

ASPECTOS DO DIREITO REAL DE SUPERFÍCIE E SUA UTILIZAÇÃO NO PLANEJAMENTO URBANO

Leandro Soares Lomeu*

RESUMO

Aduz que o direito de superfície atende a necessidade prática de permitir a construção em solo alheio, acolhendo a propriedade de forma a cumprir o seu papel constitucional, a função social da propriedade, 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, 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 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.

* Leandro Soares Lomeu, 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, e professor de Direito Civil na Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce na cidade de Governador Valadares.

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 de ordem grandemente acelerada.

Localizado neste 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 percebe-se a incontestável importância do trabalho, visto a contemporaneidade do que se pretende expor e as suas aplicações práticas na esfera da autonomia da vontade dos pactuantes, e também dos entes públicos quando tornam eficaz tal instituto nos moldes do Estatuto da Cidade, 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 exceções”¹.

Clara é a explanação do professor Ricardo Pereira Lira acerca da acessão ao afirma que “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 jurídico”².

A apreciação do direito de superfície passa necessariamente pelo exame do princípio da acessão, valendo-nos salientar que a acessão afasta-se do direito de superfície, pois 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, desta 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 e aditivada ao solo.

Coloca-se, portanto, quando se constitui o direito de superfície há um direito de propriedade do solo, que necessariamente continua a pertencer ao proprietário, porém o superficiário terá a possibilidade de exercer a faculdade de edificar ou plantar sobre o terreno com vistas a adquirir a propriedade superficiária, que lhe o direito de usar, gozar e desfrutar das edificações e plantações objeto da superfície, “pois uma vez extinto este,

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. 03.

³ LIRA, Ricardo Pereira. Op. cit., p. 09.

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 imóvel”⁴.

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 convencionar 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. Situação tal que era revestida de impossibilidade, anteriormente a legislação atual, como demonstrado a seguir através do 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; Segunda Câmara; Rel. Juiz Walter Moraes; Julg. 04/03/1987).

Através do direito de superfície, é possível negocialmente separar o direito de construir do direito de propriedade do lote. Identificando-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

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

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 denota o sentido de tratar-se da camada mais elevada do solo, indicativo da face exterior ou superior de uma coisa corpórea. Não obstante, no sentido jurídico, o termo tem o sentido de demonstrar 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 existente”⁵.

Para Marco Aurélio Bezzera 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 concedente”⁶.

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), que nos denota a

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

⁶ MELO, Marco Aurélio Bezzera. **Novo Código Civil anotado**. vol. V. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2002, p. 220.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2004.

idéia de tratar-se de duas propriedades, e com a celebração do direito de superfície a propriedade superficiária.

Com o mesmo efeito Marco Aurélio S. Viana afirma ser “direito real que assegura ao superficiário ter coisa própria incorporada em terreno alheio, ou seja, do fundeio. O que se assegura pelo direito de superfície ó direito de construir ou manter uma construção em terreno alheio, ou plantar, ou manter a plantação, também em terreno alheio”⁸.

Conforme aprecia-se 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 superficiária do edificado ou plantado, que nos casos mais habituais dá-se de forma temporária. Tal é a redação do art. 1.369 do Código Civil, a seguir, que muito se aproxima do conceito apresentado por Silvio 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 contrato”¹⁰.

O direito de superfície atende a necessidade prática de permitir a construção em solo alheio, desta forma acolhe a propriedade de forma a cumprir o seu papel constitucional, a função social da propriedade, bem como voltando-se para a preservação

⁸ VIANA, Marco Aurélio. **Comentários ao Novo Código Civil**. vol. XVI, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro : Forense, 2003.

⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. vol. 5. São Paulo : Saraiva, 2002, p. 275.

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

do meio ambiente, permitindo a transferência, gratuita ou onerosa, do direito de construir sem atingir o domínio.

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

Note-se que quanto a duração da superfície não é freqüente que no direito moderno se admita a existência de direitos de superfície naturalmente perpétuos, esclarecendo acertadamente J. Miguel Lobato Gómez ao afirmar que “o caráter perpétuo dos direitos reais em coisa alheia não é facilmente compatível com os atuais sistemas econômicos, sociais e jurídicos”¹¹.

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 Sílvio Salvo Venosa afirma que em nosso sistema somente se permite a modalidade temporária, não podendo ser direito perpétuo, quiçá apoiando-se tal afirmativa no *caput* do art. 1369 do Código Civil, onde encontra-se 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

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

fatores diversos do fato 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 trata-se 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. Tal como difere-se 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 usufrutuário. 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

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

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 impenhorável”¹³.

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 as servidões, o fato é que como afirmado o direito de superfície se apresenta como direito autônomo, não se confundido com nenhum outro.

Quando tratar-se de superfície remunerada a importância será paga de uma só vez, ou periodicamente pelo concessionário ao concedente e é denominada de *solarium* ou canon superficiário. Nada impedindo, contudo, que a superfície seja formalizada através da forma gratuita.

Ainda quanto aos direitos e obrigações deste instituto, cabe-nos acrescentar a redação recente do enunciado n.º 321, aprovado pela IV Jornada de Direito Civil, aprovado 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 imóvel”¹⁴.

¹³ COSTA, Dilvanir José. **Sistema de Direito Civil à Luz do Novo Código Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2005, p. 483.

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

Expressamente, determinou também o artigo 1.370 do Código Civil, sobre as obrigações dos contratantes superficiário, ou seja, se a concessão for onerosa, estipularão as partes se o pagamento será feito de uma só vez, ou parceladamente.

Quanto aos encargos e tributos o artigo 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 artigo 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 este ponto afirma aprovou-se o enunciado n.º 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 incidida.”¹⁵

4. DIREITOS E OBRIGAÇÕES

Como afirmado, em nosso ordenamento jurídico brasileiro temos a Lei n.º 10.257 de 10/07/2001, denominada de Estatuto da Cidade, e os artigos 1.369 a 1.377 que cuidam do direito de superfície. Sendo a lei especial que estabelece diretrizes gerais sobre a política urbana, na forma de um microssistema.

Podemos enumerar alguns direitos e obrigações dos proprietários do solo tal como a utilização da parte do imóvel que não constitui objeto do direito de superfície; o recebimento do pagamento pela cessão, caso tenha sido ajustada; o direito de exercer a preferência em caso de alienação da coisa superficiária; proceder à resolução da superfície antes do advento do termo, se temporária, se o superficiário não edificar ou

¹⁵ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/ljornada.pdf>. Acesso em 26/07/2007.

plantar no tempo estipulado, ou se edificar contrariamente o pactuado, ou, ainda, se destinar de forma diversa da originariamente concedida a superfície; não praticar atos que impeçam ou prejudiquem a concretização ou livre exercício do direito de superfície; e, dar preferência ao superficiário na aquisição da propriedade do solo.

Por outro lado, podemos destacar como direitos e obrigações dos superficiários, tal como como: a utilização da superfície do solo de outrem; o uso, gozo e disposição 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 a aquisição da propriedade superficiária.

Em caso de inadimplemento quanto a 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 devidas”¹⁶.

5. O DIREITO REAL DE SUPERFÍCIE NO NOVO CÓDIGO CIVIL E NO ESTATUTO DA CIDADE

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

O Código Civil de 2002 contemplou o instituto da superfície após este ter sido banido pela Lei n.º 1.257 de 24/09/1864, e após longo prazo de silêncio estatuído pelo Código Civil de 1916, tendo encontrado o seu devido reconhecimento pelo Estatuto da Cidade em 2001, que tentou configurá-lo como um novo instrumento de política urbana e habitação.

O rol taxativo do artigo 1.225 do Código Civil dispõe expressamente como direito real, na nova sistemática do direito contemporâneo, o direito de superfície. Com Título próprio no Livro III, do Direito das Coisas, na nova sistemática cível do nosso ordenamento jurídico, a partir dos artigos 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 esta 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 vivos, o superficiário, bem como o proprietário do solo, tem 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. Sendo inserido no rol somente com a codificação de 2002.

Questiona-se sobre a aplicação e regulamentação das duas leis simultaneamente sobre o instituto, ou ainda, tal como cita 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 frente à 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, que quando se refere no caso em concreto a uma propriedade urbana, aplicar-se-á o Estatuto da Cidade, e subsidiariamente o Código Civil; 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 jurídico”¹⁸.

Traços esclarecedores foram dispostos pelo Enunciado n.º 93, aprovado na I Jornada de Direito Civil, ao dispor:

“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 n.º 10.257/2001) por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano”.¹⁹

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

Destaque importante ainda deve ser feito acerca de tais distinções, onde necessariamente temos que invocar o artigo 1.377 do Código Civil, que afirma, o direito

¹⁷ VENOSA, Silvio 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/ljornada.pdf>. Acesso em 26/07/2007.

de superfície pode ser constituído por pessoa jurídica de direito público interno, regendo-se nestes casos pelo novo Código Civil no que não for diversamente disciplinado em lei especial.

Como afirmado, quanto ao prazo o Código Civil estipula prazo determinado, enquanto o Estatuto da Cidade estabelece prazo determinado ou indeterminado, o que já fora vislumbrado em linhas anteriores.

Note-se que há a possibilidade da superfície se constituir por cisão, tal é a redação apresentada por Marise Pessoa Cavalcanti, ao afirmar acerca da cisão que trata-se 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 existente”²⁰. Devendo tal plasticidade a que se refere dever-se ao fato da estrutura da relação superficiária poder partir de uma relação simples, evoluindo para uma relação complexa, ou, ainda, nascer complexa como vê-se na cisão, tal como assevera o distinto Ricardo Pereira Lira²¹.

Abraçado tais termos, também, pelo Enunciado n.º 250 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, na III Jornada de Direito Civil, onde ficou estatuído que “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 artigo 21, do Estatuto da Cidade, estatui 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,

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.

ao passo que o parágrafo único do artigo 1.369 do Código Civil dispõe que o direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.

Indaga-se, portanto, qual seria a solução diante do silêncio do Código Civil sobre o uso do espaço aéreo relativo ao terreno?

O Código Civil estabelece o art. 1.229 e dispõe: “A propriedade do solo abrange o 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”.

Desta forma, encontramos resposta à indagação quando visualizamos a propriedade, de forma geral, tal como contemplada no código. Tal como leciona Ricardo Pereira Lira, em parecer de direito de superfície acerca da aquisição de espaço aéreo sobrejacente a prédio contíguo, afirmando que “não se pode aceitar que o espaço aéreo e o subsolo não estejam abrangidos na propriedade do solo. Estão, evidentemente, com as limitações indigitadas”²².

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

A redação do artigo 1.369 do Código Civil afirma que o pacto do direito de superfície será realizado “mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis”. O mesmo sentido foi conferido no Estatuto da cidade, ao afirmar o artigo 21, caput, que o proprietário urbano poderia conceder o direito de superfície “mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis”.

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, vol.11, jul/set. 2002, p. 200.

Quanto aos direitos reais é notório que a transferência entre vivos da propriedade dar-se-á 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. “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 nulidade”²³.

Desse modo, a vontade das partes deve ser formalizada através de escritura pública, e conseqüentemente o devido registro imobiliário. E, como a regra tem relação com o registro público, o Estatuto alterou o artigo 167, I, da Lei n.º 6.015/1973, determinado o acréscimo do item n.º 39, ou seja, a constituição do direito de superfície de imóvel urbano.

Neste contexto do Código Civil e do Estatuto da Cidade, podemos perceber que grandes partes das mudanças de cunho social culminaram com a Constituição de 1988, que dentre os destaques que nos interessam, trouxe a função social da propriedade expressa no artigo 5º, XXIII, além das menções nos artigos 183 e 191 estabelecendo formas de uso obedecendo a 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 concernente ao tema sobre a utilização do solo a fim de promover o bem estar social. O Novo Código Civil também absorveu essas mudanças e veio ratificar o segmento.

²³ FILHO, José dos Santos Carvalho. Op. cit., p. 151.

Dentro deste enfoque, a figura do direito de superfície foi inserida em nosso ordenamento, possuindo grande relevância, pois atua como uma destas formas de se conseguir que a propriedade alcance sua função social.

Pode-se a título exemplificativo, citar a municipalidade, que é titular de uma gleba, poderá dar 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 entender-se 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, e os do Código Civil somente se devem aplicar à superfície comum ou ordinária. Também poder-se-ia admitir uma certa intercomunicação entre ambas regulamentações, de modo que a disciplina estabelecida no Código sirva, além de regular a superfície comum ou ordinária, 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 proceder-se a uma interpretação sistemática, única, conjunta e integrada, de todo o complexo relativo ao tema.²⁵

6. CONCLUSÃO

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. Op. cit., p. 93.

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, uma vez que pode-se conceder a propriedade superficiária distintamente da propriedade do solo, específica do concedente, constituindo-se, nestes moldes, incentivo à construção civil, com ensejo à mitigação do grave problema da crise habitacional no país, bem como a oportunidade de criação de novos empregos. Não resta a menor dúvida de que o direito de superfície se mostra grandemente conveniente para que haja maior dinamização do domínio, resultando, por via de consequência, em maior proveito do solo improdutivo ou inculco, e, no plano técnico-jurídico, para atender a situações concretas que vêm sendo consolidadas de modo totalmente irregular.

Apresenta-se o direito de superfície com características próprias, limitado e autônomo de construir ou manter construções, ou de conservar ou assentar plantações, em solo alheio, em caráter temporário ou indeterminado, o qual, contemplado no novo Código Civil, apresentou-se como um novo e importante instituto, suspendendo-se o efeito aquisitivo do princípio da acessão, ou seja, a *superficies 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, percebe-se que a reintrodução no ordenamento jurídico vigente é excelente por constituir-se em categoria relevante do ponto de vista jurídico e social, e, principalmente, de conteúdo que garante maior proteção da pessoa humana e dos seus direitos fundamentais, tal é a moradia.

7. REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/Ijornada.pdf>. Acesso em 26/07/2007.

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

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

CAVALCANTI, Marise Pessôa. **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**. 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2005, p. 483.

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

LIRA, Ricardo Pereira. Direito de Superfície : Aquisição de espaço aéreo sobrejacente a prédio contíguo. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, vol.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. vol. 364.

MELO, Marco Aurélio Bezzera. **Novo Código Civil anotado**. vol. V. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. vol. 5. São Paulo : Saraiva, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 3ª 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**. vol. XVI, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro : Forense, 2003.