

DIREITO DE SUPERFÍCIE NO CC/02: AVANÇOS E CONTROVÉRSIAS

Pedro Pontes de Azevêdo[†]

Resumo: O presente texto analisa a superfície, direito real sobre coisa alheia regulamentado pelo Código Civil de 2002. Parte-se dos conceitos iniciais do instituto, para depois empreender uma investigação sobre os seus pontos controvertidos, tais como a duplicidade de regulamentação (no Código Civil e no Estatuto da Cidade), a possibilidade de sobrelevação e de superfície por cisão. Por fim, desenvolve-se uma breve incursão acerca da importância da superfície como instrumento funcionalizador da propriedade.



1 INTRODUÇÃO

O direito privado tem passado por profundas transformações ao longo do tempo, sendo que atualmente encontra-se em uma fase marcada pela constitucionalização dos seus institutos e regras. Este fenômeno, já há muito tempo em desenvolvimento, é marcado por uma guinada paradigmática, de um viés patrimonialista para um outro, de cunho existencial. Isto ocorre porque os valores propugnados pelos movimentos liberais do séc. XVIII, adequados a uma época em que era necessário proteger os interesses individuais

[†] Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e doutorando em Direito das Cidades pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de Direito Civil da UFPB. Advogado.

do arbítrio do Estado, já não se coadunam com a realidade social hodierna.

No Direito Civil, essa mudança paradigmática é sobremaneira sentida, em todos os seus ramos. O ideário liberal, pautado no individualismo, no patriarcalismo e na propriedade como direito absoluto é substituído por uma visão pautada na dignidade humana, com uma forte tendência coletiva, funcional, solidária, implementada a partir dos textos constitucionais e levada a efeito pela legislação infraconstitucional.

No tocante ao direito de propriedade, o cenário não destoa muito dessa realidade. Se é indiscutível que a propriedade continua sendo o direito real em torno do qual gravitam todos os demais, sendo, pois, aquele de maior importância econômica e social, as semelhanças com a propriedade oitocentista terminam por aí. Outrora tida como um direito absoluto, quase ilimitado, a propriedade do séc. XXI é notadamente marcada pelo seu caráter coletivo, funcionalizado. No dizer de Maurício Mota e Marcos Alcino Torres: *“Uma propriedade é legítima se está em conformidade com os limites impostos pelo bem comum, pela destinação final, sempre anterior a qualquer uso particular.”*¹

O ordenamento jurídico-constitucional eleva o princípio da função social da propriedade ao *status* de norma fundante do sistema de direitos reais. A propriedade só pode ser tutelada se estiver em harmonia com a sua destinação social². Nesta linha de pensar, Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber defendem que: *“no direito brasileiro, a garantia da propriedade não*

¹ MOTA, Maurício. TORRES, Marcos Alcino. *Transformações do direito de propriedade privada*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. VII.

² Nesse sentido, preleciona Maurício Mota: *“Portanto o direito de propriedade não é um absoluto formal, mas só se justifica se a ele é dado um uso social e na medida dessa justificação, mormente naquela classe de bens que não se destina primordialmente ao mercado, como é o caso da terra.”* MOTA, Maurício. *Questões de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 589.

pode ser compreendida sem atenção à sua função social”³.

O exercício individual do direito de propriedade é, pois, precedido pelos interesses coletivos. Esses, por sua vez, se materializam de duas maneiras: em primeiro lugar, por meio de limitações impostas ao proprietário, que deve respeitar a legislação ambiental, trabalhista, previdenciária, de modo a não gerar prejuízos à coletividade; por outro lado, para além desse cariz limitador, a função social impõe que a propriedade assuma um papel positivo, impulsionador⁴ de solidariedade, igualdade e dignidade.

Um dos institutos que se propõe a atuar como funcionalizador da propriedade no ordenamento jurídico pátrio é a superfície, direito real sobre coisa alheia regulamentado pelo Código Civil de 2002 e pelo Estatuto da Cidade (Ecid - Lei n.º 10.257/01). Há, entretanto, diversas questões que ainda se encontram em aberto, mesmo após esses dez primeiros anos de vida do diploma civil. É sobre algumas dessas questões que se fará uma análise, nos tópicos seguintes.

2 DIREITO REAL DE SUPERFÍCIE: BREVE ANÁLISE DO SEU CONCEITO E DAS SUAS CARACTERÍSTICAS

O direito de superfície surgiu no direito romano, na fase final do período clássico, sendo considerado inicialmente uma relação obrigacional e posteriormente como direito real, por

³ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *A garantia da propriedade no direito brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 6 - Junho de 2005. p. 102.

⁴ O termo “intervenções impulsionadoras” é utilizado por José de Oliveira Ascensão, para quem: “(...) enquanto no século passado a lei quase se limitava a certo número de intervenções de carácter restritivo, agora multiplicam-se as intervenções impulsionadoras, de modo a aumentar o proveito que socialmente se pode extrair do bem.” ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direitos Reais*. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 192.

criação pretoriana.⁵ Em um primeiro momento valia o primado segundo o qual tudo o que fosse acrescido ao solo pertencia ao proprietário daquele bem imóvel. Segundo A. Santos Justo:

O direito de superfície é também uma figura jurídica puramente romana, criada para afastar as consequências anti-económicas do conceito romano de propriedade (*dominium*): constituindo a propriedade imobiliária um pequeno território e pertencendo ao proprietário (*dominus fundi*) o que lhe fosse acrescentado ou incorporado (*superficies solo cedit*), o edifício construído não podia deixar também de lhe pertencer.⁶

Com o passar do tempo, entretanto, foi necessário se desenvolver institutos que permitissem a exploração dos terrenos, que na sua maioria eram de propriedade do Estado. A princípio foi permitida a construção por particulares em terrenos públicos mediante o pagamento de um cânon anual, em relações que assumiam um caráter pessoal. No direito justiniano é que se atribuiu à superfície o status de direito real⁷.

No Brasil, o instituto não é novidade introduzida pelo CC/02, como alguns chegam a propagar, posto que era aplicado quando das Ordenações do Reino, restando vigente ainda durante o Império, até ser revogado pela Lei nº 1.237, de 1864, que não o regulamentou como direito real.⁸ O Código Civil de 1916 também não o regulamentou em seu rol de direitos reais, razão pela qual a superfície só foi reintroduzida no nosso sistema jurídico pelo Ecid (Lei n.º 10.257/01), que a

⁵ Sobre a evolução histórica do direito de superfície: Cf. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direitos Reais*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 374. FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 415.

⁶ JUSTO, A. Santos. *Direitos Reais*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 390.

⁷ Idem. *Ibidem*.

⁸ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*, Vol. 4: Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 296.

regulamentou em quatro dos seus dispositivos (arts. 21 a 24). Posteriormente, o direito de superfície foi regulamentado pelo Código Civil de 2002, que o disciplinou em nove dos seus artigos (1.369 a 1.377).

No tocante ao seu conceito, tem-se, com José de Oliveira Ascensão, que direito de superfície é “*o direito real de ter coisa própria incorporada em terreno alheio.*”⁹ No dizer de A. Santos Justo, superfície é:

(...) um direito real transmissível *inter vivos* e *mortis causa* de, perpetuamente ou durante largo tempo, gozar, plena e exclusivamente, de um edifício construído em solo alheio, mediante o pagamento de um cânone em regra anual, denominado *pensio* ou *solarium*.¹⁰

Por fim, para Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal:

O direito de superfície consiste na faculdade que o proprietário possui de conceder a um terceiro, tido como superficiário, a propriedade das construções e plantações que este efetue sobre ou sob o solo alheio (solo, subsolo ou espaço aéreo do terreno), por tempo determinado ou sem prazo, desde que promova a escritura pública no registro imobiliário.¹¹

Superfície, portanto, é um direito real sobre a coisa alheia que se caracteriza como uma limitação voluntária às prerrogativas do proprietário, para permitir que outra pessoa utilize o seu bem imóvel e nele faça construções ou plantações. Possui a importante característica de permitir que um bem imóvel seja explorado por alguém distinto do titular do domínio.

O objetivo do presente artigo é analisar o direito de

⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direitos Reais*. Op. cit. p. 525.

¹⁰ JUSTO, A. Santos. Op. cit. p. 391.

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 414-415.

superfície regulamentado pelo Código Civil de 2002, que ora completa dez anos de existência. Para isso, iniciar-se-á fazendo uma breve explanação acerca dos dispositivos codificados.

3 REGULAMENTAÇÃO LEGAL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 inseriu o direito de superfície no rol de direitos reais do art. 1.225 (inc. II), sendo que o instituto já havia sido reintroduzido no ordenamento pátrio pelo Ecid, consoante já explanado.

O objeto do direito de superfície previsto no CC/02 é a exploração de um bem imóvel, por meio de construções ou plantações a serem promovidas pelo superficiário. De acordo com a regra codificada, o direito real em tela só abrange o uso do solo. Excepcionalmente, porém, poderá ser realizada obra no subsolo, desde que a utilização deste seja inerente à natureza da edificação, ou seja, aquela que se não ocorresse tornaria inviável a exploração do terreno.

A constituição da superfície se dá por escritura pública, a ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis. A concessão do direito real pode ser gratuita ou onerosa, no entanto o superficiário ficará responsável pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel.

O direito é transmissível a terceiros, seja por contrato ou pela sucessão do titular da superfície. Na primeira hipótese, de transmissão *inter vivos*, contudo, o proprietário terá preferência em relação a terceiros para a aquisição do direito de superfície, em igualdade de condições. O mesmo se aplica ao superficiário, se o proprietário decidir alienar o imóvel, tudo em conformidade com o estatuído pelo art. 1.373, do CC/02¹².

¹² CC/02 - Art. 1.373. Em caso de alienação do imóvel ou do direito de superfície, o superficiário ou o proprietário tem direito de preferência, em igualdade de condições.

Se tiver o seu direito de preferência preterido, o superficiário poderá valer-se de ação para efetuar o depósito judicial do valor correspondente e pleitear a adjudicação do imóvel, consoante entendimento exarado no Enunciado a seguir transcrito:

Enunciado 510, da V Jornada de Direito Civil

 Ao superficiário que não foi previamente notificado pelo proprietário para exercer o direito de preferência previsto no art. 1.373 do CC é assegurado o direito de, no prazo de seis meses, contado do registro da alienação, adjudicar para si o bem mediante depósito do preço.

Outro ponto importante é o que diz respeito ao prazo da superfície. No caso das regras previstas pelo CC/02, as partes deverão estabelecer um tempo determinado para a sua duração. Não há, todavia, previsão legal quanto ao mínimo e ao máximo de tempo permitido. Assim, caberá às partes, por meio da imposição de termo final, estipular o tempo de duração da superfície. Assim, o direito real de superfície se extinguirá com o advento do termo final definido pelas partes. Antes do seu implemento, porém, poderá ser extinto se o superficiário der ao terreno uma destinação diferente da acordada com o proprietário, na forma do art. 1.374, do CC/02¹³.

São esses os principais aspectos da propriedade superficiária regulamentada pelo CC/02. Atualmente, entretanto, o direito de superfície ainda dá margem a algumas interpretações conflitantes, seja em razão da sua recente reintrodução no ordenamento jurídico, seja em função da ausência de regulamentação de alguns pontos importantes do instituto. Nos itens que se seguem serão analisadas algumas dessas questões controvertidas.

¹³ CC/02 - Art. 1.374. Antes do termo final, resolver-se-á a concessão se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para que foi concedida.

4 AVANÇOS E CONTROVÉRSIAS ACERCA DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

4.1 CONVIVÊNCIA ENTRE AS NORMAS DO CC/02 E DO ESTATUTO DA CIDADE (LEI 10.257/01) NO REGRAMENTO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

O Estatuto da Cidade regulamentou a superfície em alguns de seus comandos normativos, tendo sido o diploma legal que reinseriu o referido direito real no nosso ordenamento jurídico, como já se salientou. Do ponto de vista temporal, a lei em questão é anterior ao Código Civil, o que levou alguns juristas à interpretação de que a mesma teria sido revogada pelo diploma civil, no tocante à superfície.

Esta análise mostrou-se equivocada, embora ainda haja alguns posicionamentos contrários¹⁴, tendo a doutrina entendido majoritariamente que as normas do Ecid e do CC/02 sobre o direito de superfície são válidas e convivem harmonicamente, tendo apenas âmbitos de incidência distintos. Em outras palavras, as normas relativas ao direito de superfície contidas no CC/02 não revogaram as já existentes anteriormente no Ecid, mas apenas possuem uma aplicabilidade diferente¹⁵. Nesse sentido, por todos, o entendimento de Luciano de Camargo Penteado:

Assim, convivem no sistema de direito positivo o direito de superfície do Ecid, para imóveis urbanos, no contexto do microsistema de

¹⁴ Por todos, Carlos Roberto Gonçalves: “Com a entrada em vigor, porém, do último diploma houve a derrogação do aludido Estatuto, passando o instituto em apreço a ser regulado inteiramente pelos arts. 1.369 a 1.377 do novo Codex.” GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. Vol. V. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 414.

¹⁵ Corroboram esse pensamento, dentre outros, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, para quem: “A partir de 11 de janeiro de 2003, as legislações geral e especial iniciaram regime de coabitação.” (FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. Op. cit. p. 416-417).

direito urbanístico por ele regido e o direito de superfície de *ius commune*, para a generalidade das hipóteses imobiliárias, com regimes distintos, embora parcialmente complementares.¹⁶

Na mesma linha de exegese, confira-se o teor do Enunciado 93, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “*O Estatuto da Cidade prevê o direito de superfície com peculiaridades distintas daquelas previstas pelo Código Civil.*”

Desta forma, o critério para se determinar em que casos deve ser aplicada a regulamentação codificada e em quais deve-se aplicar as regras estatutárias é orientado pela situação do imóvel. Em se tratando de concessão de superfície com objetivo de promoção da função social da cidade, de sua urbanização e sustentabilidade, serão aplicáveis as normas do Ecid. Por outro lado, em se tratando de relação privada, ainda que se esteja diante de imóvel urbano, incidirão as normas do Código Civil de 2002. Aliás, o próprio CC/02, em seu art. 1.377, determina a subsidiariedade das suas normas quando se tratar de superfície concedida por pessoa jurídica de direito público interno.

Esta definição é importante, porque há algumas divergências nos dois regramentos. Por não se tratar do objeto do presente estudo, limitar-se-á a apresentar algumas delas. A primeira delas diz respeito ao prazo de duração, já que pelo Ecid a superfície pode ser estabelecida por tempo determinado ou indeterminado, enquanto que pelo CC/02, conforme já frisado, ela só pode ser concedida por tempo determinado. Uma outra distinção relevante se dá no tocante ao uso do subsolo pelo superficiário. No Ecid, há previsão expressa nesse sentido, enquanto que no CC/02 o uso do solo é adstrito às situações em que ele seja indispensável à exploração do

¹⁶ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: RT, 2008. p. 406.

imóvel. Por fim, quanto ao uso do espaço aéreo pelo superficiário, o Ecid tem previsão expressa nesse sentido, enquanto o CC/02 restou silente nesse ponto.

Isto posto, tem-se que embora o instituto da superfície seja tratado por dois diplomas legais diferentes, que se sucederam no tempo, ambos convivem harmonicamente, devendo-se apenas observar o caso concreto para determinar qual deles regerá a sua concessão.

4.2 POSSIBILIDADE E LEGALIDADE DA SOBRELEVAÇÃO (OU *DIREITO DE LAJE*) E DA SUPERFÍCIE POR CISÃO

Outras duas questões importantes e controversas quanto ao direito de superfície são: a) a possibilidade de sobrelevação; e b) a licitude da superfície por cisão. A sobrelevação se dá quando o proprietário cede a outra pessoa o direito de construir sobre a base da sua edificação. Recebe também a denominação de “direito de laje”, dizendo respeito, pois, a uma faceta horizontal do direito de superfície. Já a superfície por cisão ocorre quando já existe uma construção no imóvel e o proprietário concede o direito de o superficiário utilizar essa construção, independentemente da necessidade de reformas ou melhoramentos¹⁷. As duas questões serão analisadas nos itens que seguem.

I) SOBRELEVAÇÃO

A possibilidade de sobrelevação no nosso sistema

¹⁷ Rodrigo Mazzei divide a superfície por cisão em duas espécies, quais sejam: a) ordinária: quando o superficiário não precisar introduzir benfeitorias no implante; e b) qualificada: na hipótese em que ele precisa fazê-las. Sobre o tema, Cf. MAZZEI, Rodrigo. O direito de superfície e a sobrelevação. IN: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). *Novo Código Civil: Questões Controvertidas. Direito das Coisas*. Vol. 7. São Paulo: Método, 2008. p. 229.

jurídico divide a doutrina. O ponto fulcral da polêmica diz respeito à suposta ausência de regulamentação legal do tema. Para aqueles que advogam pela sua impossibilidade, isto impediria a sua constituição na prática. Já os que interpretam favoravelmente ao direito de laje o fazem basicamente lastreados em duas questões: a) o ordenamento não proíbe a sua existência, ficando a questão adstrita à autonomia privada dos contratantes; e b) o Ecid, ao regulamentar o direito de superfície, permite a cessão do espaço aéreo pelo proprietário.

De fato, o CC/02 não regulamentava o direito de laje, diferentemente do que ocorre em Portugal, onde há previsão expressa, no art. 1526º do Código Civil. Por essa razão, fazendo uma exegese literal do comando normativo plasmado no art. 1.369 do CC/02, há uma corrente que advoga pela sua impossibilidade em nosso ordenamento¹⁸, posto que o citado dispositivo não faz menção ao uso do espaço aéreo do imóvel, mas apenas ao solo e ao subsolo, este último apenas quando for imprescindível¹⁹. Ressalte-se que no regime superficiário do Ecid a concessão de direitos sobre o espaço aéreo é textualmente prevista no art. 21, §1º²⁰.

Para superar essa divergência, duas soluções podem ser

¹⁸ Contrário à sobrelevação, por todos, veja-se o argumento de Carlos Roberto Gonçalves: “*O novo diploma não contempla também a possibilidade de sobrelevação ou da superfície em segundo grau, autorizada nos direitos português, francês (surélévation) e suíço (superficie au deuxième degré).*” GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. Vol. V. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 418.

¹⁹ CC/02 - 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.

²⁰ Lei 10.257/01 - Art. 21. O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis.

§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.

apresentadas, de acordo com a corrente majoritária²¹. Em primeiro lugar, poder-se-ia considerar que a sobrelevação possui papel relevante no planejamento urbano, em virtude da sua contribuição para um melhor aproveitamento dos bens imóveis. Por essa característica, seria aplicado o regramento do Estatuto da Cidade, com fins de se atingir e permitir o cumprimento da função social da cidade. Dito isso, restaria superada a tese da impossibilidade de sobrelevação.

Em segundo lugar, é preciso salientar que não se está diante da criação de um novo direito real, o que só seria possível por lei, em razão do princípio da tipicidade. O que se advoga é a possibilidade de uma subespécie do direito de superfície, que se constituiria por meio de uma cessão outorgada pelo proprietário do imóvel, permitindo que o superficiário construísse acima da sua propriedade. Ademais, aquilo que não é proibido por lei é permitido aos particulares, dentro da sua esfera de autonomia privada. Entende-se, desta forma, com a corrente majoritária, que a sobrelevação é perfeitamente cabível no nosso sistema jurídico.

Isto posto, há ainda uma questão interessante a analisar sobre o tema, que é a relação jurídica que se instaura quando da concessão do direito de laje. Ocorre que a sobrelevação dá ao superficiário o direito de construir, extinguindo-se o direito de superfície quando do término da edificação. Deste ponto em diante, a acessão será incorporada ao edifício principal, que ali já existia, formando-se um condomínio no imóvel agora existente. Essa peculiaridade afasta a sobrelevação do regramento comum da superfície, tendo em vista que essa incide sobre o solo e é sempre temporária.

No dizer de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão:

²¹ É de opinião favorável à possibilidade de sobrelevação, dentre outros, Rodrigo Mazzei (MAZZEI, Rodrigo. O direito de superfície e a sobrelevação. IN: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). *Novo Código Civil: Questões Controvertidas. Direito das Coisas*. Vol. 7. São Paulo: Método, 2008. p. 236-237).

O afastamento do regime comum da superfície é muito acentuado, uma vez que o direito de sobrelevação não incide sobre um terreno, mas antes sobre um edifício, não sendo assim atribuídos ao superficiário quaisquer poderes de transformação do solo. Por outro lado, o conteúdo do direito limita-se à faculdade de construir.²²

E conclui o professor português explicando que:

A superfície extingue-se conseqüentemente com a nova construção, surgindo a partir daí um direito de propriedade horizontal, atribuindo-se igualmente ao construtor um direito sobre as partes comuns do prédio (art. 1421º) para evitar que fossem defraudadas as regras desse instituto.²³

Em verdade, conclui-se assim que o direito de superfície, na espécie sobrelevação, tem duração certa e determinada, qual seja, o período necessário à edificação. Ao seu término, o superficiário passa a ser coproprietário do imóvel. Trata-se de uma situação fática que, se corretamente utilizada, pode ser um mecanismo para o melhor aproveitamento do solo e a diminuição do déficit habitacional no Brasil.

II) SUPERFÍCIE POR CISÃO

Consoante já explicitado, superfície por cisão é aquela que ocorre quando o superficiário incorpora ao seu patrimônio, temporalmente, a acessão já existente em um imóvel objeto de concessão superficiária. Assim como ocorre com o direito de laje, há controvérsia quanto à sua legalidade, em virtude da ausência de previsão legal. Na verdade, interpretando-se o art. 1.369 do CC/02, uma parte da doutrina entende que a cessão de

²² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direitos Reais*. Coimbra: Almedina, 2009. p.389.

²³ Idem, ibidem.

edificações já construídas desnaturaria o direito de superfície. Tal entendimento se baseia no fato de que a lei só permite que a superfície englobe o direito de fazer acessões (construções e plantações) no imóvel, sendo impossível a cessão de obra já edificada, seja ou não necessário fazer benfeitorias para explorá-la²⁴.

Não é esse o entendimento da maior parte da doutrina, que entende inclusive que o texto do CC/02 deixou de avançar como deveria nessa questão. Ao não regulamentar a superfície por cisão, o legislador teria deixado passar uma oportunidade de prever um instituto que possivelmente traria um importante contributo para a conservação de prédios em ruínas e se tornaria um instrumento para que se atingisse a almejada função social da cidade.

Não é outro o pensamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal:

Parece-nos que neste ponto o legislador agiu de forma tímida, pois a possibilidade de concessão de “superfície por cisão” seria excelente modo de revitalização de edificações mal conservadas, abandonadas pelo tempo, ou de conclusão de obras de edificação que foram paralisadas por desídia ou carência econômica dos proprietários.²⁵

No entanto, o fato de não haver previsão normativa expressa não impede a constituição da superfície por cisão, tendo em vista não haver proibição legal. Na mesma linha de raciocínio empreendida quando da análise da sobrelevação, não há por que se entender pela impossibilidade de superfície por cisão, apenas por essa razão. Reitera-se o conhecido primado de que aos particulares tudo aquilo que não for proibido é permitido.

²⁴ Entre outros, cite-se a posição de Carlos Roberto Gonçalves, contrária à possibilidade de superfície por cisão (.GONÇALVES, Carlos Roberto. Op., cit. p. 414)

²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. Op. cit. p. 418.

Nesse sentido, o Conselho da Justiça Federal aprovou, na III Jornada de Direito Civil, um Enunciado sobre o tema, reforçando o entendimento aqui esposado: “*Enunciado 250: Art. 1.369: Admite-se a constituição do direito de superfície por cisão.*” Comentando o tema em questão, Rodrigo Mazzei corrobora o entendimento de que a superfície por cisão é admitida no ordenamento pátrio:

A conclusão é correta, uma vez que seria – no mínimo – estranho dizer que o nosso sistema admite o direito de superfície mais complexo (com duas fases: feitura do implante e fruição do implante), mas rejeita a concessão por cisão, de natureza mais simples (possui apenas uma fase).²⁶

Diante desses argumentos, é de se concluir que o ordenamento jurídico brasileiro não proíbe a constituição de superfície por cisão, o que autoriza os pactuantes a fazê-lo, dentro da sua esfera de autonomia privada. Esse modo de concessão superficiária, portanto, pode ser utilizado como relevante mecanismo para que se combata a ociosidade de terras em nosso país.

4.3 DIREITO DE SUPERFÍCIE COMO INSTRUMENTO DE FUNCIONALIZAÇÃO DA PROPRIEDADE

Conforme já salientado, o direito de superfície possui grande potencial funcionalizador da propriedade, especialmente no seu viés promocional²⁷. Vislumram-se

²⁶ MAZZEI, Rodrigo. Op. cit. p. 229, nota 10.

²⁷ Essa matriz positiva da função social da propriedade é defendida por Pietro Perlingieri, para quem: “*A função social predeterminada para a propriedade privada não diz respeito exclusivamente aos seus limites. (...) Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa (art. 2 Const.) o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento.*” PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito*

vantagens tanto para o proprietário, que não pode ou não pretende fazer uso do seu bem imóvel imediatamente, quanto para o superficiário, que recebe o direito de explorar a propriedade, o que lhe restaria vedado em razão dos altos investimentos que teria que fazer para adquiri-la.

O proprietário se beneficia em pelo menos duas frentes:

a) ao não correr o risco de sofrer as sanções impostas pelo ordenamento jurídico-constitucional ao solo não utilizado, subutilizado ou ao edificado, tais como o parcelamento, a utilização e a edificação compulsória, o Imposto Predial e Territorial progressivo no tempo e até a medida extrema da desapropriação²⁸; b) ao transferir para o superficiário, enquanto durar a superfície, o ônus de pagar os tributos que recaiam sobre o imóvel.

Já o superficiário se beneficia de maneira ainda mais clara, pois pode explorar imóvel alheio sem contrapartida obrigatória, retirando dele os frutos e demais benefícios, sem precisar adquirir a propriedade do mesmo (o que demandaria um aporte de capital muitas vezes inviável para a maioria das pessoas).

Diante da realidade socioeconômica do Brasil, em que se

Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 226.

²⁸ 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.

(...)

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

verifica um déficit habitacional muito grande, apesar do número significativo de propriedades inutilizadas e/ou improdutivas existentes, o direito de superfície poderia servir como elemento de transição para uma utilização mais justa, coletivizada da propriedade. Esta medida, inclusive, estaria albergada não só pelo primado da função social da propriedade, mas também pelos princípios da solidariedade social e da dignidade humana, todos preconizados pela Constituição Federal.

Com base nesses argumentos, demonstrados aqui de forma concisa em razão do objetivo do presente texto, entende-se que não há como negar o potencial da superfície como mecanismo funcionalizador da propriedade. Nesse sentido, transcrevem-se os ensinamentos de Paulo Nader:

Em um país como o nosso que, paralelamente à crise de moradias, apresenta grandes latifúndios inproveitados, o instituto da superfície, devidamente adaptado à realidade brasileira e consagrando os calores do justo, há de despertar a motivação de quem pretenda dedicar-se à cultura da terra ou promover edificações e atender, ao mesmo tempo, os proprietários que não têm condições de desenvolver projetos de utilização do solo.²⁹

Corroborando com esse entendimento Luciano de Camargo Pentead, aduzindo que:

Desta forma, acaba por ser, principalmente, um instrumento de natureza jurídica para facilitar a efetiva e atual utilização de terrenos para fins de atividade ou moradia, à vista de implementar as diretrizes fundamentais de função social da

²⁹ NADER, Paulo. Op. Cit. p.297.

propriedade³⁰

Por fim, ainda sobre o ponto, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald aduzem que:

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 despendar grande somas de capital, propiciando a concessão de função social à propriedade.³¹

O potencial caráter funcionalizador da propriedade do direito de superfície é cristalino. O instituto em tela possui, na sua gênese, um forte viés socializante do direito de propriedade. A despeito disso, porém, ainda não ganhou um número significativo de adeptos em nosso país.

5 CONCLUSÕES

A propriedade contemporânea não pode ser tutelada se não cumprir a sua função social, seja no aspecto limitativo, seja no âmbito promocional. O proprietário hodierno não pode se adstringir ao uso e exploração do seu bem, devendo, ao contrário, utilizá-lo de maneira sustentável e adequada ao interesse coletivo.

Conforme se pretendeu demonstrar nesse texto, o direito de superfície é, indubitavelmente, um instituto que pode propiciar o cumprimento da função social da propriedade, em razão do seu viés socializante.

A recente reintrodução da superfície em nosso sistema jurídico ainda não se refletiu em um grande número de concessões na prática. Além disso, o instituto possui especificidades, como a sua regulamentação por dois diplomas

³⁰ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: RT, 2008. p. 404.

³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 416.

legais distintos (CC/02 e Ecid), o que por si só gera controvérsias quanto à sua aplicação.

A despeito da regulamentação pouco técnica empreendida pelo legislador, especialmente no texto codificado, a doutrina tem se esforçado para ampliar o seu âmbito de incidência. Variações do direito de superfície, como a sobrelevação e a superfície por cisão, são exemplos desse movimento.

Em face de algumas das peculiaridades aqui demonstradas, contudo, a superfície ainda possui irrisória aplicação concreta, o que talvez se explique pela sua recente reintrodução no ordenamento jurídico pátrio e pelas questões polêmicas acerca da sua aplicabilidade.

Obviamente não se mudará a atual disposição social e econômica, calcada na falsa percepção de segurança jurídica que as pessoas têm ao manter o patrimônio imobiliário “parado”, estático, para outra realidade, dinâmica, funcional, em um curto espaço de tempo. A sua maior aplicação prática, portanto, talvez seja uma questão de tempo, ou mesmo de difusão da sua relevância e contribuição para o cumprimento da função social da propriedade

Cabe ao legislador regulamentar as questões ainda controversas, e aos juristas incentivar a utilização desse instituto, para que ele possa se tornar aquilo que se espera que ele seja: um importante mecanismo de democratização dos bens e dos espaços sociais.



6 REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito civil – Reais, 5. ed.

- Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas. Vol. V. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- JUSTO, A. SANTOS. Direitos Reais. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direitos Reais. Coimbra: Almedina, 2009.
- MAZZEI, Rodrigo. O direito de superfície e a sobrelevação. IN: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). Novo Código Civil: Questões Controvertidas. Direito das Coisas. Vol. 7. São Paulo: Método, 2008. p. 225-242.
- MOTA, Maurício. Questões de direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- _____. TORRES, Marcos Alcino (org.) Transformações do direito de propriedade privada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, Vol. 4: Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. São Paulo: RT, 2008
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 6 - Junho de 2005.