignos de tutela, e o acesso de todos a bens mínimos capazes de conferir-lhes uma vida digna.

Há tempos, o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil exalta que a lei atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum. O bem comum é justamente o interesse social em que a propriedade seja solidária e conformadora de garantias fundamentais. Trata-se de um ônus social que recai sobre qualquer tipo de propriedade, em maior ou menor grau (CHAVES DE FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 206).

Desta feita, a função social da propriedade urbana, mais que um princípio norteador em relação ao exercício do direito de propriedade, é uma orientação cogente a ser observada, sobretudo nos grandes centros urbanos, como um meio de promover condições ideais de vida aos seus habitantes.

Nessa esteira, os instrumentos constitucionais de natureza coercitiva, idealizados com vistas à efetivação da referida função social da propriedade urbana, representam papel de singular importância, na difícil tarefa de adequar o perfil das cidades brasileiras às necessidades básicas daqueles que nela vivem consubstanciadas em habitação, trabalho, transporte e recreação. Tais instrumentos orientam, determinam, obrigam, exigem, do proprietário, a utilização social da sua propriedade, ao ponto de retirar-lhe o exercício de tal direito, pela desapropriação, caso este se comporte de forma recalcitrante, tamanha a importância de sua efetivação na prática. O que se deve ter sempre em mente, é que tais instrumentos são imprescindíveis, quando se trata da efetivação da função social da propriedade nas cidades brasileiras, na exata medida em que materializam o princípio, lhe dão forma e consistência, tornando-o uma realidade, de maneira a viabilizar a sua aplicação; através da qual, certamente será possível mudar o panorama urbanístico atual do nosso país, e assim conseguir, ainda que paulatinamente, a melhoria da qualidade de vida do povo brasileiro (CLARO, 2007, p. 201).

A função social da propriedade urbana pretende ser um instrumento eficaz de melhoria das condições da vida urbana nos grandes centros urbanos e mais: de garantia de dignidade para os cidadãos que neles vivem. A forma como se conduziu a aquisição e a manutenção da propriedade privada, à luz do liberalismo econômico, cobrou seu preço e a evolução histórica veio a mostrar isso.

A função social da propriedade não se confunde com as limitações ao direito de propriedade impostas pelo ordenamento jurídico. As restrições ao direito de propriedade são normas emanadas de direitos de vizinhança (art. 1.277 do CC) e direito administrativo (*v.g.*, desapropriação, requisição). Referidas compressões ao exercício das faculdades do

domínio emanam de imposições que objetivam evitar o exercício anormal do direito de propriedade e possuem conteúdo negativo no sentido de sacrificar a sua extensão, ao impedir que proprietários possam prejudicar direitos de outros proprietários ou interesses urbanísticos. Portanto, cuida-se de obrigações de não fazer que priorizem interesses opostos ao do proprietário, limites negativos e externos ao direito de propriedade.

Em sentido diferenciado, a função social não se relaciona ao exercício da propriedade. Nas palavras apropriadas de PERLINGIERI, ela deve ser entendida não como uma intervenção em ódio à propriedade privada, mas torna-se a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito, um critério de ação para o legislador, e um critério de individuação da normativa a ser aplicada para o interprete chamado a avaliar as atividades do titular.

A função social penetra na própria estrutura e substância do direito subjetivo, traduzindo-se em uma necessidade de atuação promocional por parte do proprietário, pautada no estímulo a obrigações de fazer, consistentes em implementação de medidas hábeis a impulsionar a exploração racional do bem, com a finalidade de satisfazer os seus anseios econômicos sem aviltar as demandas coletivas, promovendo o desenvolvimento econômico e social, de modo a alcançar o valor supremo no ordenamento jurídico: a Justiça (CHAVES DE FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 207).

Com muita propriedade Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald falam da importância singular do Direito de Superfície e sua contribuição para efetivação da função social no que tange à propriedade urbana e ao direito à moradia:

A posse é uma extensão aos bens da personalidade. A moradia é um dos bens que integram a situação existencial de qualquer pessoa. O papel da função social em relação à moradia é o de conceder a um espaço de vida e liberdade a todo ser humano, independentemente da questão da propriedade, pois esta se prende à patrimonialidade e à titularidade. A seu turno, a posse não é mensurável por critérios econômicos, pois tutela o direito à cidadania e vida digna, enquanto a propriedade acautela o bem na aceção do objeto como mercadoria com valor de troca, obtida pelo esforço individual, na base da autonomia da vontade. Enfim, o direito ao bem é algo diverso do direito à propriedade do bem (2006, p. 43).

Um aspecto importante pode ser atribuído ao Direito de Superfície, qual seja a democratização da propriedade. Mediante o Direito de Superfície, é possível àquele que não possui recursos financeiros adquirir um terreno e nele construir, edificar em solo de terceiros, exercendo sobre o imóvel todas as faculdades a ele inerentes, como usar, fruir e dispor. Pela legislação concernente à matéria, o bem irá integrar o patrimônio do superficiário, sendo alienável, objeto de herança ou, ainda, de última disposição de vontade (FETT, 2009, p. 148).

Na esteira do mesmo entendimento, informam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2006, p. 402):

Uma das maiores utilidades do direito de superfície é a sua grande densidade econômica. Uma pessoa poderá construir ou plantar em solo alheio, sem a necessidade de adquirir o terreno e despendendo grandes somas de capital, propiciando a concessão de função social à propriedade. Por um lado, o superficiário adquire as acessões e explora todas as possibilidades financeiras que o imóvel lhe concede; por outro, evita-se a antieconomicidade da propriedade. O proprietário do terreno mantém a titularidade, percebe uma renda pela concessão da superfície e ainda evita que o imóvel seja atingido pelas sanções municipais decorrentes da subutilização da propriedade, já que não dispõe de recursos para edificar (art. 5º da Lei 10.257/01). No dito popular, reúne-se a fome com vontade de comer.

Ao contrário dos que possam pensar ser a superfície uma forma de aniquilação do direito de propriedade, em razão da inserção de uma titularidade dentro de outra, configura-se ela como importante mecanismo destinado não somente a ordenar a propriedade urbana e incrementar a sua função econômica pela diversificação nas formas de utilização, como também a auxiliar ao atendimento às funções sociais das cidades principalmente pela possibilidade de redução de *deficit* habitacional, trazendo em seu bojo regras de direito civil e urbanístico.

O Direito de Superfície é benéfico tanto ao detentor do bem, o proprietário, quanto à coletividade, uma vez que atende, sem dúvida, ao princípio constitucional da função social da propriedade, sendo também verificado que, em decorrência destes benefícios, é utilizado vastamente pela legislação estrangeira como em Portugal; Suíça; Alemanha; Itália; Espanha; etc. (DINIZ, 2004, p. 457 *apud* PEGHINI, 2009, p. 236).

Contudo, pode-se afirmar que o Direito de Superfície vem paulatinamente encontrando seu caminho de efetivação no País, principalmente conduzido pela ordem social imposta pela Constituição, de caráter principiológico, como descrito.

Ademais, a regulamentação do Direito de Superfície em duas normas diversas, uma de Direito Privado (Código Civil) e outra de Direito Público (Estatuto da Cidade), promove uma relação de complementaridade, ainda maior se colocadas e interpretadas em consonância com o que trata a norma constitucional a respeito da posse, da propriedade e todos os seus desdobramentos.

Apesar de ser uma conclusão clara a que se chega, na prática, vê-se pouca aplicabilidade do Direito de Superfície, apesar das várias possibilidades de utilização do instituto. Em linhas gerais, as pesquisas apontaram poucos exemplos dessa relação jurídica.

Nesse sentido, um caso de contrato de Direito de Superfície muito conhecido e recorrentemente apontado nas leituras sobre o tema deve ser aqui colacionado. Apesar de se tratar de relação entre pessoas jurídicas, o Clube Atlético Mineiro e a empresa Multiplan S.A. (Consórcio MTS/IBR), ele exemplifica uma forma importante desse tipo de contrato.

No caso em comento, o concedente ou proprietário é o Clube Atlético Mineiro, clube de futebol de Minas Gerais, proprietário de umas das áreas mais valorizadas de Belo Horizonte. Em 1996, o Atlético Mineiro cedeu ao grupo Multiplan S.A., por via de contrato, a concessão da construção de um *shopping center* e sua exploração por 30 anos. Tal contrato dispõe que, entre 1996 e 2026, o Atlético receberá 15% do faturamento obtido com a exploração do referido *shopping*. Findo esse tempo contratual, o clube mineiro, então, passaria a deter 100% do valor com a exploração do lugar (REZENDE, 2010, p. 39). Até aqui.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, é importante perceber que a reintrodução do Direito de Superfície no ordenamento jurídico pátrio representa indubitavelmente uma forma de adequação normativa às exigências sociais relativas à regulação da propriedade e da posse.

Como Direito Real que é, desprendido de qualquer outro, tem o condão de solucionar, mesmo que de forma incipiente, o problema da falta de moradia e o do não aproveitamento adequado do solo, seja urbano ou rural, atendendo ao que dispõe a Constituição Federal na primazia da função social da propriedade.

Fica claramente evidenciado que a superfície pode apresentar uma importante utilidade não só econômica, mas predominantemente social.

Econômica, porque pode resolver os problemas de proprietários de terras - sejam grandes ou pequenos - que não tenham condições financeiras de nela trabalhar, gerando movimentação da economia e, de quebra, impedindo que os proprietários possam efetivamente perder suas terras pela falta do uso racional e adequado dela, conforme previsão constitucional.

Da mesma maneira, tem utilidade social na medida em que é importante instrumento de política urbana capaz de auxiliar a visível crise habitacional, possibilitando a reforma agrária, em se tratando da superfície rural, e uma regularização fundiária, no caso da superfície urbana.

Portanto, é fácil concluir que Direito de Superfície traz enormes benefícios à sociedade e à coletividade em geral, cabendo ressaltar que, sendo a superfície uma propriedade contida em outra, é constituída com o objetivo de trazer benefícios para ambos os envolvidos - cedente e superficiário -, o que lhe confere um caráter social e solidário, havendo utilidade de um direito, que em princípio é individual, de forma coletiva, ressaltando que não tem a característica da perpetuidade, como ocorre com outros institutos de Direito Real.

Deve o Estado ver na superfície um instrumento que possibilita a utilização das políticas públicas urbanas, o que pode ser feito de forma onerosa ou até mesmo compulsória no caso de particulares não observarem o que dispõe a Constituição na aplicação do princípio da função social da propriedade.

A questão de uma efetiva reforma agrária ainda não foi levada a cabo pelo governo, pois interesses de grandes latifundiários estão sempre sobrepujando os interesses coletivos, ressalta-se.

Enfim, é possível concluir, com base no exposto, que a propriedade privada deixou de ser concebida como um instituto ilimitado e absoluto a partir da exigência normativa do atendimento a uma função social pelo detentor da titularidade, o que se impõe ainda mais na sociedade contemporânea, marcada pela explosão demográfica, principalmente nos grandes centros

urbanos, pela falta de alimentos, pelo desemprego, etc, enfim, por uma crise estrutural que provoca um notório desequilíbrio social.

Nesse cenário social e político, não restam dúvidas de que o Direito de Superfície é instituto que apresenta utilidade singular para que haja utilidade das terras em desuso por seus proprietários, atendendo à produtividade da propriedade que se encontra em situação de risco de perda da posse.

Da mesma maneira, a superfície tem a capacidade de fomentar o ramo imobiliário, de forma a possibilitar uma redistribuição do solo, podendo, ainda, ser um recurso usado pelos entes federativos no ordenamento de seu território, como ressaltado, de forma a cumprir a função social da propriedade e da cidade como instrumento de regularização fundiária prevista no art. 4º, inciso V, do Estatuto da Cidade.

### Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Função social da posse*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 5 maio 2012.

BRASIL. Constituição de República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 5 maio 2012.

BRASIL. Estatuto da Cidade. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 de julho de 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm). Acesso em: 5 maio 2012.

CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CLARO, Daniel Fernandes. *A função social da propriedade urbana na Constituição Federal - instrumentos coercitivos de efetivação*. Dissertação. (Mestrado em Direito). FADISP. São Paulo, 2007. Disponível em: [http://www.fadisp.edu.br/download/5\\_A\\_Funcao\\_Social\\_da\\_Propriedade.pdf](http://www.fadisp.edu.br/download/5_A_Funcao_Social_da_Propriedade.pdf). Acesso em: 12 maio 2013.

CURY, Carlos Roberto Jamil. *A Constituição de Weimar: um capítulo para a educação*. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-73301998000200006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73301998000200006). Acesso em: 21 set. 2012.

FETT, Alberto. O direito de Superfície no Ordenamento Jurídico Brasileiro e sua contribuição para o cumprimento da função social da propriedade. *Revista da Faculdade de Direito UniRitter* - 10 - p. 137-153, 2009. Disponível em <http://seer.uniritter.edu.br/index.php/direito/article/viewFile/255/171>. Acesso em: 6 out. 2012.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo demográfico 2010. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/estadosat/perfil.php?sigla=sp>. Acesso em: 12 maio 2013.

PEGHINI, César Calo. *A função social do direito de superfície*. 2009. 277p. Dissertação (Mestrado em Direito), FADISP. São Paulo, 2009. Disponível em: [http://www.fadisp.com.br/download/turma\\_m4/cesar\\_calos\\_peghini.pdf](http://www.fadisp.com.br/download/turma_m4/cesar_calos_peghini.pdf). Acesso em: 20 set. 2012.

REZENDE, Élcio Nacur. *Direito de superfície*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *Direito real de superfície*. São Paulo: RT, 2003.