

DIREITO DE SUPERFÍCIE

*Silvio de Salvo Venosa**

1. Origem histórica. Conceito. Particularidades. 2 Direito de superfície no Estatuto da Cidade e no Código Civil de 2002. 3 Direitos das partes. Pagamento. Transmissão do direito. Preferência. 4 Extinção.

RESUMO

Origem histórica do direito de superfície. Conceito do direito de superfície. Direito de superfície e enfiteuse. Particularidades do direito de superfície. Direito de superfície no Estatuto da Cidade e no Código Civil de 2002. Direitos das partes em decorrência do direito de superfície. Pagamento do direito de superfície oneroso. Transmissão do direito de superfície. Preferência ou preempção no direito de superfície. Extinção do direito de superfície.

PALAVRAS-CHAVE

Direito de superfície. Enfiteuse. Estatuto da cidade. Código Civil.

1 ORIGEM HISTÓRICA. CONCEITO. PARTICULARIDADES

O direito de superfície foi introduzido no Código Civil de 2002 com o intuito de substituir com vantagem a enfiteuse, em pleno desuso. Diferentemente da enfiteuse, a superfície é instituto de origem exclusivamente romana. Segundo as fontes mais evidentes, decorreu da necessidade prática de se permitir a construção em solo alheio, principalmente sobre bens públicos. Os magistrados permitiam que comerciantes instalassem tabernas sobre as ruas, permanecendo o solo em poder do Estado. Entre particulares, o direito de superfície estabelecia-se por contrato. Foi consagrado como direito real sobre coisa alheia na época clássica. Permitia-se a plena atribuição do direito de superfície a quem, sob certas condições, construísse em terreno alheio. Assim, passou-se a permitir que o construtor tivesse a obra separada do solo. No entanto, sob o ponto de vista romano, o direito de superfície apenas era atribuído a construções, não se aplicando às plantações em terreno alheio.

O instituto não foi introduzido no Código Civil francês, pois era visto como forma de manutenção da propriedade feudal. Originalmente, o revo-

* Juiz aposentado do Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo. Advogado em São Paulo/SP

gado Código Civil português também não reconheceu o direito de superfície, o qual somente foi introduzido na legislação lusitana por uma lei de 1948. No ordenamento português atual, também abolida a enfiteuse, o Código Civil lusitano conceitua a superfície como “*faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou nele fazer ou manter plantações*” (art. 1.542). Trata-se do direito de ter a coisa incorporada em terreno alheio.

O objetivo é mais amplo do que na enfiteuse, permitindo melhor utilização da coisa. O proprietário do solo mantém a substância do bem, pertencendo-lhe o solo, no qual pode ter interesse de exploração ou utilização do que dele for retirado. Terá esse proprietário, denominado *fundeiro*, a fruição do solo e do próprio terreno enquanto não iniciada a obra ou plantação pelo direito lusitano. O *superficiário* tem direito de construir ou plantar. O fundeiro tem também a expectativa de receber a coisa com a obra, se o instituto é estabelecido sob a modalidade temporária. Comenta Gonçalves sobre a importância prática do instituto:

muito particularmente como instrumento técnico-jurídico propulsor do fomento da construção, tão necessário, sobretudo, nos grandes centros populacionais, onde a carência habitacional alimenta, em boa parte dos que neles vivem, uma das angústias do seu quotidiano.

O superficiário assume a posse direta da coisa, cabendo ao proprietário a posse indireta. O fundeiro não pode turbar a posse do superficiário. Alguns aspectos marcantes podem ser destacados nesse instituto que apresenta riqueza de detalhes: a) há um direito de propriedade do solo, que é direito que necessariamente pertence ao fundeiro; b) há o direito de plantar ou edificar, o denominado direito de *implante*; e c) há o direito ao cânon, ou pagamento, se a concessão for onerosa. Depois de implantada, deve ser destacada a propriedade da obra, que cabe ao superficiário; a expectativa de sua aquisição pelo fundeiro e o direito de preferência atribuído ao proprietário ou ao superficiário, na hipótese de alienação dos respectivos direitos.²

O Código Civil de 2002 aboliu novas enfiteuses, introduzindo o direito de superfície gratuito ou oneroso (arts. 1.369 a 1.377), estabelecendo, contudo, obrigatoriamente o prazo determinado. O nosso ordenamento veda a modalidade perpétua. Não se confunde o prazo indeterminado com a perpetuidade. Cuida-se também de direito real limitado sobre coisa alheia, que apresenta inegáveis vantagens sobre a enfiteuse, embora com certa analogia com esta. Costuma-se apontar as cadeiras cativas, em estádios de futebol, assim como os camarotes privativos em teatros, como exemplo desse fenômeno. Permite a lei mais recente, da mesma forma, que o proprietário atribua a alguém a conservação de seu imóvel, por determinado prazo, mais ou menos longo, sem que o proprietário tenha o encargo de explorá-lo pessoalmente ou

mantenha ali constante vigilância contra a cupidez de terceiros. Nesse aspecto se aproxima muito da finalidade originária da enfiteuse.

Dispõe o 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.

Parágrafo único. O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.”

Trata-se, como menciona a lei, de uma concessão que o proprietário faz a outrem, para que se utilize sua propriedade, tanto para construir como para plantar. O Código Civil de 2002 se refere apenas ao direito de o superficiário construir ou plantar, não mencionando o direito correlato, referido pelo Código português, qual seja, o de manter no local as plantações ou construções já existentes. Afigura-se inafastável também essa possibilidade em nosso ordenamento, por participar da natureza do instituto, não havendo razão qualquer para restrição nesse sentido. Desempenha importante função social não só quem constrói e planta, mas também aquele que mantém plantações ou construções já existentes no terreno de outrem. Veja, por exemplo, a situação de um prédio inacabado que o superficiário se propõe a terminar. Trata-se do que a doutrina lusitana denomina direito de sobrelevação, que não contraria nossa legislação. Nesse sentido se coloca também o Estatuto da Cidade, como mencionaremos. Essa lei dispõe que o direito concedido é para o superficiário utilizar o solo, subsolo ou espaço aéreo, de forma geral. No direito italiano também se admitem as duas modalidades de concessão, para manter uma construção já existente ou para edificação de nova. O Projeto n. 6.960/2002, atendendo a esses aspectos, apresenta redação nova a esse dispositivo mencionando igualmente o direito de o superficiário executar benfeitorias em edificação, igualmente se referindo à utilização do solo, subsolo e espaço aéreo, na forma estabelecida em contrato e atendida a legislação urbanística.

Dá-se o nome de implante à obra ou plantação que decorre do direito de superfície, como já mencionado.

O contrato que estabelece a superfície somente gera efeitos pessoais entre as partes. A eficácia de direito real somente é obtida com o registro imobiliário. Nossa lei também deveria ter aberto a possibilidade de o testamento instituir essa modalidade de concessão, como faz o Código português. Como não o fez expressamente, o ato de última vontade pode impor ao legatário ou ao herdeiro o encargo de constituir o direito de superfície em favor de alguém. Nosso Código também não se refere à possibilidade de aquisição

de direito de superfície por usucapião, que poderia dar margem a infundáveis confusões, pois a disposição nesse sentido é criticada no direito português.

Como regra geral, em princípio o superficiário não pode utilizar o subsolo no sistema do Código Civil, salvo se essa utilização for inerente ao próprio negócio, como, por exemplo, a exploração da argila para fabricar tijolos ou a manutenção de uma adega para vinhos. Da mesma forma, se é autorizada uma construção de certa monta, o subsolo poderá ser utilizado para garagens, depósitos e outras finalidades como ocorre nos edifícios de última geração. É de toda conveniência que os interessados sejam claros no pacto a esse respeito, pois nem sempre restará implícita a necessidade de utilizar o subsolo. O mesmo se aplica ao espaço aéreo. Como vimos, a alteração proposta pelo Projeto n. 6.960 ao art. 1.369 refere-se expressamente à utilização do subsolo e do espaço aéreo.

O art. 1.377 menciona que o direito de superfície constituído por pessoa jurídica de direito público interno rege-se pelo Código, no que não for diversamente disciplinado em lei especial. Lembre-se que originariamente o direito de superfície deriva do direito administrativo, tendo sido absorvido pelo direito privado. Em princípio, no direito público, independente de lei especial, a concessão depende de licitação, lei autorizadora e contrato, como ocorria com o Decreto-lei n. 271/67, que regulamentava a concessão do direito real de uso. O art. 175 da Constituição Federal indica a necessidade de prévia licitação para a concessão de serviços públicos. A Lei n. 8.866/93, com as alterações da Lei n. 8.883/94, autoriza a Administração conceder direito real de uso de bens imóveis, dispensando licitação, quando o usuário for outro órgão público. Se for pessoa fora da Administração Pública, a concorrência será de rigor.

Como exemplo claro do instituto da superfície, recorde-se as cadeiras cativas nos estádios, camarotes cativos em teatros, ancoradouros privados (marinas) etc.

2 DIREITO DE SUPERFÍCIE NO ESTATUTO DA CIDADE E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), já mencionado, atravessou legislativamente o atual Código Civil em várias matérias, disciplinando também o direito de superfície, nos arts. 21 a 23. Essa situação obriga o intérprete definir a aplicabilidade de ambos os diplomas legais que abordam o mesmo instituto jurídico. O Estatuto entrou em vigor antes do Código Civil. É de se perguntar se o Código, posterior, derogou essa matéria do Estatuto. Esse estatuto constitui, sem dúvida um microsistema jurídico e, como tal, deve harmonizar-se com os Códigos. Assim, deve ser buscado o nicho social próprio sobre o qual se debruça o Estatuto da Cidade, como se faz, por exemplo, com o decantado Código de Defesa do Consumidor, certa-

mente o mais importante microsistema atual de nosso ordenamento. Ademais, o Estatuto da Cidade é Lei Complementar Constitucional. Desse modo, tudo é no sentido que esse estatuto vigora sobranceiro no seu alcance específico, qual seja o planejamento urbano. A matéria, contudo, é polêmica e longe está de uma unanimidade. O desleixado legislador poderia ter facilmente evitado esse entrave, estabelecendo uma diretriz legal única para esse instituto e para o usucapião, que é outra matéria trata nessa lei de alcance urbano.

De qualquer forma, como sua própria autodenominação, o Estatuto da Cidade dirige-se exclusivamente aos imóveis urbanos. O recente Código se aplicará sem rebuços aos imóveis rurais. Assim, o art. 21 dispõe:

O proprietário poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo indeterminado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis”.

§ 1º “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”.

§ 2º “A concessão do direito de superfície poderá ser gratuita ou onerosa.

Note que essa lei é expressa no sentido de poder o direito ser concedido por prazo determinado ou indeterminado. O presente Código Civil somente admite expressamente o prazo determinado. A possibilidade do prazo indeterminado é inconveniente, mormente porque o Estatuto não disciplina prazo razoável para a resilição. Assim, nesse prisma, temos dois tratamentos diversos para o mesmo instituto. De qualquer modo, quando o direito de superfície for concedido por prazo indeterminado, devem as partes se acautelar prevendo prazo razoável para a chamada denúncia vazia ou imotivada. Se não o fizerem, haverá certamente querela a ser dirimida pelo Judiciário, que deverá levar em conta o art. 473, parágrafo único do Código Civil. Aduz com propriedade Francisco³ que, nesse caso de denúncia imotivada, o superficiário terá direito à retenção por benfeitorias e acessões até a satisfação da indenização, salvo no caso de hipótese motivada, de descumprimento contratual. O correto e o conveniente, contudo, é que o contrato já estipule a finalidade e destinação dos implantes em geral, construções, plantações, acessões, benfeitorias; pois esse aspecto é elementar ao direito de superfície.

Outra particularidade na dicção legal do estatuto é a menção à utilização do solo, subsolo e espaço aéreo. Se não há dúvidas quanto à utilização do solo e do espaço aéreo no atual Código, este restringe o uso de obra no subsolo, “salvo se for inerente ao objeto da concessão” (art. 1.369, parágrafo único). Em qualquer situação, contudo, deve ser avaliado se a utilização do

subsolo é essencial ao direito de superfície que foi constituído, mesmo porque, pela própria denominação do instituto, a utilização deve ser da superfície do solo. É claro que as fundações para a edificação devem ser consideradas necessárias para o exercício do direito. Da mesma forma, se foi contratada a construção de garagens ou pavimentos no subsolo, essa utilização deve ser admitida.

O art. 1.371 do Código de 2002 afirma que o superficiário responderá por encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária. O Estatuto da Cidade vai mais adiante, pois além de estipular essa responsabilidade tributária no art. 21, § 3º, acrescenta que o superficiário arcará, ainda, “*proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo*”. Essa mesma dicção é sugerida pelo Projeto n. 6.960/2002 para estar presente no Código Civil.

3 DIREITOS DAS PARTES. PAGAMENTO. TRANSMISSÃO DO DIREITO. PREFERÊNCIA

O contrato que institui a superfície pode ser gratuito ou oneroso. Na dúvida, há de se presumir a onerosidade, pois se trata de cessão de parcela importante da propriedade. O pagamento poderá ser feito de uma só vez ou parceladamente (art. 1.370). O dispositivo não aponta a periodicidade do pagamento. Quando o pagamento é parcelado e maior a frequência de periodicidade, mais se aproximará do arrendamento e mais se afastará da enfiteuse. Esse pagamento é denominado *cânon superficiário*. O Código português é expresso no sentido de o pagamento poder ocorrer em uma única prestação ou de forma anual.

A falta de pagamento pode dar margem à ação de cobrança e de extinção da concessão, por infração contratual.

O art. 1.372 (Estatuto da Cidade, art. 21, §§ 4º e 5º) dispõe que o direito de superfície pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros. O contrato não pode obstar a sucessão *causa mortis*, tendo em vista a natureza do instituto. Para evitar abusos que certamente ocorreriam, na sucessão entre vivos não poderá ser estipulado, pelo proprietário, qualquer pagamento pela transferência, as chamadas luvas (art. 1.372, parágrafo único). Essa proibição não é mencionada no Estatuto da Cidade e pode dar margem à interpretação que não se aplica às concessões urbanas de superfície, o que não nos afigura o mais justo. O título constitutivo pode, contudo, proibir a cessão a terceiros por ato entre vivos, dentro da autonomia de vontade das partes.

No direito de superfície há também direito de preempção ou preferência, tanto no caso de alienação do imóvel como de cessão do direito de superfície (art. 1.373 do Código Civil; art. 22 do Estatuto da Cidade). Essa

preferência atende tendência natural de extinção de direito real sobre coisa alheia, tornando a propriedade plena. No primeiro caso terá preferência o superficiário e, no segundo, o proprietário, em igualdade de condições com terceiros. A finalidade desse direito de preempção é consolidar a propriedade em um único titular, quando possível. O Código não disciplina no capítulo específico a forma pela qual deve operar a preferência. O proprietário ou o superficiário deve tomar conhecimento da proposta respectiva para poder exercer sua preempção tanto por tanto. A preempção ou preferência é regulada no atual Código nos arts. 513 e seguintes. O art. 517 se refere ao prazo de 60 dias para os imóveis, para o exercício da prelação, após a notificação. Quando não for concedido esse direito de preferência, responderá aquele que deixou de concedê-la por perdas e danos, respondendo também, solidariamente o adquirente, se tiver agido de má-fé (art. 518). Não existe possibilidade de o preterido nessa preempção depositar o preço e haver para si a coisa, como autoriza expressamente, por exemplo, a Lei do Inquilinato. Não há dispositivo na lei que autorize que o direito de preferência na superfície tenha natureza de direito com efeito real. A situação fica, portanto, no âmbito dos direitos obrigacionais.

4 EXTINÇÃO

Além das causas comuns de extinção, como, por exemplo, o desaparecimento da coisa, há que se analisar as situações específicas que afetam a concessão da superfície.

A falta de pagamento do cânon é causa de rescisão, levando-se em conta o que estiver estabelecido no contrato. Deve ser examinado se é dado ao superficiário purgar a mora. A resposta deve ser afirmativa, como regra geral. A discussão se desloca para o momento ou termo final no qual a mora ainda pode ser purgada.

Estabelecido o pacto por prazo determinado, o advento do termo final extingue o direito, em obediência à comezinha regra geral. Já observados a matéria ao mencionar a possibilidade de prazo indeterminado no Estatuto da Cidade. Questão que logo se planta no pacto estabelecido por prazo determinado é saber se a relação jurídica se prorroga por prazo indeterminado se as partes não se manifestam no final e se, também, a situação de uso e gozo do direito de superfície se mantém inalterada e continuativa. A questão é importante mormente no tocante a terceiros adquirentes e ao direito de preferência. A solução que se afigura mais adequada é entender que no silêncio das partes o contrato passa a vigorar por prazo indeterminado, assim como a eficácia real. O caráter de permanência dos direitos reais em geral não permite outra solução. Assim, nessa premissa, haverá necessidade de notificação para a extinção do negócio, com prazo razoável, segundo as circunstâncias, conforme expusemos. Incumbe às partes que tenham o devido cuidado na redação das cláusulas. Enquanto não cancelado o registro imo-

bilíario, o direito de superfície prossegue gerando efeitos *erga omnes*. O art. 24, § 2º do Estatuto da Cidade, dispõe que a extinção do direito de superfície será averbada no cartório do registro de imóveis. Essa extinção também pode decorrer de sentença em processo no qual a matéria foi discutida.

O direito de superfície também pode ser extinto por infração às cláusulas contratuais e as normas gerais do instituto. O art. 1.374 menciona que “*antes do termo final, resolver-se-á a concessão se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela que foi concedida*”. A mesma regra está presente no Estatuto da Cidade (art. 24, § 1º). Não se trata, porém, da única possibilidade de denúncia motivada. A superfície pode ser rescindida igualmente, por exemplo, se o imóvel é deixado em estado de abandono, permitindo o superficiário sua deterioração. Outras infrações contratuais podem ocorrer, cujo exame da gravidade dependerá do caso concreto. O Estatuto da Cidade menciona expressamente que o direito de superfície extingue-se pelo advento do termo e “*pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário*”. Apesar de ser um direito real, a concessão será sempre regida pela dicção contratual. Levando em conta esse aspecto, o Projeto n. 6.960/2002 acrescenta no art. 1.374 que a resolução da superfície se dará, além da hipótese de destinação diversa pelo superficiário, também pelo descumprimento contratual.

Uma vez extinta a concessão superficiária, o proprietário readquirirá a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, salvo se as partes não tiverem estipulado o contrário (art. 1.375 do Código Civil; art. 24 do Estatuto da Cidade). A presença do superficiário ou de seus prepostos ou familiares no imóvel, depois de extinta a concessão, caracteriza posse injusta, que autoriza a reintegração de posse.

Ocorrendo desapropriação do imóvel concedido, a indenização cabe ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito real de cada um (art. 1.376). Haverá, portanto, uma avaliação bipartida. Se as obras e benfeitorias pertencerem integralmente ao superficiário, a ele caberá, portanto, o seu respectivo valor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: reais*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

GONÇALVES, Augusto Penha. *Curso de direitos reais*. 2. ed. Lisboa: Universidade Lusfada, 1993.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da cidade comentado*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2001.

¹ *Curso de direitos reais*. 2. ed. Lisboa: Universidade Lusíada, 1993, p. 423.

² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: reais*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p.466.

³ *Estatuto da cidade comentado*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2001, p. 178.

SURFACE LAW

ABSTRACT

The origin of surface law in history. The notion of surface law. Surface law and former legal definitions on the use of land, namely the so-called “Enfiteuse”. Singularities of surface law. Surface law in the City Statute and in the 2002 Civil Code. The rights of the parties due to surface law. Payment of onerous surface law. Transfer of surface law. Preferences in surface law. Ending surface law.

KEYWORDS

Surface law. “Enfiteuse”. City Statute. Civil Code.

DROIT DE SURFACE

RÉSUMÉ

Origine historique du droit de surface. Concept du droit de surface. Droit de surface et emphyteuse. Particularités du droit de surface. Droit de surface dans le Statut de la Ville et dans le Code Civil 2002. Droits des parties para conséquence du droit de surface. Paiement du droit de surface onéreux. Transmission du droit de surface. Préférence ou droit de préemption dans le droit de surface. Extinction du droit de surface.

MOTS-CLÉS

Droit de surface. Emphyteuse. Statut de la ville. Code Civil.