

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

CLÁUDIA FRANCO CORRÊA

ROBERTO SENISE LISBOA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; Cláudia Franco Corrêa; Roberto Senise Lisboa – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-068-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

Os trabalhos apresentados demonstram a sensibilidade necessária a compreensão do direito civil contemporâneo. Um direito que transborda sensibilidade e realidade. Nesta perspectiva, temos robusta tendência investigativa na seara dos direitos reais através da perspectiva asseguratória da função social, bem como pela égide da dignidade da pessoa humana. Ressalta-se, portanto, os trabalhos com os temas sobre a usucapião de bens públicos, desjudicialização no cotejo da usucapião extrajudicial, os sentidos do direito de propriedade contemporâneo à luz da teoria Crítica do direito privado, as nuances judiciais do Direito de superfície e suas complexidades além do inovador Direito de laje com suas indagações e reflexões. Também foi possível perceber interlocuções substanciais na esfera dos direitos da personalidade em tempos de "Idade Mídia", incluindo o essencial debate na área da herança digital e as questões proeminentes no dever informação na relação médico e paciente. Para além de uma análise econômica, privilegiou-se a relevante discussão sobre instituto das diretivas antecipadas de vontade no intuito de garantir a vida e a morte digna, com a mesma índole constitucional na possibilidade de retificação do nome social e do sexo de transgêneros em sede cartorial extrajudicial. Dentro de tal contexto de cientificidade os contratos de plano de saúde e o enredo principiológico dos direitos contratuais também foram contemplados com interpretação dialogal necessária aos objetivos propostos.

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - FUMEC / UFMG

Profa. Dra. Cláudia Franco Corrêa - UVA

Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa - PUC

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Civil Contemporâneo II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**DESAFIOS E PERSPECTIVAS DO DIREITO DE SUPERFÍCIE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO E NA VISÃO DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS**

**CHALLENGES AND PERSPECTIVES OF THE RIGHT OF SURFACE IN THE
LEGAL ORDERING AND IN THE VIEW OF THE HOMELAND COURTS**

**Maisa de Souza Lopes
Janaina Paiva Sales**

Resumo

O presente artigo tem por escopo a análise do instituto do direito real de superfície à luz da exigência constitucional da função social desempenhada pela propriedade privada na sociedade atual. Serão abordados os seguintes tópicos: a) origens históricas; b) conceito; c) o aparente conflito de normas que existe entre o Estatuto das Cidades e o Código Civil; d) características gerais do instituto, tais como: i) instituição; ii) transmissibilidade; iii) extinção. E, ainda, conjugá-lo com as polêmicas que rondam o instituto. Pretende-se entender o porquê da subutilização do direito de superfície e exaltá-lo. A metodologia utilizada foi a bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Direito civil, Direito real de superfície, Função social, Direito real, Propriedade

Abstract/Resumen/Résumé

This article is scope the analysis of the Institute Law real surface on line the constitutional requirement of social function about private property in Brazilian actual society. Will be analyzed, mainly: a) historical origins; b) concept; c) the apparent conflict of norms that exist between the City Statute and the Civil Code; d) general characteristics of the institute, such as: i) institution; ii) transmissibility; iii) extinction. And yet, it combines it with the controversies that surround the institute. In the end, conclude for the underutilization of the institute and to exalt it. The methodology used was bibliographic and documentary.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil law, Right real surface, Social function, Right real, Property

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa compreender quais os desafios e as perspectivas atuais do direito de superfície sob dois ângulos, seja quanto ao disposto no ordenamento, quanto o que se encontra em julgados dos tribunais pátrios, dando ênfase, assim, também ao aspecto prático do instituto, o que vai de encontro com o público que se quer atingir.

O direito de superfície se originou em Roma, mas ficou esquecido por muito tempo, só tendo ressurgido no direito moderno através do Código Civil alemão de 1.896. No Brasil, até a promulgação do Código Civil de 1916, o instituto em pauta exista, por consequência da aplicação da legislação portuguesa, mas o mencionado *códex* não o abordou, tendo sido instituído somente no Código Civil de 2002.

O mencionado direito real parece ser relegado ao esquecimento no direito pátrio, o que se pretende desmistificar no trabalho em apreço. Pelo contrário, o direito de superfície se adequa as exigências sociais, prestigia a política de racionalização do uso do solo urbano e também rural, merecendo toda pompa e circunstância.

Em linhas gerais, tratar-se-á das disposições do Estatuto da Cidade e do Código Civil de 2.002, e se versará sobre o conceito, as características do instituto, sua forma de instituição, transmissibilidade e extinção. Entremeadado a essas noções, apresentar-se-á as polêmicas que rondam o direito de superfície, conjugando-o com o direito contratual, de sucessões, tributário e processual, debatendo seus principais pontos práticos.

Desse modo, tem-se como desiderato fomentar o debate jurídico sobre o direito de superfície, uma vez observado que o tema não é tão explorado pela doutrina, a despeito de sua utilização ser relevante no meio social, traduzindo, inclusive, o alcance da desejada função social da propriedade, mote que também será discutido.

A metodologia que será usada na pesquisa é a hipotético-dedutiva, pois planeja-se a partir do estudo do direito de superfície no ordenamento e na jurisprudência pátrios, compreender em que medida se pode aplica-lo na realidade social. Ainda, a pesquisa será essencialmente bibliográfica e documental.

1. ESCORÇO HISTÓRICO DO INSTITUTO

O direito de superfície se originou em Roma numa época em que a sociedade romana não discernia as coisas corpóreas dos direitos a ela inerentes, apenas voltando a sua atenção ao que poderia ser materialmente tocado e sentido. (TEIXEIRA, 1993, p. 11/12). Vigorava de forma absoluta a regra “o acessório segue o principal”. Tudo que integrava o solo, ao seu dono pertencia.

Apenas com o passar dos tempos e com a evolução dos estudos, é que foi admitida/entendida a existência das coisas incorpóreas. Com isso, a incondicional regra explicitada brevemente no parágrafo anterior foi sendo abrandada. Tomando novos contornos, surgiu assim institutos como o usufruto e a servidão. Mas ainda continuava a pertencer a quem podia dispor da propriedade (TEIXEIRA, 1993, p. 16/17).

Não era possível cogitar a existência de propriedade de construção ou de plantação separada da propriedade do solo, ainda que a separação não fosse tomada em termos definitivos, mas por força de direito temporário e resolúvel concedido pelo senhor do solo em favor de terceiro (TEIXEIRA, 1993, p. 17).

Com a expansão do império romano, com o desenvolvimento das realidades socioeconômicas que se apresentavam: dificuldade na aquisição das terras; a necessidade de ocupar e cultivar as terras conquistadas; nasceu a possibilidade do uso do solo de propriedade alheia, dando início ao ora direito de superfície.

Existia em Roma, nessa ocasião, um instituto que, sob a forma de arrendamento perpétuo ou de longo prazo, permitia a ocupação e o cultivo, por particulares, de terras a princípio somente as do Estado e, a seguir, as dos municípios e das associações religiosas, mediante o pagamento de um cânon anual (TEIXEIRA, 1993, p. 17).

O direito de superfície surgiu, desse modo, da necessidade prática de se permitir a edificação sobre bens públicos, permanecendo o solo em poder do Estado. No direito romano, o Estado arrematava suas terras a particulares, que se obrigavam ao pagamento dos *vectigali*, com o objetivo precípuo de manter a posse das largas terras conquistadas. (GONÇALVES, 2008, v.5, p. 412).

Em decorrência dos abusos dos proprietários, dos altos preços cobrados, pela existência de subenfitetas e subsuperficiários, tais institutos, apesar das vantagens e soluções apresentadas, tornaram-se odiados e responsáveis pela escravização do homem em relação à terra. Razão pela qual deixou de fazer parte da codificação civil francesa de 1.803, sendo acompanhada pela maioria dos países.

O direito de superfície ressurgiu no direito moderno através do Código Civil alemão de 1.896, que foi alterado pela ordenança de 15.1. 1.919 “tanto para remediar a escassez de vivendas para as classes trabalhadoras quanto para a reconstrução do que a primeira grande guerra mundial (1.914-1.918) destruíra.” (TEIXEIRA, 1993, p. 28/29).

Em Portugal, no entanto, já vigia na legislação civil o direito de superfície. Ao promulgar a nova codificação em 1.966, incluíram dispositivos mais abrangentes e melhor regulamentados, onde se nota sua relevância e utilidade.

Por ser colônia de Portugal, o Brasil seguia a mesma legislação lusitana, que adotava o direito de superfície em seu ordenamento jurídico. Mesmo ao tornar-se independente, o Brasil manteve em vigor a legislação do Império que se libertara. (BRANDELLI, 2009. p.36).

Até a promulgação do Código Civil de 1916, o Direito de Superfície existia na legislação pátria. Após a entrada em vigor da referida codificação, o instituto foi considerado uma modalidade de arrendamento, deixando de ter importância legal.

Inicialmente quando do esboço do Código Civil vigente, o jurista responsável pela elaboração do Direito das Coisas - Ebert Vianna Chamoun – não previu o direito de superfície, tendo sido acrescentado posteriormente. E como se constata, faz parte do *códex* nos artigos 1.369 a 1.377 (PEGHINI, 2009, p. 35).

Roberto Cesar Pereira Lira salienta que não se está ressuscitando uma instituição supérflua, porque o direito à superfície ajusta-se às exigências sociais, principalmente na política de racionalização do uso do solo urbano e de manutenção do homem na zona rural (DINIZ, 2010, p. 242).

Fácil é a constatação de que não se está diante de um novo arquétipo jurídico, mas sim, de uma modalidade antiga que se mostra por demais flexível e que por tal

característica se adéqua às exigências sociais, constitucionais, econômicas e legais do mundo contemporâneo como, aliás, já o fez, de forma bastante eficiente, em idos tempos.

Por essa razão, pretende-se abordar essa temática conjugando-a com questões polêmicas atuais, observadas em julgados pátrios mais recentes.

2. AS DISPOSIÇÕES A RESPEITO DO DIREITO DE SUPERÍCIE NO ESTATUTO DA CIDADE E NO CÓDIGO CIVIL DE 2.002

O anteprojeto do Código Civil de 2.002 já previa dentre nós a releitura do instituto vertente. No entanto, antecipando-se à codificação civil, o Estatuto da Cidade (Lei nº 1.257/2001) dispôs sobre o direito de superfície em seus artigos 21 a 24.

Com a entrada em vigor do Código Civil em 2.003, surgiu para alguns um conflito de normas, vez que se estava diante de duas legislações abordando o mesmo assunto, impossibilitando a sua solução pelos critérios já conhecidos.

Contudo, estudando de forma mais sistematizada percebeu-se não se tratar de um caso de antinomia real de normas, mas sim de aplicação supletiva dos regramentos dispostos. Aliás, é o que assevera o artigo 1.377 do Código Civil de 2.002.

Há dois regimes jurídicos distintos e complementares, portanto: a) superfícies constituídas por pessoa jurídica de direito público interno, reguladas pelos artigos 21 a 24 do Estatuto da Cidade e de, modo supletivo, no preenchimento de lacunas, pelo CC/02; b) superfícies constituídas por pessoa naturais ou jurídicas de direito privado, reguladas pelo CC/02 e de, modo supletivo, no preenchimento de lacunas, pelo Estatuto da Cidade (PELUSO, 2012, p. 1.439).

Ambos são direitos reais, apenas aplicáveis a situações diversas, com regras diferentes, em razão do princípio da especialidade do artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. (PELUSO, 2012, p. 1.439).

No mesmo sentido, o entendimento resultante da I Jornada de Direito Civil, promovido pelo Centro de Estudos da Justiça Federal, que culminou no enunciado nº 93:

Enunciado nº 93 da I Jornada de Direito Civil - As normas previstas no Código Civil sobre direito de superfície não revogam as relativas a direito de superfície

constantes do Estatuto da Cidade (Lei n.10.257/2001) por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano.

Feitas essas considerações iniciais, propõe-se analisar mais detidamente questões conceituais do direito de superfície.

3. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS GERAIS DO INSTITUTO

Segundo PELUSO (2012, p. 1.431), o direito de superfície é o direito real de ter a construção ou plantação em solo alheio. Há um seccionamento, desdobramento da propriedade da construção ou plantação temporária da propriedade do solo.

Ou, ainda, é a superfície o direito real pelo qual o proprietário concede por tempo determinado ou indeterminado, gratuita ou onerosamente, a outrem o direito de construir ou plantar em seu terreno urbano ou rural, mediante escritura pública, devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis (CC art 1.369 e 1.370; Lei 6.015/73, art. 167, I, n.39) (DINIZ, 2010, p. 240).

A verdade é que, sem o caráter real que lhe foi atribuído, o direito de superfície não seria mais do que um arrendamento. (GONÇALVES, 2008, v. 5, p.414).

Para MONTEIRO (2011, v.3, p. 352), trata-se de uma limitação espontânea ao direito de propriedade por intermédio de concessão de escritura pública registrada no Cartório de Registro de Imóveis, na qual o titular do direito real mais amplo concede à outra parte contratante, doravante denominada de superficiário, o direito (real) de construir *ou* plantar em seu terreno.

Avançando nessas noções conceituais, destacam-se, resumidamente, suas características principais, até mesmo a fim de verificar a funcionalidade desse direito.

a) Quanto aos sujeitos, podem ser resumidos como sendo o dono do solo, vulgo concedente, e o titular do direito real de superfície, chamado de superficiário.

b) O objeto é uma coisa imóvel, rural ou urbana. O superficiário recebe uma concessão para construir ou plantar e se torna proprietário temporário – para o CC/02 – daquilo que ele próprio construiu ou plantou.

O Código Civil não regulamentou a hipótese de superfície parcial, quando seria possível remanescer uma área para utilização do proprietário pleno. CORRÊA e COUTO (2016, s/p) trataram, em artigo publicado em revista nacional, da superfície parcial para instalação de antenas de telefonia, e assim argumentaram sobre sua possibilidade:

A importância do debate está na realidade que se enfrenta nos casos de superfícies de pequenas áreas dentro de outras maiores, pequenas ao ponto de impossibilitar um desmembramento, em razão da fração mínima de parcelamento das glebas urbanas ou rurais. Em outras palavras, ao se adotar entendimento que apenas se institui superfície sobre a totalidade do imóvel, restringir-se-á demasiadamente as hipóteses de aplicação do instituto, negando à propriedade uma de suas funções econômicas e sociais (...) Assim, entende-se perfeitamente possível a instituição de direito real de superfície sobre parte certa e determinada dentro de uma área maior matriculada. Contudo, deve-se estar atento para que o instituto não propicie a burla às normas de parcelamento do solo, conforme ocorreu com a venda da fração ideal em condomínio voluntário.

Essa questão polêmica e atual se revela bastante interessante, porquanto poderia atender a uma necessidade social, garantindo às partes mais segurança jurídica, do que existiria, se por exemplo, estabelecem um contrato de locação.

c) A respeito do prazo, pode ser determinado ou indeterminado, para o Estatuto da Cidade (art. 21), e apenas determinado, para o Código Civil de 2002.

d) Possui todas as características de um direito real que lhe são inerentes, p.ex.: direito de seqüela. O que vale tanto para as disposições do Estatuto da Cidade quanto para as do Código Civil de 2002 (MAZZEI, 2012, p. 309).

e) Pode ser estabelecido de forma gratuita ou onerosa, sendo que o *solarium* ou cãnon superficiário pode ser pago de uma vez só ou periodicamente - art. 1.370, CC/02 e art. 21, §2º Estatuto da Cidade. De acordo com o vulto dos investimentos, cláusulas como prazo e indenizações devem preservar sempre pelos princípios da boa-fé e equilíbrio contratual em todas as suas fases.

Acerca da possibilidade de modificação do *solarium*, no decorrer da execução do contrato, será que se poderia aplicar a teoria da onerosidade excessiva e revisá-lo? Acredita-se que sim, com base no artigo 478 do Código Civil, mas sendo que dever-se-á examinar cada caso concreto, a fim de evitar qualquer injustiça.

Quanto aos encargos e tributos que incidem sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, com fundamento na autonomia privada, a despeito do que prevê o artigo 1.371, que os relega ao superficiário, tem-se que os contratantes podem deliberar no contrato que firmarão o rateio desses valores.

Sobre esse ponto, veja-se o entendimento do enunciado n. 94, da I Jornada de Direito Civil, que estatuiu: “Art. 1.371: As partes têm plena liberdade para deliberar, no contrato respectivo, sobre o rateio dos encargos e tributos que incidirão sobre a área objeto da concessão do direito de superfície.”

Assim sendo, como já se comentou, a *propriedade superficiária* é exceção ao princípio de que o acessório acompanha o principal, pois a lei concede ao superficiário um direito real sobre construção e plantação feita em terreno alheio, utilizando sua superfície (DINIZ, 2010, p. 241).

4. INSTITUIÇÃO E TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

Trata-se de um contrato solene exigindo a forma escrita em lei, sendo a escritura pública necessária se o valor do negócio superar trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país (art. 1.369 c/c art. 108 CC/02) (PELUZO, 2012, p. 1.432).

A escritura pública apenas gera direito obrigacional entre as partes. Somente se tornará um direito real, com o respectivo registro no Cartório de Imóveis. (DINIZ, 2010, p. 240). Nada impede, todavia, que a transmissão por testamento seja possível, vez que o artigo 1.372 do Código Civil vigente não faz exceção ao princípio de *saísine*.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios ao decidir sobre a transmissibilidade do direito de superfície (AGI n. 0028438-16.2013.8.07.0000, DJ 29.04.2014), reverberou que, só é possível se sua instituição foi feita por meio de escritura pública, sendo inviável cogitar-se de transmissibilidade de direito de superfície não instituído regularmente por meio de instrumento público, sendo, no caso em análise, em razão de o imóvel ser objeto de parcelamento irregular.

Não é demais comentar que sua instituição gera a incidência de ITBI (imposto de transmissão sobre bens imóveis), já que é direito real imobiliário.

Encontrou-se uma discussão relativa a esse tema em um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (AC n. 70062186994, datado de 14.11.2014), no qual o Estado pretendia o recebimento do imposto ITCMD - Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação - por ocasião da extinção do direito de superfície. No entanto, restou consignado na decisão que, a extinção do direito de superfície não acarreta transmissão, ainda mais quando se alcança o termo final do contrato e a conseqüente incorporação do bem ao solo do proprietário.

Ainda, na referida decisão, se sedimentou que a incidência de ITCMD consiste na transmissão de bens móveis e imóveis por morte do titular ou doação. A concessão de direito de superfície mediante pagamento constitui fato gerador de ITBI, imposto de competência municipal, conforme já se sustentou.

Para PELUSO, “a transmissibilidade é da essência do direito de superfície, e não pode ser vedada por cláusula contratual. Considera-se não escrita a cláusula de inalienabilidade do direito de superfície, ainda que imposta em doação ou testamento.” (2012, p. 1.435).

Embora não preveja a lei, admite-se a constituição de superfície pelo negócio jurídico *causa mortis*, instituindo um legatário ou herdeiro do solo e outro temporariamente das construções ou plantações já existentes ou a serem ainda feitas.

A instituição da superfície, como ocorre no usufruto, dada sua amplitude, levando em conta sua extensão e o prazo de sua duração, pode invadir a legítima dos herdeiros necessários, devendo ser reduzida, em tal hipótese. (PELUSO, 2012, p. 1.432)

O Código Civil de 2002 estabeleceu expressamente, no parágrafo único do artigo 1.372, a impossibilidade de ser pago valores pela transferência do domínio – o que demonstra a preocupação do legislador em evitar confusão com outros institutos.

Para PELUSO, percebe-se aqui a preocupação do legislador em separar o direito de superfície da enfiteuse, proibindo a cobrança de laudêmio em razão da transferência do direito real. (2012, p. 1.435).

Quanto ao pagamento pela transferência do domínio, o Estatuto da Cidade é silente, desde que “obedecidos os termos do respectivo contrato”, deixando a critério das

partes a convenção ou não do pagamento (artigo 21, § 4º). Mas entende-se ser descabida tal cobrança, devido ao estabelecido pelo Código Civil de 2.002 no artigo 1.377.

O Código Civil de 2.002 aboliu a enfiteuse, substituindo-a pelo direito de superfície gratuito ou oneroso. Considera-se vantajosa a substituição porque este último permite melhor e mais ampla utilização da coisa. Se o proprietário de uma área de terras não tiver recursos para explorá-la, poderá cedê-la a alguém em superfície para, na referida gleba, por exemplo, construir e explorar um hotel. (GONÇALVES, 2008, v. 5, p. 413).

Constitui, a instituição desse direito, importante alternativa, especialmente às incorporações imobiliária, aproveitável quando não interessar a compra e venda. Com disposições modernas, suplanta a ultrapassa enfiteuse, uma vez que é transferível a terceiros sem a cobrança de qualquer taxa [...]. (SILVA, 2008, p. 232).

Em casos de alienação tanto da propriedade superficiária como do solo, o Código Civil de 2.002 e o Estatuto da Cidade dão preferência ao concedente ou superficiário para a aquisição da propriedade (artigos 1.373, Código Civil de 2.002 e 22, do Estatuto da Cidade). A intenção explicitada pelos artigos é a facilitação da propriedade plena nas mãos de uma só pessoa, a fim de evitar possíveis conflitos.

A polêmica que envolve esse dispositivo é que não se consignou a consequência caso tal direito de preferência não seja respeitado. TARTUCE (2019) descreve que existem quatro correntes sobre a matéria, que terá que ser pacificada pela jurisprudência:

Para uma *primeira corrente*, o fundeio ou superficiário preterido somente pode pleitear perdas e danos da outra parte, o que é aplicação da cláusula de preferência da compra e venda (arts. 513 a 520 do CC/2002). Subsume-se o art. 518 do CC, pelo qual: “Responderá por perdas e danos o comprador, se alienar a coisa sem ter dado ao vendedor ciência do preço e das vantagens que por ela lhe oferecem. Responderá solidariamente o adquirente, se tiver procedido de má-fé”. (...)

Para uma *segunda vertente doutrinária*, deve-se aplicar, por analogia, o art. 33 da Lei de Locação (Lei 8.245/1991), cabendo alienação da coisa mediante o depósito do preço ou perdas e danos. (...)

Para a *terceira doutrinária*, aplica-se o art. 504 do CC/2002, que trata do direito de preferência ou prelação legal a favor do condômino no condomínio de coisa indivisível. A aplicação por analogia está fundada na proximidade real entre os institutos, o que não ocorre nos caminhos percorridos pelas correntes anteriores. O prazo decadencial para a ação de adjudicação da coisa é de 180 dias, a contar da ciência da alienação realizada ao terceiro. (...)

Com a emergência da Lei 13.465/2017, pode ser ventilada uma *quarta corrente*, na mesma linha de se reconhecer o direito de adjudicação em favor daquele que foi preterido no seu direito de preferência na superfície, mas com a aplicação analógica do novo art. 1.510-D do Código Civil, que trata da preempção no direito de laje.

A esse propósito, ainda, o enunciado n. 510, da IV Jornada de Direito Civil:

Enunciado nº 510 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.

Antes de se adentrar nas questões práticas e atuais que se propõe com o presente estudo, deve-se analisar ainda como se pode dar a extinção do direito de superfície.

5. EXTINÇÃO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

A extinção do direito de superfície pode ocorrer: pelo advento do termo (artigo 1.369, Código Civil de 2.002 e artigo 23, Estatuto da Cidade); pela consolidação, fusão do direito de solo e propriedade (artigo 1.373, Código Civil de 2.002); pelo inadimplemento das obrigações e cláusulas assumidas; pela destinação diversa da convencionada (artigo 1.373, Código Civil de 2.002).

Vale ressaltar ser possível a alteração da destinação anteriormente pactuada. Para tanto, ambas as partes devem, por meio de escritura pública alterar a disposição. Posteriormente averbada no Registro de Imóveis competente. É o que ensina Monteiro (2011, p. 354, v. 355).

A extinção pode ocorrer também por perecimento do imóvel rural ou urbano gravado pelo direito real em pauta; pela desapropriação (artigo 1.376, Código Civil de 2.002); e pelo falecimento do superficiário sem herdeiros;

Para MONTEIRO (2011, v.3, p. 355), o artigo 1.375 do Código Civil de 2002 não é norma de ordem pública. Logo, nada impede que as partes estipulem indenização pelo que foi construído ou plantado no solo quando do termo final.

Pertinente a possibilidade de indenização pelas construções e/ou plantações que forem realizadas, por ser considerado inaceitável pelo ordenamento jurídico vigente o enriquecimento sem causa sobre o trabalho alheio.

Além do que, como qualquer ato jurídico, poderá ser analisado pelo Poder Judiciário, caso haja dúvidas quanto à sua legalidade.

6. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE COMO FUNDAMENTO PRIMORDIAL DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

A função social pode ser definida como sendo a finalidade precípua do instituto analisado. Como se pode perceber ao longo de todo o texto, o direito de superfície é forma eficiente, racional e eficaz de utilização do solo urbano e rural, o que concede efetividade à legislação constitucional e infraconstitucionais que tratam da questão.

A atual Constituição brasileira, especificamente em relação à propriedade rural e à propriedade do solo urbano, explicita a função social como sendo a adequada utilização dos bens, em proveito individual e coletivo. (LOTUFO, 2008, p. 343).

Ainda de acordo com a Carta Magna de 1.988, clara função econômica do instituto inserta nos artigos 170, incisos II e III, que tratam respectivamente, da propriedade privada e da função social da propriedade.

Tal instituto contém em si o máximo aproveitamento dos desdobramentos da propriedade privada, permitindo a ampliação dos seus direitos e um maior compartilhamento por várias pessoas da “mesma” propriedade, o que define *de per si* a sua função social e sua integração para a promoção da dignidade da pessoa humana.

Esse já era o entendimento defendido por TEIXEIRA quando do seu estudo sobre o direito real de superfície mesmo antes da promulgação do Estatuto da Cidade e do Código Civil de 2.002.

Não se tem dúvidas de que o direito real de superfície deva ser admitido pelo Direito brasileiro, em face das vantagens que pode oferecer, já que se vislumbra como poderoso meio de vencer, ou, ao menos, amenizar a crise habitacional existente no País, a par de possibilitar melhor e mais amplo aproveitamento de terras incultas, numa reformulação agrária (TEIXEIRA, 1993, p.7)

Há que se observar, também, a preocupação do Código Civil de 2002 em retirar do operador do direito o papel de mero expectador e realocá-lo no centro do sistema, pois a ele cabe a interpretação, aplicação e implantação na nova ordem civil trazida pelo código acima aludido.

Tudo isto está conforme a Constituição e o Código Civil de 2002, que toma como princípios não só os elencados por Miguel Reale, isto é, da Eticidade, da Socialidade e da Operatividade, mas também o da Atividade, pois no exercício de seus direitos, o ser humano há que ser atuante, não expectador, tem de ser partícipe na construção do direito, que só é bom quando o é para todos. (LOTUFO, 2008, p. 351)

Sob essa ótica, transcreve-se o artigo 39 do Estatuto da Cidade que dispõe:

Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas (...) (Estatuto da Cidade Lei nº 10.257/2001).

Compartilhando do entendimento da adequação da função social do direito de superfície à luz do ordenamento brasileiro, TEIXEIRA (1993, p. 8) assim afirma:

A superfície (...) é, com efeito, o mais extenso dos direitos reais limitados. A ideia de competir a propriedade superficiária ao titular desse direito pode, a princípio, surpreender. Mas o caráter temporário e a resolubilidade a termo dessa propriedade garantem ao senhor do solo a aquisição da obra superficiária no advento do termo. Não correrá o proprietário do solo o risco de vir a perder o seu imóvel em decorrência da superfície constituída ao revés da enfiteuse, em que o foreiro pode exercer o direito de resgate.

Diferente não é a conclusão a que chegaram outros estudiosos sobre o tema, senão vejamos: O Código Civil de 2002 trouxe para o rol dos direitos reais o direito de superfície, resgatando um antigo instituto jurídico, conferindo-lhe nova roupagem, de natureza sociológica, cujas origens estão na Constituição da República, que define a exigência dos fins sociais da propriedade. (MONTEIRO, 2011, v 3, p. 349).

Com isso soluciona-se, em grande parte, o problema da falta de habitação e o do não aproveitamento do solo e atende-se ao princípio da função social da propriedade (DINIZ, 2010, p. 241).

7. OUTRAS QUESTÕES ATUAIS E POLÊMICA DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

Em que pese tratar-se de um instituto no mínimo interessante, que poderia ter sido utilizado em larga escala para fins de, por exemplo, regularização de áreas

favelizadas, se tem dúvidas de se atingiu a concreção que poderia. Por esse motivo, decidiu-se por essa pesquisa e se pretende alcançar essa resposta.

O Código de Processo Civil de 2.015 não se esqueceu do direito de superfície e dispôs no artigo 791, *caput*, que se a execução tiver por objeto obrigação de que seja sujeito passivo o proprietário de terreno submetido ao regime do direito de superfície, ou o superficiário, responderá pela dívida, exclusivamente, o direito real do qual é titular o executado, recaindo a penhora ou outros atos de constrição exclusivamente sobre o terreno, no primeiro caso, ou sobre a construção ou a plantação, no segundo caso.

O parágrafo 1º do citado artigo ainda estabeleceu que os atos de constrição serão averbados separadamente na matrícula do imóvel, com a identificação do executado, do valor do crédito e do objeto sobre o qual recai o gravame, devendo o oficial destacar o bem que responde pela dívida, se o terreno, a construção ou a plantação, de modo a assegurar a publicidade da responsabilidade patrimonial de cada um deles pelas dívidas e pelas obrigações que a eles estão vinculadas.

Verifica-se, assim, que o legislador processualista deu atenção ao instituto vertente e considerou-o nos exatos termos observados na legislação material, e admitiu a penhora fracionada da propriedade, dando ainda mais efetividade ao direito de superfície e reconhecendo o seu inegável valor econômico.

Relativamente a esse prisma, pode-se afirmar até mesmo que, a penhora sobre o direito do superficiário poderá ocorrer, inclusive, quando a propriedade é pública. Esse foi o entendimento do Tribunal de Justiça do Amazonas, no julgamento do Recurso n. 0217714-13.2014.8.04.0001, em 26.03.2018, que reconheceu que a constrição autorizada pelo juízo da execução referiu-se, não a propriedade do terreno em si, que pertence a SUFRAMA, mas tão somente, sobre o direito de superfície da recorrente, conquanto não se poderia afirmar que a penhora dizia respeito a um bem público.

Por um certo tempo, amparou-se o *direito de laje*, situação comum em áreas favelizadas por analogia ao direito de superfície e com fundamento na autonomia privada. No entanto, hoje este se encontra consagrado como um direito real, após a alteração trazida pela Lei n. 13.465/2.017, que o inseriu no rol do artigo 1.225, do Código Civil.

A respeito dessa opção do legislador, de conferir-lhe autonomia normativa, TEPEDINO, *et al.*, (2.020, s/p) assim asseveram:

O direito real de laje tem por principal vocação servir de instrumento de regularização fundiária das moradias erguidas sobre edifícios alheios, comumente encontradas nas comunidades de baixa renda brasileiras. Tais edificações, denominadas coloquialmente de “puxadinhos”, realizam-se, no mais das vezes, de maneira informal, por meio de acordo firmado entre o possuidor da construção original e o ocupante da laje, que não produz senão efeitos obrigacionais.

Atendendo a essa realidade, o novo direito real de laje procura remediar a precariedade fundiária dessas habitações, conferindo segurança e proteção aos moradores. Com a sua instituição, o andar superior ou inferior do edifício adquire existência jurídica própria, passando a constituir unidade imobiliária distinta do imóvel situado nos outros planos. O lajeário (como vem sendo chamado o titular da laje) torna-se proprietário da unidade assim constituída, tendo sobre ela todos os poderes inerentes ao domínio (proprietário sobre coisa própria).

GAGLIANO E PAMPLONA FILHO (2019, p. 339) trazem o questionamento de se o direito de superfície pode ser constituído por usucapião. Assim respondem: “Em nosso sentir, não há dúvida de que, não apenas o direito de superfície, mas a própria propriedade superficiária, podem – a depender do animus aliado ao decurso do tempo e à posse – ser adquiridos por usucapião, à luz do princípio da função social.”

CONCLUSÃO

Conforme todo o exposto, percebe-se que o direito real de superfície não é um instituto novo no ordenamento jurídico brasileiro. Ele foi esquecido durante a vigência do Código Civil de 1.916, mas revisitado pelo Estatuto da Cidade, bem como pela atual codificação civil, onde enxerga-se a sua compatibilidade com os princípios que orientam as ordens constitucional e civil vigentes.

Sua análise é de grande valia por enquadrar-se perfeitamente no preceito constitucional da função social da propriedade. Permite a aplicação econômica do instituto, gerando adequação da realidade fática social à realidade jurídica, como p.ex., quando se trata do tema da insuficiência habitacional, bem como quando se aborda a questão fundiária brasileira.

Apesar de bastante vantajoso, tal instituto ainda é subutilizado, não tendo suas vantagens sido completamente assimiladas. Tal fato pode ser atribuído ao

desconhecimento, pelos operadores do direito, de sua estrutura e funcionamento, assim, pretendeu-se colaborar nesse sentido para difundi-lo.

Acredita-se que há ainda um grande potencial a ser explorado pelo direito real de superfície, pois este se revela bastante flexível e de contornos extensos, dentro de suas limitações legais, o que o torna possível ser adotado como solução aos mais diversos problemas, enfrentados pela sociedade brasileira. A função social exercida pelo instituto também é inquestionável, revelando ainda mais sua importância.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. *Tribunal de Justiça do Amazonas*. Ap. 0217714-13.2014.8.04.0001. Relator João de Jesus A. Simões. DJ 26.03.2018. Disponível em: <https://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/583208594/2177141320148040001-am-0217714-1320148040001/inteiro-teor-583208604?ref=juris-tabs>. Acesso em: 26.04.2020.

BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*, 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988.

CIDADES, Estatuto das. lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.

CORRÊA, Leandro Augusto Neves, COUTO, Marcelo de Rezende C. M. Direito de Superfície e a possibilidade de sua instituição em parte do imóvel: a situação das antenas de telefonia. *Revista de Direito Imobiliário*. Vol. 81, JULHO/DEZEMBRO 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Sistema de registros de imóveis*. 9.ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

DISTRITO FEDERAL. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*. AGI n. 0028438-16.2013.8.07.0000. Relator João Egmont. DJ 29.04.2014. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118060415/agravo-de-instrumento-agi-20130020274956-df-0028438-1620138070000/inteiro-teor-118060434?ref=juris-tabs>. Acesso em: 26.04.2020.

FIORANELLI, Ademar. *Direito registral imobiliário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor – SAFE. 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, volume 5: direitos reais. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil, v. 5: Direito das coisas*. 3ª ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOTUFO, Renan. *A função social da propriedade na jurisprudência brasileira in anais do congresso internacional de Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008.

MAZZEI, Rodrigo, *Fundamentos do direito civil brasileiro*. Campinas, SP: Millennium Editora, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros, MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil*, 3. 41.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo, *et. al. Direitos reais*. Organização Gustavo Tepedino. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Comentário ao estatuto da cidade*. 2.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PEGHINI, Cesar Calo. *A função social do Direito de Superfície*. Dissertação de mestrado – FADISP, 2011.

PELUSO, Cezar (coord.) *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Lei n. 10.406, de 10.01.2001. 6ª ed. rev. atual. Barueri, SP: Manole, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, Ap. n. 70062186994, Relator Marilene Bonzanini, DJ 14.11.2014. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152711916/apelacao-civel-ac-70062186994-rs/inteiro-teor-152711926?ref=juris-tabs>. Acesso em: 26.04.2020.

SILVA, Ulysses da. *Direito imobiliário: o registro de imóveis e suas atribuições :a nova caminhada*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PÚBLICOS, lei de registros (1973), promulgada em 31 de dezembro de 1973.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das coisas*. v. 4.11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *O direito real de superfície*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993.