



COMENTÁRIOS À LEGISLAÇÃO:

DIREITO DE SUPERFÍCIE – BREVE COMPARATIVO ENTRE O CÓDIGO CIVIL E O ESTATUTO DA CIDADE¹⁰

Rodrigo Mazzei

Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)

Professor do Instituto Capixaba de Estudos (ICE)

Advogado

Vice-Presidente do Instituto dos Advogados do Estado do Espírito

Santo (IAEES)

Mestrando na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

SUMÁRIO: 1. Contornos gerais do direito de superfície no Código Civil de 2002. 2. Direito de superfície no Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/02) *versus* direito de superfície no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.275/01). 2.1 Diferenças e pontos comuns. 3. Referências bibliográficas.

1. Contornos gerais do direito de superfície no Código Civil de 2002

O direito de superfície atenua o princípio da acessão,¹¹⁻¹² cujas raízes encontram-se no direito romano (*superficies solo cedit*), criando ambiente particular e diverso do consolidado no art. 543 do Código Civil de 1916 e repetida no art. 1.253 do Código Civil de 2002, qual seja: *toda acessão construtiva ou vegetal pertence ao proprietário do imóvel*.

Lembramos que, pelo princípio da acessão, tudo aquilo que se acrescenta, de modo permanente, ao solo, passa a pertencer ao seu proprietário, não importando, *prima facie*, o valor do acessório.¹³ Assim, o direito de superfície não tem o condão de alterar indiscriminadamente esse conceito sedimentado, permanecendo a presunção de que as construções e

¹⁰ Estudo produzido em homenagem à professora Maria Magnólia Lima Guerra.

¹¹ Em termos, Costa (2003, p. 530).

¹² Seguimos o conceito de acessão de Lira (2003, p. 541): “[...] é a 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”.

¹³ Não se pode esquecer de exceção prevista no Código Civil de 2002, localizada no parágrafo único do art. 1.255, que permite ao possuidor de boa-fé a possibilidade de vir a adquirir o imóvel, de forma onerosa, caso o valor da acessão seja consideravelmente superior ao valor do imóvel.

Informações Variadas

plantações (acessórios) pertencem ao dono do solo. Contudo, tal presunção não é absoluta, competindo ao interessado elidi-la.

Com o direito de superfície, através de convenção, uma pessoa (superficiário ou concessionário) pode construir e/ou plantar¹⁴ sobre o terreno¹⁵ de outrem (proprietário),¹⁶ de tal forma que a edificação ou plantação acrescentada ao imóvel¹⁷ pertença a ela (superficiário) e o terreno continue no domínio original.¹⁸ Esse último traço merece destaque, pois, como gizado pela homenageada professora Maria Magnólia Lima Guerra (1981, p. 92): “Dentre os efeitos produzidos pelo direito de superfície, o mais importante deles é a atribuição ao superficiário do direito de ter e manter uma construção em terreno alheio”.

Como o Código Civil de 2002 não sinaliza com qualquer restrição, somos partidários da ideia de que o nosso direito de superfície inclui não apenas a acessão no seu sentido mais comum (obra ou plantação nova), mas cuida também de situação já existente, seja para manter a plantação ou construção, seja para agregar novo valor ao *implante*.¹⁹⁻²⁰

O direito de superfície é, portanto, em apertada síntese, um direito de fruição sobre coisa alheia, em que há exceção ao princípio de que o acessório acompanha o principal, já que a lei concede direito real em favor de quem constrói ou planta – mediante prévio acordo – em imóvel alheio.²¹

Essa divisão de direitos de ordem real, que para tanto exige que a avença seja efetuada por instrumento público com registro no Cartório de Registro de Imóveis (art. 1.369, *in fine*),²² é muito bem vislumbrada tanto no

art. 1.376 do Código Civil de 2002, que prevê que em caso de desapropriação a indenização caberá a cada um (proprietário/concedente e superficiário/concessionário), no valor correspondente ao seu direito, como também no art. 1.373, pois, em caso de alienação do imóvel ou direito de superfície, o direito de preferência será do superficiário (na primeira hipótese) e do proprietário (na segunda situação).²³

Quanto ao direito de preferência, faz-se mister assinalar que não consta no art. 1.373 da codificação o procedimento com o qual se exercerá aludido direito, levando-nos a crer que tal situação deverá estar devidamente dirimida em contrato. Na falta de pactuação a respeito, a doutrina diverge no regramento a ser aplicável:²⁴ *preempção da compra e venda* (arts. 513/520 do Código Civil/2002),²⁵ ou *preferência prevista na Lei do Inquilinato* (arts. 28 e 30 da Lei nº 8.245/91).²⁶ Inclina-mo-nos em adotar a última posição, considerando incompatibilidade do art. 520 com o art. 1.372, pois se o direito de superfície se transmite aos herdeiros, lógico é que o direito de preferência também se transmita aos mesmos, situação trancada pelo art. 520. Ademais, aplicando-se a Lei nº 8.245/91, o superficiário ou proprietário, que depositar o preço do imóvel ou implante (com todos os demais encargos de transferência), terá o direito de haver para a si a propriedade ou direito de superfície almejado, aplicando-se a regra do art. 33 da legislação extravagante em caminho ético e operativo, seguindo os princípios regentes da codificação.

No que tange à desapropriação, a redação singela do art. 1.376 nos leva a crer que devemos analisar apenas o valor dos implantes e o do solo, a fim de que obtenhamos proporcionalmente o *quantum* do direito real de cada um. Assim, o dispositivo assinala para um ponto neutro da concessão, ou seja, em determinado ponto temporal, as partes encontram-se em pé de igualdade. Entretanto, nada obsta que a desapropriação venha a ocorrer logo ao fim do contrato, quando o proprietário estiver prestes a incorporar ao seu patrimônio os implantes (art. 1.375). No inverso, imagine situação inicial da concessão em que o superficiário já tenha resgatado integralmente o *solarium*²⁷ ao proprietário, mas tinha apenas iniciado parcialmente o implante de uma obra. Nestas condições, a interpretação do art. 1.376 é mais complexa do que parece, devendo ser relevante também o fator temporal, assim como circunstâncias peculiares de cada contrato (p. ex.: pagamento de *solarium*, previsão de indenização para o superficiário ao fim da concessão) para se aferir o direito real de cada um.²⁸

14 Ousamos não concordar, *data máxima venia*, com a crítica do mestre Pereira (2003, p. 244) de que deveríamos ter seguido o sistema italiano, de modo a não incluir na codificação o direito de superfície vinculado às plantações, pelos inconvenientes que geram tal atividade, que acaba por facilitar os litígios. Nossa nação tem vocação para a cultura da terra e o direito de superfície rejeitado pelo ilustre jurista não só pode ser útil na busca da função social da propriedade, como também pode servir de instrumento para acumulação de divisas e riquezas para toda a sociedade.

15 Temos, portanto, em nosso direito, tanto a *superfície* vegetal (plantações), quanto a *superfície edificativa* (construções) (LIRA, 2003, p. 543) também utiliza a expressão *superfície edilícia*.

16 Ou *concedente* ou *fundeiro*.

17 A acessão decorrente do direito de superfície é rotulada, especialmente no direito luso, de *implante*.

18 Segundo Ascensão (2000, p. 525): “A superfície pode ser simplesmente definida como ‘direito real de ter a coisa incorporada em terreno alheio’. Isto basta para distinguir a superfície de qualquer outro direito real e para englobar todas as modalidades previstas”.

19 V. nesse sentido: Venosa (2003, p. 392) e, em termos, Pereira (2003, p. 244). Em sentido contrário: Oliveira (2002, p. 70).

20 A questão foi notada e o Projeto de Lei nº 6.960/02 do Deputado Ricardo Fiúza amplia o direito de superfície para permitir a edificação de *benfeitorias*, ou seja, agregar edificação já existente. Adota-se, portanto, em parte sistema próximo ao existente em Portugal e na Itália que permitem o direito de superfície para manter e agregar à construção. Ver mais adiante quanto tratamos do direito de sobrelevação.

21 Próximo: Diniz (2002, p. 410) e Rodrigues (2002, p. 275).

22 O simples instrumento público, sem o registro no RGI, terá apenas eficácia relativa, e não absoluta como direito real.

23 Sobre o tema em voga e com olhos voltados aos efeitos processuais do art. 1.376, desenvolvemos o seguinte estudo: Exemplo de litisconsorte simples-necessário: desapropriação e o direito de superfície (art. 1.376) (MAZZEI, 2006).

24 Diferentemente das formas expostas no corpo do trabalho, Francisco (2001, p. 181) defende que se deve “[...] seguir os ditames previstos nas hipóteses de compropriedade, inclusive o procedimento de alienação de coisa comum”.

25 V. nesse sentido: Venosa (2003, p. 396).

26 V. nesse sentido: Melo (2003, p. 230).

27 A verba recebida é normalmente chamada de *solarium* ou *cânon superficiário*. No presente texto utilizaremos a primeira expressão.

28 V. em termos: Melo (2003, p. 232).



Pelo art. 1.370 do Código Civil de 2002, vê-se que concessão poderá ser gratuita ou onerosa,²⁹ contudo, não se fixa quem será o beneficiário do pagamento (no caso de concessão onerosa), sendo intuitivo que será o superficiário a processar prestação em favor do proprietário, que está *concedendo* ao primeiro a possibilidade de erigir acessão na sua propriedade imóvel.³⁰

Note-se, ainda no âmbito do art. 1.370, que na hipótese de concessão onerosa, o pagamento poderá dar-se *de uma só vez ou parceladamente*, essa última forma não dispensará que no contrato seja indicado o *preço global* da concessão. Como é óbvio, só se *parcela* valor previamente constituído e representado por um *preço*, sob pena de caracterizar outra forma de pagamento diferente do *preço parcelado*, passível de desvirtuar a própria concessão. Ainda que o pagamento parcelado coincida com o tempo da concessão – é importante aferir que o direito de superfície no Código Civil tenha sempre duração determinada (art. 1.369) – não se autoriza a dispensa do valor global a ser suportado pelo concessionário em favor do concedente.

Quando falamos em *preço global* da concessão, não estamos descartando a possibilidade de *preço estimativo*, até porque, dentro da pretensão de usar o direito de superfície como vetor facilitador para atingir a função social da propriedade, não vemos óbice em que o preço (ou parte do mesmo) seja pago através da participação do proprietário nos frutos (naturais ou civis) que o superficiário colha a partir da implantação do direito de superfície.³¹

Ao estabelecer que a concessão somente poderá ser temporária, pode-se dizer que na vigência do pacto haverá uma suspensão dos efeitos da acessão,³² ou seja, enquanto durar a pactuação, a propriedade³³ do acessório (construção e/ou plantação) é do superficiário. Somente quando extinta a concessão, o proprietário do solo passará a ter domínio pleno sobre o todo (consumando-se então a acessão), independentemente de indenização, se de outro modo não houver estipulado as partes (art. 1.375).³⁴

29 Concordamos com Lira (2003, p. 543): “[...] na não previsão de pagamento presente na concessão, ela é gratuita”. Contra, entendendo se presumir onerosa, Francisco (2001, p. 179).

30 A gratuidade, pensamos, está relacionada aos pagamentos do superficiário em favor do proprietário, ou seja, o artigo 1.370 do Código Civil de 2002 com vínculo ao *solarium*. Nessas condições, não vemos óbice em situação em que o proprietário contribua com o superficiário nas despesas concernentes ao *implante* para, após o prazo determinado no pacto, absorver em seu patrimônio integralmente a propriedade plena da construção ou da plantação que será erigida graças ao trabalho do superficiário. À luz do art. 1.372 este contrato é gratuito, pois o foco está na concessão da superfície.

31 Pereira (2003, p. 244) admite o pagamento mediante participação nos frutos.

32 Na legislação brasileira, somente haverá caso de suspensão, nunca de interrupção (privativo do direito de superfície perpétuo). No tema Lira (2003, p. 542): “Pode ocorrer contudo a ‘suspensão’ dos efeitos da acessão, quando se terá a superfície temporária, ou a ‘interrupção’ dos efeitos da acessão, quando se consubstanciará caso de superfície perpétua”.

33 Leia-se: poderes inerentes à propriedade.

34 No sistema luso, ao revés, tem-se que há direito de indenização em benefício do superficiário. Nesse sentido, confira-se Ascensão (2000, p. 531), “Se a superfície se extingue pelo decurso do prazo haverá, salvo

Parece-nos relevante que fique definido entre as partes se o superficiário terá ou não direito à indenização pelas acessões e, em caso positivo, que também se estabeleça o valor respectivo, ou ao menos que se delimite a forma de apuração da verba a ser destinada em favor do concessionário, de modo a dissipar (ou diminuir) a possibilidade de pendenga futura sobre a questão.

O *caput* do art. 1.369 expõe que as concessões serão por *prazo determinado*, todavia não estipula qualquer limitação temporal ou qualquer tipo de restrição. Ainda que a não-imposição de limite tenha a intenção de permitir o ajuste de acordo com a ordem de investimentos e situações peculiares de cada caso, fato é que o legislador não municiou o sistema de elementos para evitar a feitura de concessão perpétua,³⁵⁻³⁶ conspirando contra dois dos princípios que norteiam a nova codificação: *operabilidade e eticidade*.³⁷⁻³⁸

Na falta de previsão, pensamos que o tempo contratual levará em conta o valor agregado no imóvel pelas acessões e as condições contratuais. De um lado, isso permite o discurso de mobilidade do instituto, de outro, pode desestimular seu uso, diante da possibilidade de litígios judiciais para alvejar a revisão dos prazos inicialmente fixados. Diante dessa situação, confessamos existir dúvida acerca de o legislador deixar a questão do prazo sem qualquer amarra, em descompasso com o uso do direito de superfície como instrumento de concretização da *função social da propriedade*,³⁹ e também dos contratos, diante da ligação umbilical das concessões a serem convencionadas com os ditames do art. 421 do Código Civil de 2002.

Apesar do lapso apontado, voltando ao enfoque do novo Código à função social da propriedade, vale analisar dois artigos em separado em que o legislador criou ambiente para o encadeamento dos imóveis na ciranda social, através do direito de superfície. Primeiramente, apesar de não constar,

estipulação em contrário, direito a uma indemnização. Esta é calculada segundo as regras do enriquecimento sem causa (art. 1538º). O fundeiro terá pois de indemnizar o superficiário daquilo que efectivamente receber”.

35 A concessão de direito de superfície perpétua é admitida em Portugal (art. 1524º), sendo alvo de severa crítica da doutrina daquela nação, pois tende a ser nociva à função social da propriedade. No sentido, colhe-se severa crítica de Ascensão (2000, p. 149; 529; 533).

36 Pecado diferente pode ser visto no art. 21 do Estatuto da Cidade que permite a concessão por prazo *indeterminado*. Adiante examinaremos a questão.

37 Ao contrário do que está previsto, por exemplo, na Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91), em que apesar de se permitir os contratos de locação por qualquer prazo (art. 3º), o legislador se preocupou em criar limites, que evitam, inclusive, a desconfiguração do instituto. Na legislação estrangeira sobre o direito de superfície, em alguns diplomas, constam limitações temporais da concessão do direito de superfície. Melo (2003, p. 221) cita ainda no sentido que em Cuba o prazo máximo é de 50 (cinquenta anos), enquanto no Peru e Bolívia o prazo máximo é de 30 (trinta) anos.

38 A situação pode propiciar situações confusas, na contra-mão do instituto. Qual diferença entre um contrato perpétuo e um contrato de 1000 (mil anos), renovável por igual prazo?

39 Sobre *função social da propriedade* e o Código Civil de 2002, produzimos o seguinte trabalho: A função social da propriedade: uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002 (NERY, 2006).

expressamente, no *caput* do art. 1.369, a leitura inteligente do art. 1.374, assim como a própria concepção de destinação social que nutre a inserção do direito de superfície no Código Civil de 2002, releva-nos que as concessões superficiárias terão *destinações vinculadas*, ainda que de conteúdo mínimo, que deverão constar no pacto.

Sem a destinação especificada – frise-se ainda que com uma margem elástica – não há razão de se acalmar o direito de superfície como instrumento facilitador da função social da propriedade. Presume-se que o proprietário permita o direito de construir e de plantar a outrem (art. 1.369) não apenas com intuito de receber o *solarium* (art. 1.370)⁴⁰ ou de se desonerar do pagamento de tributos e encargos sobre o imóvel (art. 1.371), mas também pela expectativa de passar a ter a propriedade plena sobre a acessão com a extinção da concessão (art. 1.375). Sem que se preveja uma destinação final, não só estará frustrada a possibilidade de resolução do art. 1.374, como também de benefício ao seu patrimônio individual que deixaria de agregar a construção ou plantação que autorizou, justamente por ser de seu interesse.⁴¹

De outro lado, a vedação expressa do parágrafo único do art. 1.372 elimina a exigência de pagamento na transferência do direito superficiário. Tal dispositivo deixa claro que o direito real de superfície não possui caráter personalíssimo, admitindo não só a transferência por *causa mortis*, como também a terceiros, de forma onerosa ou mesmo gratuita⁴², como também elimina a cobrança tida como ilegítima (já que sem causa)⁴³ de verba de transferência.⁴⁴ O que importa para o legislador é inserir (ou manter) a propriedade dentro de contexto de *bônus* social, não se justificando, pois, a permissão de exigência pecuniária individual sem causa, por parte do proprietário, como obstáculo à função social da propriedade. Em suma: o que se destaca não é o ganho do proprietário como indivíduo, mas a manutenção de quadro *meta-individual* que não limite a função social da propriedade.⁴⁵

A extinção do direito de superfície, que deverá ser averbada no Registro Geral de Imóveis, importa no *reminiscendo* da *superfície* (com o seu *implante*) na propriedade,⁴⁶⁻⁴⁷ isto é, o proprietário do solo adquirirá a

propriedade do acessório.

2. Direito de superfície no Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/02) versus direito de superfície no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.275/01)

Embora por muito tempo fora de nosso ordenamento, não estamos diante de instituto ultrapassado, tanto assim que o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.275/01, disciplina paralelamente o direito de superfície, em seus arts. 21 a 24. Confrontando o delineamento do instituto no Estatuto da Cidade e as disposições pertinentes no Código Civil de 2002, em que pese sejam equivalentes, na essência, emergem algumas diferenças entre as respectivas disciplinas.

2.1 Diferenças e pontos comuns

Como diferença básica, cumpre apontar que o Estatuto da Cidade acolheu o direito de superfície somente na modalidade urbana, com aplicação restrita ao solo urbano planificado. O direito de superfície no novo Código Civil, ao contrário, possui aplicação urbana e rural, podendo ser utilizado no solo planificado ou naquele onde não exista uma prévia planificação.

Atentando-se aos limites objetivos do instituto, verifica-se que o Estatuto facultou ao superficiário – de forma expressa – a utilização não só do solo, mas também do subsolo e do espaço aéreo, relativos ao imóvel objeto da concessão do direito de superfície (art. 21, § 1º, da Lei nº 10.275/01). A redação do Código Civil de 2002 abrange apenas o direito de construir e plantar, silenciando a respeito do espaço aéreo e vedando expressamente quanto ao subsolo, salvo se sua utilização for inerente ao objeto da concessão (art. 1.369, parágrafo único).⁴⁸

A redação sem primor do parágrafo único do art. 1.369 cria suposto conflito, na medida em que aparenta proibir a concessão da superfície sobre o subsolo. Na realidade, não é essa a melhor interpretação. Abstraindo a confecção truncada do artigo, segue raciocínio de que o dispositivo proíbe as obras no subsolo apenas e tão-somente se as mesmas não possuírem vínculo com o objeto da concessão.⁴⁹ Quanto à questão do espaço aéreo, esta pode ser dividida em duas situações distintas, a fim de examinarmos o que interessa para efeito do direito de superfície.

A primeira é a concessão do *direito ao espaço aéreo* para outrem (titular de outro imóvel diverso da superfície), de modo a criar limitação para efeito de implantes sobre a superfície do imóvel que possui área vertical que pode ser edificada, favorecendo ambiente para aquele que obteve o

imobiliário, até então será um direito real pleno e eficaz [...]”.

48 Parece certo para nós que, tal como ocorre em relação ao subsolo, a concessão do direito de superfície abrange o espaço aéreo, desde que seja inerente ao objeto da superfície e com vínculo na destinação.

49 Com a mesma leitura, Lira (2003, p. 552).

40 Lembre-se que a concessão pode ser gratuita.

41 Daí porque acreditamos ser correta a observação de Guerra (1981, p. 93) no sentido de que pode ser resolvida concessão superficiária se o superficiário não edificar ou não plantar no prazo previamente convencionado.

42 Vide *caput* do art. 1.372.

43 Sobre a falta de lastro na cobrança, como revés da função social, a restrição já existia no Projeto de Gomes (1985, p. 68), com a seguinte justificativa no Anteprojeto “Para evitar que o proprietário do solo seja levado a conceder o direito de superfície no pensamento de obter vantagens do trabalho alheio se ocorrerem certos fatos, o Anteprojeto proíbe que cobre qualquer taxa em razão de alienação da construção, ou plantação”.

44 Situação ocorrente na Enfiteuse com o pagamento do *laudêmio*.

45 V. em sentido próximo: Melo (2003, p. 228-229).

46 V. nesse sentido: Pereira (2003, p. 246).

47 Ainda que não ocorra a exigência no Código Civil, pois, na esteira da doutrina Francisco (2001, p. 181): “[...] somente deixa de existir o direito de superfície no exato instante em que há a averbação no registro



direito à superfície aérea. Tal situação é comum quando o proprietário, apesar de possuir a possibilidade de construir com determinado gabarito, acaba limitando sua edificação para não prejudicar imóvel de outrem (p. ex.: para aquele não perder vista para o mar), recebendo contraprestação por não utilizar toda extensão do que tinha direito.⁵⁰ Essa situação estaria fora do direito de superfície, já que a essência da figura jurídica estudada é o *direito real de ter coisa própria incorporada em imóvel alheio* e não a *inibição da feitura de implante*.

Em outra vertente, com encaixe que se amoldará ao direito de superfície, o direito ao espaço aéreo poderá se caracterizar como *direito de sobrelevação* que, em curtas palavras, seria o direito de construir em edificação alheia. Diferente da primeira situação, o superficiário concede a outrem o direito de edificar sobre a construção que implantou na superfície, utilizando o terceiro o gabarito a que tem direito, mas que foi subaproveitado.⁵¹⁻⁵²

A *sobrelevação* não se confunde em hipótese alguma com o condomínio vertical, pois no último a propriedade é repartida em frações ideais, enquanto no direito de superfície o imóvel continua integralmente no patrimônio do proprietário, e os implantes, respectivamente, no domínio do superficiário primário e do superficiário derivado. Vale dizer, o proprietário poderá impedir a *sobrelevação* no contrato, tal como procedem os locadores quanto à sublocação parcial ou total, e na inexistência de restrição nesse sentido na concessão, estando a edificação secundária dentro das exigências legais para construção, com respeito ao coeficiente de edificação e à vinculação do contrato, possível seria a *sobrelevação*.

50 Imagine um *shopping* que necessita da superfície para o *mall* e do subsolo para seu estacionamento. No entanto, a edificação do implante sobre a superfície, ainda que o projeto esteja dentro do gabarito e da legislação urbanística, irá afetar a vista para o mar de prédio vizinho, justificando que este terceiro tenha interesse na limitação convencional das dimensões (especialmente altura) do empreendimento (espaço aéreo). Em decorrência da não-utilização de gabarito permitido (que poderia ter sido explorado pelo superficiário do solo na edificação do shopping), poderá ser convencionalizada uma contraprestação pelo beneficiário com a manutenção da vista. A situação, contudo, foge do direito de superfície, já que na essência do instituto está a feitura de *implante em terreno alheio*, e a pactuação é justamente inversa ao sentido da figura. O exemplo está muito mais para uma *indenização* pelo fato do superficiário não ter utilizado toda a extensão da superfície, do que para a hipótese de sobrelevação. Há possibilidade, ao menos em tese, de que tal convenção seja retratada por outro direito real, qual seja: *servidão*.

51 Enfrentando a problemática, Ascensão (2000) – com olhos no Código Civil Português (art. 1526º) – afirma que há um misto de aplicação de regras de superfície com as concernentes à propriedade horizontal, que deve ser utilizada com parcimônia para evitar abusos. Confirma-se a doutrina: “Prevê-se o direito de construir sobre edifício alheio, que representa certo hibridismo entre a superfície e a propriedade horizontal. A constituição deste direito está sujeita às regras da superfície e às limitações da propriedade horizontal: e uma vez acrescentado o edifício, a situação cai inteiramente no domínio da propriedade horizontal. A prática está a dar bom acolhimento a esta previsão legal, mas com frequência utilizando qualificações erradas. Por exemplo, o construtor que espera obter futura autorização camarária para levantar mais andares vende o prédio <<com reserva do espaço aéreo>>”. (ASCENSÃO, 2000, p. 526).

52 Lira (2003, p. 543) afirma que o direito de sobrelevação é “[...] um direito de superfície em segundo grau, quando o superficiário concede a terceiro o direito de construir sobre sua propriedade superficiária”.

O registro da concessão no Registro Geral de Imóveis é, portanto, instrumento de segurança para o proprietário, pois com a publicidade, pouco valor terá o eventual direito pessoal do superficiário derivado em confronto com o direito real do concedente.⁵³

Assim, pela previsão (art. 21, § 1º) no Estatuto da Cidade não haveria óbices para, em tese, a coexistência de até três superficiários, concedendo-se a cada um deles o direito sobre uma fração distinta do imóvel: o solo, o subsolo e o espaço aéreo.⁵⁴ A situação, em nosso sentir, não está vedada pelo Código Civil de 2002, já que não há regra expressa impedindo a *sobrelevação*,⁵⁵ muito menos regra que crie uma diferenciação inconciliável com o Estatuto da Cidade.⁵⁶ No entanto, sem dúvida, muito melhor andaria o legislador se tivesse disposto sobre a questão, evitando embates de interpretação.⁵⁷

No que tange ao limite temporal, outra diferença significativa entre o Estatuto da Cidade e o Código Civil de 2002 relativamente ao direito de superfície. É que pelo primeiro a concessão poderia ser feita por tempo determinado ou indeterminado (art. 21 da Lei nº 10.275/01), enquanto que o segundo prevê expressamente (art. 1.369, *caput*, do Código Civil de 2002) que essa deve ser por tempo determinado.⁵⁸ Ainda que ocorra diferença entre o Código Civil e o Estatuto da Cidade, nota-se que o legislador não permitiu nos dois ambientes legais a constituição de direito de superfície *perpétuo*. A leitura de qualquer dos diplomas informará que o direito de superfície em nosso ordenamento será sempre *temporário*.⁵⁹

O Código Civil de 2002 não estipulou um prazo máximo para a duração do direito de superfície e tampouco um prazo padrão na ausência de estipulação no contrato, em evidente contramão ao princípio da operabilidade. Igual situação é observada no Estatuto da Cidade que também não

53 A sobrelevação, com outros ajustes necessários, poderia ser muito útil para regulamentar o chamado direito de laje que vai se consolidando à margem de um direito positivado. V. nesse sentido: Lira (2003, p. 544).

54 V. nesse sentido: Barbosa (2002, p. 139).

55 V. nesse sentido: Melo (2003, p. 226).

56 Como muito bem leciona Venosa (2003, p. 392): “Desempenha função social não só quem constrói e planta, mas também quem mantém plantações e 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 de direito de sobrelevação, que não contraria nossa legislação. Nesse sentido se coloca também o Estatuto da Cidade, que citaremos a seguir. Essa lei dispõe que o direito concedido é para o superficiário utilizar o solo, o sub-solo e espaço aéreo”.

57 Para resolver a questão, o Projeto de Lei nº 6.690/02, do Deputado Ricardo Fiúza, elimina a aparente diferença dos diplomas, sugerindo a seguinte redação ao Código Civil: “O direito de superfície abrange o direito de utilizar o imóvel pronto ou em fase de construção, o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao mesmo, na forma estabelecida em contrato, atendida a legislação urbanística”.

58 Consoante observou Ascensão (1978, p. 170), então se referindo ao Projeto do Código Civil brasileiro, o mesmo evitava um dos principais defeitos por ele apontados à lei portuguesa, que é a admissão da superfície perpétua.

59 V. nesse sentido: Melo (2003, p. 225) e Venosa (2003, p. 392).

dispõe elementos a respeito de duração da concessão por prazo determinado. Ocorre que, no Estatuto da Cidade, há a autorização de feitura de concessão por prazo indeterminado, o que, não só caminha na contramão da operabilidade, mas, involuntariamente, permite burla ao princípio da eticidade. Na ausência de prévio ajuste contratual quanto ao prazo, a resolução poderá se efetuar de forma unilateral, com o risco de ser altamente nociva a uma das partes e à própria função social da propriedade (e do contrato). Sem termo final, não havendo inadimplemento contratual, o destino para a resolução do contrato estaria no uso da válvula do art. 473 do Código Civil de 2002⁶⁰ a fim de que a regra protetiva do parágrafo único pudesse ser aplicada, evitando que algum dos contratantes (normalmente o superficiário) fosse prejudicado com a resolução antes de transcorrido prazo compatível com os investimentos efetuados.⁶¹

Diferente não poderia ser, pois permitir resolução por denúncia vazia (sem inadimplemento da outra parte) conspiraria contra a cláusula geral de *função social dos contratos* que, na espécie, tem relação também com a *função social da propriedade*, podendo colocar em jogo os conceitos éticos e de equilíbrio insertos em toda codificação, especialmente na parte contratual e no direito de propriedade. Portanto, sem distinção quanto à fonte legal, o intérprete, ao analisar o tempo contratual, precisa considerar o valor agregado no imóvel pelas implantações, as condições contratuais, os investimentos efetuados pelas partes, assim como a boa-fé (art. 422 do Código Civil/2002⁶²) aplicando-se regras de equilíbrio e eticidade.

Um outro ponto de divergência redacional destaca-se entre os diplomas: pelo Estatuto da Cidade, ao superficiário incumbe o pagamento dos encargos e tributos incidentes sobre a obra superficiária e sobre a área objeto da concessão de modo proporcional à sua efetiva ocupação, se não for ajustado de forma contrária (art. 21, § 3º, da Lei 10.275/01). O Código Civil de 2002, a seu turno, atribui ao superficiário o ônus de arcar com o pagamento dos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel em sua integralidade (art. 1.371 do Código Civil de 2002).

No particular, parece-nos que o legislador disse menos do que deveria na codificação, dentro do conceito de ética que norteia o próprio Código Civil de 2002, porquanto não há sentido em presumir que o superficiário deverá arcar

com os encargos e impostos do imóvel na totalidade, senão no limite da própria concessão (CARVALHO NETO, FUGIE, 2003, p. 149). Aliás, leitura atenta demonstra também um vacilo do legislador responsável pela Lei nº 10.275/01, pois é possível que o objeto da concessão seja maior do que a efetiva ocupação pelo superficiário, podendo se sustentar, equivocadamente ao nosso sentir, que o vetor de cobrança é a ocupação efetuada e não os limites da superfície concedida.

Desse modo, nada se pactuando em contrário, a obrigação natural de pagamento pelo superficiário dos encargos e tributos está fundada no exame do espaço que foi destinado ao concessionário na superfície (no sentido *lato*) para o uso e gozo do imóvel. Quanto à transmissibilidade, o Código Civil de 2002 veda expressamente ao concedente do direito de superfície estipular, a qualquer título, pagamento pela transferência do direito (art. 1.372, parágrafo único, do Código Civil de 2002), o que não é vedado pelo Estatuto da Cidade.

Outrossim, verificam-se diferenças quanto ao tratamento da extinção do direito de superfície. O Estatuto da Cidade preconiza que se extingue o direito de superfície pelo (1) advento do termo (art. 23, I), (2) pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário (art. 23, II) e (3) pelo desvio da destinação (art. 24, § 1º). Já o Código Civil de 2002 (art. 1.374) estabelece apenas que, antes do termo final, resolver-se-á a concessão se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para que foi concedida, conforme previsão idêntica no Estatuto da Cidade.

O fato de o Código Civil de 2002 ter previsto apenas a mencionada forma de extinção da superfície não significa, em absoluto, que as outras hipóteses previstas no Estatuto da Cidade foram afastadas. Isso porque tais situações apresentam entre si uma inequívoca harmonia, o que leva à hialina conclusão de que elas compatibilizam-se e completam-se, portanto devem ser aplicadas ao direito de superfície relativo a imóveis urbanos e rurais. A bem da verdade, tais hipóteses não devem ser tidas como exaustivas, já que por se tratar de um direito real, as demais causas extintivas dos direitos reais em geral são admitidas, como *verbi gratia*, a confusão, a renúncia, o abandono e a expropriação pelo poder público.⁶³⁻⁶⁴

60 “Art. 473. A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo Único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.”

61 Não se trata, portanto, de hipótese vinculada ao art. 397 do Código Civil/2002, pois esse dispositivo está vinculado à mora, e a resolução do contrato de superfície pode ocorrer por *denúncia vazia*, ou seja, sem qualquer motivação de inadimplemento. V. nesse sentido: Venosa (2003, p. 392). Contra, entendendo pela aplicação do dispositivo que descartamos (art. 397): Melo (2003, p. 225).

62 “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

63 As causas de extinção do direito de superfície indicadas em ambos diplomas são *enunciativas*, pois outras hipóteses podem dar cabo ao direito de superfície, tais como a transação e a renúncia no caso de contrato não oneroso. Pereira (2003, p. 245-246) vislumbra também a possibilidade de resolução em outras hipóteses, citando entre vários exemplos, que o não pagamento dos encargos e tributos, constituindo o superficiário em mora, é causa de resolução do direito de superfície. Também com outros exemplos não previstos no corpo da lei, confira-se Diniz (2002, p. 411). Diante da possível confusão que pode ser causada, o Projeto de lei 6.960/02 propõe nova redação ao art. 1374: “Antes do termo final, resolver-se-á a concessão se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para que foi concedida, bem como se descumprir qualquer outra obrigação assumida no contrato”.

64 A mesma inteligência pode ser extraída da obra de Guerra (1981, p. 93), já que a homenagem, como já ressaltado, admitia a resolução da concessão superficiária se o superficiário não edificar ou plantar no prazo previamente convencionado.



Por fim, prevê o Estatuto da Cidade (§ 2º, art. 24) que a extinção do direito de superfície deverá ser averbada no Cartório de Registro de Imóveis, previsão inexistente no Código Civil de 2002, entretanto, em razão da natureza real do direito de superfície, a referida providência também deverá ser ultimada,⁶⁵ de modo que a situação, no nosso prisma, não se caracteriza como tratamentos distintos.

3. Referências bibliográficas

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direitos reais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

_____. O direito de superfície agrícola. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, n. 4, abr./jun. 1978.

BARBOSA, Diana Coelho. *Direito de superfície: à luz do Estatuto da Cidade*. Curitiba: Juruá, 2002.

CARVALHO NETO, Inácio de; FUGIE, Érika Harumi. *Novo Código Civil comparado e comentado: posse e direitos reais*. Curitiba: Juruá, 2003.

COSTA, Dilvanir José da. *Sistema de direito civil à luz do novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

GOMES, Orlando. *Código Civil: Projeto Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GUERRA, Maria Magnólia Lima. *Aspectos jurídicos do uso do solo urbano*. Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1981.

LIRA, Ricardo Pereira. O direito de superfície e o novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Pontes de Cerqueira; ROSA, Roberto (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: RT, 2003.

MAZZEI, Rodrigo. A função social da propriedade: uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. (Coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: RT, 2006.

_____. Exemplo de litisconsorte simples-necessário: desapropriação e o direito de superfície (art. 1.376). In: MAZZEI, Rodrigo. (Coord.). *Questões processuais do Código Civil*. São Paulo: Manole, 2006.

_____. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM Thereza (Coords.). *Comentários ao Código Civil brasileiro: parte geral* (arts. 1º a 103). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MAZZEI, Rodrigo. (Coord.). *Questões processuais do Código Civil*. São Paulo: Manole, 2006.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil anotado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

NERY, Rosa Maria de Andrade. (Coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: RT, 2006.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

65 V. nesse sentido: Diniz (2002, p. 412).