

# Direitos Reais Sobre Coisas Alheias. Superfície

por Sílvio de Salvo Venosa

## 1. Propriedade e Direitos Reais Limitados

A propriedade é o direito real mais amplo. Em seu âmbito exercemos, com a mitigação já examinada, o direito de usar, gozar e dispor da coisa (*ius utendi, fruendi et abutendi*).

Em nosso sistema, os direitos reais constituem um número fechado (*numerus clausus*). Somente a lei pode constituir direito real, em contrapartida aos direitos obrigacionais ou pessoais os quais dependem exclusivamente da iniciativa ou da vontade das partes.

O Código Civil de 1916 estampava no art. 674, ao abrir o título *Dos Direitos Reais sobre Coisas Alheias*, o elenco legal e restrito dos direitos reais entre nós:

*“São direitos reais, além da propriedade:*

*I – a enfiteuse;*

*II – as servidões;*

*III – o usufruto;*

*IV – o uso;*

*V – a habitação;*

*VI – as rendas expressamente constituídas sobre imóveis;*

*VII – o penhor;*

*VIII – a anticrese;*

*IX – a hipoteca.”*

O legislador, no curso de nossa história jurídica, criou outros institutos conversíveis em direitos reais. São mencionáveis as chamadas *obrigações com eficácia real*, que são avenças de natureza eminentemente negocial as quais, para maior proteção de determinada categoria de contratantes, permitem o registro imobiliário e obtêm o *status* de direito real. Exemplos característicos são o direito de preferência do inquilino na aquisição do imóvel locado, nos limites e termos do art. 33 da Lei nº 8.245/81, bem como o direito do promissário comprador de imóvel, com contrato registrado, de acordo com o Decreto nº 58/37 e Lei nº 6.766/79.

Pode, portanto, a lei, mas somente ela, ampliar ou restringir o rol de direitos reais. Desse modo, a existência de direitos reais em diplomas legais fora do rol do art. 674 não infirma o princípio do *numerus clausus*.

O Código de 2002 inicia, a partir do art.1.225, a disciplinar os direitos reais sobre coisas alheias: propriedade fiduciária, superfície, servidões, usufruto, uso, habitação, direito do promitente comprador, penhor, hipoteca e anticrese. A Lei nº 11.481/2007 acrescentou a esse rol a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso.

Nesses direitos reais, menos amplos que a propriedade, o titular fica privado de alguns dos poderes inerentes ao domínio. Basicamente, haverá dois titulares sobre a mesma coisa, cada com âmbito de atuação próprio e definido pela lei, na extensão de exercício do domínio.

Alguns desses direitos oferecem modernamente grande interesse prático, tendo em vista a finalidade social atual a que se destinam, como o usufruto, exemplo dinâmico de direito de desfrute da coisa, e a hipoteca e penhor, com finalidade precípua de servir de garantia a negócios jurídicos, importantes auxiliares do direito obrigacional e da circulação de riquezas.

Outros perderam totalmente a atualidade. O curso da história e as transformações sociais tornaram-nos obsoletos, como a enfiteuse, quando não meras velharias jurídicas, como a

anticrese, ainda mantida no Código em vigor, geralmente trazidas à baila somente quando há necessidade de exemplificar e comparar o mecanismo de outros institutos.

No entanto, todos eles apresentaram sua utilidade em determinado momento histórico. Nunca é demais lembrar que o estudo do direito nunca se desvincula da História. Por vezes, um instituto dormente há séculos, em total desuso, tem seus princípios reavivados para estruturar novos institutos, que nada mais fazem do que arejar antigos postulados da tradição romana. Destarte, não se pode afirmar na ciência jurídica que existem institutos do direito positivo, ou do passado, que não possam ser rejuvenescidos por novas necessidades sociais. Lembre-se, a propósito, dos princípios que regem a alienação fiduciária em garantia entre nós, regida pelo Decreto-lei nº 911/69, e recepcionada pelo vigente Código, que se utiliza de princípios da antiga *fidúcia* romana.

Do ponto de vista utilitarista de que se reveste o clamor da vida moderna, para o profissional e para o estudante, não há sentido aparente no aprofundamento doutrinário da anticrese ou das rendas constituídas sobre imóveis, por exemplo. No entanto, ao menos o conhecimento de noções fundamentais de todos os institutos, qualquer que seja a disciplina jurídica, é útil também para fins meramente imediatistas, porque o profissional terá maior facilidade em resolver problemas práticos na miríade de situações concretas com que se defronta. Assim, terá melhores instrumentos de raciocínio sobre toda a ciência jurídica, particularizando a compreensão se necessário e buscando com frequência analogia em soluções preconizadas por institutos aparentemente em desuso. Tal se dá também, podemos recordar, na Medicina, em que por vezes novas e desconhecidas moléstias encontram soluções em singelas doenças do passado, que se acreditavam desaparecidas. Tal como nas demais ciências, e as ciências sociais não são exceção, o conhecimento dos meandros da disciplina nunca são inúteis. É evidente, no entanto, que institutos em desuso não devem merecer o mesmo aprofundamento teórico de problemas latentes, do dia-a-dia das questões do foro. Aliás, os repertórios de jurisprudência, que refletem a repetição mais ou menos intensa das lides levadas aos tribunais, traduzem a ênfase que deve ser dada a determinadas disciplinas, em detrimento de outras. Nunca se olvidará que o realce da atualidade poderá perder valor axiológico no futuro, e vice-versa.

A enfiteuse, por exemplo, cumpriu seu papel de adequação social no passado, não justificando mais sua manutenção como direito positivo, tanto que não foi contemplada pelo vigente Código. Nada, porém, pode assegurar-nos que novas exigências sociais façam ressurgir sua necessidade no futuro, assim como a anticrese e as rendas constituídas sobre imóveis. Velhos e novos problemas nas ciências sociais, e o Direito é ciência social e humanista por excelência, transmitem tão-só a noção de tempo e espaço ao estudioso. Por isso, requer-se do julgador atualidade no tempo que julga e presença efetiva no espaço onde aplica o Direito, ambos aspectos que apresentam situações fáticas mutantes essencialmente dinâmicas, em face da evolução muito rápida dos padrões sociais e econômicos atualmente. Decisão desvinculada do tempo e do espaço deixa de lado um dos aspectos importantes da aplicação tridimensional do direito. No exame do fato social, levam-se em conta esses aspectos, sob pena de prejudicar os outros dois pontos da trilogia, o valor e a norma.

Sob a epígrafe *Direitos Reais sobre Coisas Alheias*, o Código Civil, do qual não se afasta o mais recente ordenamento, trata de duas categorias de direitos sobre coisa alheia: de *gozo* ou *fruição* e de *garantia*.

Os direitos de *fruição* ou *gozo* permitem a utilização da coisa de forma semelhante ao proprietário pleno, com maior ou menor espectro. São a enfiteuse, as servidões prediais, o usufruto, o uso, a habitação e as rendas constituídas sobre imóveis. A esses podemos acrescentar o direito do promitente comprador, como menciona o Código.

São direitos de *garantia* aqueles que vinculam a coisa a uma relação obrigacional: o penhor, a anticrese e a hipoteca. A estes acrescentamos a alienação fiduciária em garantia, disciplinada pelo mercado de capitais e admitida pelo Código de 2002. A anticrese também permite a fruição da coisa, embora seja essencialmente de garantia.

O art. 1.226 reporta-se aos direitos reais sobre coisas móveis, referindo-se ao princípio pelo qual estes somente se adquirem pela *tradição*, quando constituídos ou transmitidos por ato entre

vivos. O princípio da *saisine* na transmissão *causa mortis* independe da tradição dada à modalidade especial fixada na lei. O artigo reporta-se ao princípio geral em nosso direito que estipula que as coisas móveis não se transmitem pelos contratos antes da tradição (art. 1.226), salvo quando ocorrer o constituto possessório e as hipóteses analisadas do art. 1.267, parágrafo único, do vigente Código.

O art. 1.227 reitera o princípio da inscrição imobiliária para constituição ou transmissão de imóveis também no tocante ao negócio entre vivos. O sistema apresenta, contudo, algumas exceções: o usufruto decorrente do direito de família, por exemplo, independe de registro (art. 1.391).

Os direitos reais limitados conservam-se no imóvel independentemente de sua transmissão. Acompanham o domínio, assim como os impostos, salvo aqueles comprovadamente pagos até o ato da transmissão. Nesse sentido o art. 677 do antigo Código:

*“Os direitos reais passam com o imóvel para o domínio do adquirente.*

*Parágrafo único. O ônus dos impostos sobre prédios transmite-se aos adquirentes, salvo constando da escritura as certidões do recebimento, pelo fisco, dos impostos devidos e, em caso de venda em praça, até o equivalente do preço da arrematação.”*

A regra decorre da natureza de cada direito real sobre coisa alheia. Verifica-se, portanto, que, na hipótese de arrematação em praça, o Fisco continuará impondo o mesmo ônus ao imóvel adquirido, cabendo ao arrematante assumir o encargo de liquidar impostos, que também são obrigação *propter rem*.

A alienação de imóvel sob hipoteca, pois, em nada prejudica o credor hipotecário, cuja garantia permanece incidindo sobre o imóvel.

Os direitos reais, denominados *sobre coisas alheias* pela doutrina tradicional, não modificam a natureza do domínio. Estabelecem natureza diversa de grau em seu exercício. Dois ou mais titulares exercem concomitantemente poderes inerentes à propriedade em graus jurídicos diversos.

Admite-se que os direitos graduados sejam atribuídos a mais de dois titulares: o enfiteuta pode hipotecar o imóvel aforado, por exemplo. Se o credor hipotecário adquire o bem enfiteutico, substitui o transmitente em seu grau, diversamente das limitações impostas pela vizinhança, em que inexistente graduação no exercício sobre a coisa pelo mesmo titular, que é pleno, mas há restrição sobre o exercício do direito sobre a coisa, decorrente do fato da vizinhança. Nos direitos reais limitados, existem restrições jurídicas no próprio conceito de domínio, no exercício da propriedade. Nas restrições decorrentes da vizinhança, estas são de ordem material, podendo decorrer expressa ou tacitamente do ordenamento. No dizer de Pontes de Miranda (1971, *Tratado*, v. 18:7), *“todos os direitos reais limitados têm limites de conteúdo interiores ao conteúdo do direito de domínio; por isso são limitados”*. É possível afirmar nesse contexto que os direitos reais limitados restringem internamente o domínio. Essas restrições podem desaparecer num dado momento, fazendo emergir o domínio pleno. Nas restrições de vizinhança, existem limites externos ao exercício da propriedade. No entanto, especificamente nas servidões, o aspecto material da restrição imposta ao prédio muito se aproximará da limitação de vizinhança.

Nos direitos reais limitados, subtraem-se um ou alguns dos poderes inerentes ao domínio em prol de outro titular, como ocorre entre nu-proprietário e usufrutuário, por exemplo. O domínio, porém, não se reparte. Cada titular o exerce em grau jurídico diverso, diferentemente, pois, do que sucede no condomínio, no qual o exercício do domínio é horizontal, isto é, coloca-se no mesmo grau. Os condôminos exercem concomitantemente todos os poderes de proprietário. Nos direitos limitados, os titulares exercem simultaneamente poderes específicos e diversos inerentes à propriedade. Em consequência disso, por mais que os direitos reais limitados subtraiam poderes do domínio de um titular em favor de outro, como ocorre na situação mais ampla que é da enfiteuse, o domínio não desaparece e permanece único.

A diferenciação de graus no exercício do domínio sucede tanto nos imóveis como nos móveis. Há também direitos reais limitados sobre bens incorpóreos, como o usufruto de crédito ou

cauções de títulos de crédito.

Cada direito real limitado pode ter forma específica de extinção. Todos eles permitem a renúncia pelo titular, desde que não prejudiquem terceiros. O credor hipotecário não pode renunciar à hipoteca em prejuízo de seus credores. O mútuo consentimento, como regra geral, também permite a extinção de grau no direito limitado. De forma geral, extinguem-se os direitos reais limitados pelas modalidades de perda da propriedade e extinção de direitos em geral.

## 2. Direito de Superfície. Noção histórica. Conceito e Compreensão

O direito real de superfície constitui instrumento importante para a proteção e o exercício da função social da propriedade, conforme nossos princípios constitucionais.

Segundo a maioria da doutrina contemporânea, o direito de superfície substitui com vantagem o regime de enfiteuse, com o qual não se confunde. Diferentemente da enfiteuse, a superfície é instituto de origem exclusivamente romana, cuja primeira manifestação é obscura. No direito romano clássico, tudo que se agregava ao solo passaria ao domínio do proprietário (*superficies solo cedit*), o que impediria uma propriedade desvinculada do solo. No *ius civile* o direito de superfície desenvolveu-se como um direito pessoal, sob a forma de arrendamento. Sob as vestes mais modernas, esse instituto pode ter decorrido da necessidade prática de se permitir a construção em solo alheio, principalmente sobre bens públicos. Os pretores permitiam que comerciantes instalassem tabernas sobre as ruas, permanecendo o solo em poder do Estado. Esse direito fica mais claro quando os pretores passam a conceder ação de proteção a essas situações, primeiramente o *interdictum de superficiebus* e, posteriormente, a *actio superficie* (Frederico Henrique Viegas de Lima, *O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar; 2005:4).

Entre particulares, o instituto estabelecia-se por contrato. É consagrado como direito real em coisa alheia na época clássica. Permitia-se a plena atribuição do direito de superfície a quem, sob certas condições, construísse em terreno alheio. Assim, passou-se a permitir que o construtor tivesse obra separada do solo. No entanto, sob o ponto de vista romano, o direito de superfície somente era atribuído a construções, não se aplicando às plantações em terreno alheio. O instituto não foi introduzido no Código Civil francês, pois era visto então como forma de manutenção da propriedade feudal.

Originalmente, o revogado Código Civil português, assim como o Código francês, também não reconheceram o direito de superfície, que somente foi introduzido na legislação lusitana por uma lei de 1948. No ordenamento português atual, uma vez abolida a enfiteuse, o Código Civil lusitano conceitua a superfície como “*faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou nele fazer ou manter plantações*” (art. 1.542). Trata-se, no dizer de Oliveira Ascensão (*Direito civil: reais*. 4. Ed. Coimbra: Coimbra editora, 1987:459), “*do direito de ter a coisa incorporada em terreno alheio. Pode ter como contrapartida uma prestação única, ou prestação anual, perpétua ou temporária*”.

Pouco a pouco, em época moderna, o direito de superfície foi ganhando espaço em várias legislações como instrumento de política urbanística.

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

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

*seu quotidiano” (.....1993:423).*

O superficiário assume a posse direta da coisa, cabendo ao proprietário a posse indireta. O proprietário não pode turbar a posse do superficiário. Alguns aspectos marcantes podem ser destacados nesse instituto, que é altamente complexo:

(a) há um *direito de propriedade do solo*, que é direito que necessariamente pertence ao fundeiro;

(b) há o *direito de plantar ou edificar*, o direito de *implante*; e

(c) há o *direito ao cânon*, ou pagamento, se a concessão for onerosa. Após implantada, há que se destacar a *propriedade da obra*, que cabe ao superficiário; a *expectativa de aquisição* pelo fundeiro e o *direito de preferência* atribuído ao proprietário ou ao superficiário, na hipótese de alienação dos respectivos direitos (Ascensão, ob.cit., p.466). Esses aspectos serão analisados a seguir.

Como mencionamos, o Código Civil de 2002 aboliu novas enfiteuses, introduzindo o direito de superfície gratuito ou oneroso (arts. 1.369 a 1.377), estabelecendo, no entanto, obrigatoriamente o prazo determinado. É vedada no nosso ordenamento a modalidade perpétua. Não se confunde o prazo indeterminado com a perpetuidade, que entre nós ficou proibida. Cuida-se também de direito real limitado sobre coisa alheia, que apresenta inegáveis vantagens sobre a enfiteuse, embora com muita analogia com esta. Costuma-se apontar as cadeiras cativas em estádios de futebol e os camarotes dessa natureza em teatros como exemplo desse fenômeno. Permite a lei mais recente, da mesma forma, que o proprietário atribua a alguém a conservação de seu imóvel, por determinado prazo, mais ou menos longo, sem que o proprietário tenha o encargo de explorá-lo pessoalmente ou mantenha ali constante vigilância contra a cupidez de terceiros. Nesse aspecto se aproxima muito da finalidade originária da enfiteuse.

Dispõe o art. 1.369:

*“O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.*

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

Trata-se, como menciona a lei, de uma concessão que o proprietário faz a outrem, para que se utilize de sua propriedade, tanto para construir como para plantar. O direito de superfície depende de escritura pública para possibilitar o registro imobiliário. O Código Civil de 2002 se refere apenas ao direito de o superficiário construir ou plantar, não mencionando o direito correlato, mencionado pelo Código português, qual seja, o de manter no local as plantações ou construções já existentes. Parece ser inafastável também essa possibilidade em nosso direito, por participar da natureza do instituto, não havendo razão para a restrição, embora essa opinião não seja imune a dúvidas. Desempenha importante função social não só quem constrói e planta, mas também quem mantém plantações ou construções já existentes no terreno de outrem. Veja, por exemplo, a situação de um prédio inacabado ou abandonado que o superficiário se propõe a terminar ou manter. Trata-se do que a doutrina lusitana denomina direito de sobre-elevação, 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, subsolo ou espaço aéreo, de forma geral. No direito italiano também se admitem as duas modalidades de concessão, para manter uma construção existente ou para a edificação de construção nova. O já esquecido Projeto nº 6.960/2002, atendendo a esses aspectos, apresentou redação nova a esse dispositivo que menciona igualmente o direito de o concessionário executar benfeitorias em edificação, também se referindo à utilização do solo, subsolo e ao espaço aéreo, na forma estabelecida em contrato e obedecida a legislação urbanística.

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

O contrato que lhe dá origem somente gera efeitos pessoais entre as partes. A eficácia de direito real somente é obtida com o registro imobiliário. Nossa lei também deveria ter aberto possibilidade de o testamento instituir a concessão, como faz o Código português. Como não o fez expressamente, o testamento pode impor ao legatário ou ao herdeiro a obrigação de constituir o direito de superfície em favor de alguém. Nosso Código também não se refere à possibilidade de aquisição do direito de superfície por usucapião, que poderia dar margem a infundáveis confusões, pois a disposição nesse sentido é criticada no direito português.

A contratação do direito de superfície se destina, em princípio, a obras permanentes, não sendo instituto destinado a obras transitórias ou provisórias.

Como regra geral, em princípio, o superficiário não pode se utilizar do subsolo em nosso sistema do Código Civil, salvo se essa utilização for inerente ao próprio negócio, como, por exemplo, a exploração de argila para fabricar tijolos. É conveniente que os interessados sejam claros no pacto a esse respeito. Como vimos, a alteração proposta pelo Projeto nº 6.960 ao art. 1.369 refere-se expressamente à utilização do subsolo e do espaço aéreo.

O art. 1.377 menciona que o direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público interno, rege-se pelo Código, no que não for diversamente disciplinado em lei especial. Lembre-se de que, originalmente, em época mais recente, o direito de superfície é derivado do direito administrativo, tendo sido absorvido pelo direito privado.

Como exemplo claro do instituto da superfície, recorde-se as *cadeiras cativas* nos estádios, camarotes cativos em teatros, ancoradouros privados (*marinas*) etc., cuja forma de exercício de direito real apresenta seus princípios.

Para a instituição de direito de superfície em imóvel pertencente a mais de uma pessoa, será necessária a aquiescência de todos os condôminos, nos termos do art. 1.314, parágrafo único, do Código Civil. Nada impede, também, em princípio, que imóvel hipotecado seja dado em superfície. O credor hipotecário poderá se opor se a situação lhe acarretar prejuízo, como a diminuição de sua garantia.

O superficiário pode também estabelecer servidões para facilitar o uso da construção e do imóvel.

### **3. Direito de Superfície no Estatuto da Cidade. Cotejo com o Código Civil**

O Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, atravessou o Código Civil, pois são leis da mesma época, porque também disciplina o direito de superfície, nos arts. 21 a 23. Essa situação de conflito de normas obriga o intérprete a definir a aplicabilidade de ambos diplomas legais sobre a mesma matéria. Esse Estatuto entrou em vigor noventa dias após sua publicação, portanto antes do vigente Código Civil. É de se perguntar se, no conflito de normas, o presente Código, como lei posterior, derroga os princípios do Estatuto. Se levarmos em conta a opinião aqui tantas vezes defendida de que o Estatuto da Cidade institui um microssistema, uma lei de natureza especial, tal como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Inquilinato, portanto, sob essa óptica, o Estatuto vigorará sobranceiro no seu alcance de atuação, em princípio, sobre as demais leis, ainda que posteriores. A matéria, no entanto, é polêmica, e longe está da unanimidade. O desleixado legislador, para dizer o mínimo, poderia ter facilmente dado uma diretriz única e não o fez. Inconcebível que temas idênticos como usucapião e superfície estejam presentes em dois diplomas legais paralelos, sem necessidade de tratamento legislativo distinto.

De qualquer forma, como sua própria autodenominação, o Estatuto da Cidade dirige-se exclusivamente aos imóveis urbanos com política específica.

*“Dentro dessa perspectiva, deve-se adequar o direito de superfície a seu exercício. A edificação que se pretenda realizar tem que estar ajustada às determinações dos planos urbanísticos e às demais normas vigentes para sua área”* (Lima, ob.cit., p.195).

O Código Civil de 2002 se aplicará sem rebuços aos imóveis rurais e aos imóveis urbanos onde não houver plano urbanístico. O Estatuto da Cidade possibilita o direito de superfície como um dos instrumentos gerais de política urbana, juntamente com a concessão de direito real de uso e a transferência do direito de construir. Não se confunde esse direito de superfície descrito no Estatuto da Cidade e no Código Civil com a concessão de uso da superfície, instrumento também de direito urbanístico, na seara do direito público, embora ambos guardem semelhanças.

Inobstante, o instituto da superfície descrito no estatuto possui, em princípio, a mesma compreensão dada pelo Código Civil, apresentando, porém, algumas poucas nuanças diversas.

Assim dispõe o art. 21:

*“O proprietário 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.*

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

Note que nessa lei o direito de superfície pode ser concedido por prazo determinado ou indeterminado. O Código Civil em vigor expressamente só admite o prazo determinado. A admissão do prazo indeterminado é inconveniente, mormente porque o Estatuto não disciplina o prazo razoável de resilição. Assim, nesse aspecto, temos dois tratamentos diversos para o mesmo instituto em nosso ordenamento. De qualquer forma, quando o direito de superfície for concedido por prazo indeterminado, devem as partes se acautelar prevendo um prazo razoável para a denúncia vazia. Se não o fizerem, haverá querela a ser dirimida pelo Judiciário, que deverá levar em conta o art. 473, parágrafo único do presente Código. Veja o que falamos a esse respeito na obra dedicada à teoria geral dos contratos. Aduz Caramuru Afonso Francisco que, nesse caso de denúncia imotivada, o superficiário terá direito à retenção por benfeitorias e acessões até a satisfação da indenização, salvo se se tratar de hipótese de descumprimento contratual (*Estatuto da cidade comentado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001:178). Conveniente será, portanto, que no instrumento negocial as partes já acordem sobre o destino das benfeitorias e construções.

Perante o silêncio da lei, as partes devem estabelecer prazo para o término da edificação. Não havendo prazo para que definir inadimplemento, o superficiário deve ser constituído em mora.

Outra particularidade na dicção legal do Estatuto é a menção de que o direito de superfície abrange o direito de usar o solo, o subsolo e o espaço aéreo. Se não há dúvidas a respeito da utilização do solo e do espaço aéreo no vigente Código, este restringe o uso de obra no subsolo, *“salvo se for inerente ao objeto da concessão”* (art. 1.369, parágrafo único). Em qualquer situação, no entanto, deve ser analisado se a utilização do subsolo é essencial ao direito de superfície que foi constituído, mesmo porque, pela própria denominação do instituto, a utilização deve ser da superfície do solo. É claro que as fundações para a edificação devem ser consideradas necessárias para o exercício do direito. Da mesma forma, se foi contratada a construção de garagens ou pavimentos no subsolo, essa utilização deve ser admitida.

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

#### **4. Direitos das Partes. Pagamento. Transmissão do Direito. Preferência**

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

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

O art. 1.372 (Estatuto da Cidade, art. 21, §§ 4º e 5º) dispõe que o direito de superfície pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros. O contrato não pode obstar a sucessão *causa mortis*, tendo em vista a natureza do instituto. Para evitar abusos que certamente ocorreriam, na sucessão entre vivos não poderá ser estipulado, pelo proprietário, qualquer pagamento pela transferência (art. 1.372, parágrafo único). Essa proibição não é mencionada no Estatuto da Cidade e pode dar margem à interpretação que não se aplica às concessões de superfície urbana. A nosso ver, essa restrição deve permanecer em qualquer caso, pois o Código Civil deve ser empregado supletivamente no que for omissa a lei especial.

*“Caso exista a alienação, tanto da superfície, como da propriedade do solo, o superficiário e o concedente não têm que pedir autorização um ao outro, senão que esta deve ser precedida do oferecimento a ambas as partes, que tem direito de preempção de direito civil, conhecida de aquisição preferente, contido no Estatuto da Cidade. Por esta prescrição, as partes devem exercer seu direito de prelação”* (Lima, ob.cit., p. 218).

Esse direito de preferência está expresso no art. 1.373 do Código Civil.

O título constitutivo pode, contudo, proibir a cessão a terceiros por ato entre vivos, dentro da autonomia de vontade das partes.

Ao estatuir a preempção ou preferência nesse instituto, traduz-se tendência natural de extinção de direito real sobre coisa alheia, tornando propriedade plena. No primeiro caso, terá preferência o superficiário e, no segundo, o proprietário, em igualdade de condições com terceiros. A finalidade desse direito de preempção é consolidar a propriedade em um único titular, quando possível. O Código não disciplina no capítulo específico a forma pela qual deve ser dada a preferência. O proprietário ou superficiário deve tomar conhecimento da proposta respectiva para poder exercer sua preferência tanto por tanto. A preempção é regulada, no Código, nos arts. 513 ss. O art. 517 se refere ao prazo de 60 dias para os imóveis, para o exercício da prelação, após a notificação. Quando não for concedido esse direito de preferência, responderá aquele que deixou de concedê-la por perdas e danos, respondendo também, solidariamente o adquirente, se tiver agido de má-fé (art. 518). Não existe a possibilidade de o preterido na preempção depositar o preço e haver para si a coisa, como autoriza a lei do inquilinato. Não existe na lei nada que autorize a conclusão que o direito de preferência na superfície seja de natureza real.

#### **5. Extinção**

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

A falta de pagamento do cânon é motivo de rescisão, levando-se em conta o que estiver estabelecido no contrato. Há que se verificar se é dado ao superficiário purgar a mora. A resposta, como regra geral, deve ser afirmativa. A discussão se transfere para até que momento pode a mora ser purgada.

Estabelecido por prazo determinado, o advento do termo final extingue o direito. Veja o que



falamos acima sobre a modalidade de prazo indeterminado possibilitada pelo Estatuto da Cidade. Questão que logo se planta no pacto estabelecido por prazo determinado é se o instituto se prorroga por prazo indeterminado se as partes não se manifestam no final e se, também, a situação de superfície se mantém inalterada. A questão é importante mormente no tocante a terceiros adquirentes e ao direito de preferência. A melhor solução é entender que no silêncio das partes o contrato passa a vigorar por prazo indeterminado, assim como o direito real. O caráter de permanência dos direitos reais não permite outra solução. Assim, haverá necessidade de notificação para a extinção do negócio, com prazo razoável, segundo as circunstâncias, conforme expusemos. Incumbe às partes que sejam cuidadosas na redação das cláusulas. Enquanto não cancelado o registro imobiliário, o instituto prossegue gerando efeitos *erga omnes*. O art. 24, § 2º, do Estatuto da Cidade, dispõe que a extinção do direito de superfície será averbada no cartório de registro de imóveis. Essa extinção também pode decorrer de sentença em processo no qual a matéria é discutida.

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

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

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

*Sobre o autor:*

**Sílvio de Salvo Venosa** é professor e autor de várias obras de Direito Civil, consultor e parecerista na área.