

APLICAÇÃO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

Priscila Pereira¹
Roberto Wagner Marquesi²

RESUMO: O presente artigo aborda as inovações trazidas pela Lei 10.257, de 10/07/2001, ou seja, a introdução do direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro, elencado nos artigos 1.369 à 1.377 do Código Civil Brasileiro de 2.003, como um poderoso instrumento para reduzir a crise habitacional como também efetivar a reformulação agrária brasileira. E com isso cumprir a função social da propriedade, prevista na Constituição Federal.

Palavras-chave: Código Civil Brasileiro; Direito de Superfície; Função Social da Propriedade.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa demonstrar os benefícios que o direito de superfície traz a população quando aplicado de forma correta, bem como a frustração gerada quando mal interpretado ou aplicado sem cautela, a partir da sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro através dos artigos 1.369 a 1.377 do Código Civil Brasileiro, o instituto tem despertado a atenção dos civilistas, tendo em vista a aplicação da função social da propriedade.

Embora esse direito seja uma inovação em nossa legislação, após longos 11 anos de tramitação, o Congresso Nacional decretou e o Presidente da República sancionou parcialmente a Lei nº. 10.257 de 10 de julho de 2.001, que regulamenta a reintrodução do direito de superfície em nosso ordenamento jurídico. Tendo em vista que, esse direito de origem romana não é totalmente desconhecido, pois já vigorou em nosso país quando este ainda era colônia portuguesa

¹ Bacharel em Direito pela UNOESTE “Universidade do Oeste Paulista” de Presidente Prudente – SP. E-mail: priindianap@bol.com.br Bolsista do Programa de Iniciação Científica “PROBIC” no período de 2003/2004.

² Docente dos cursos de graduação e pós – graduação em direito civil da UEL “Universidade Estadual de Londrina” de Londrina – PR. Doutor em Direito Civil pela USP, Largo de São Francisco. Mestre em Direito Negocial pela UEL “Universidade Estadual de Londrina”. Autor da Obra Direitos Reais Agrários & Função Social. Curitiba: Juruá, 2.001. E-mail: wagnermarquesi@bol.com.br Orientador do trabalho.

permanecendo até 1.864. E retornando com a entrada em vigor do código Civil de 2.002.

O direito de superfície é um direito real autônomo, não devendo ser reduzido a categoria dos demais direitos reais limitados sobre o imóvel alheio, sendo assim, uma vez concedido, a construção ou a plantação feita pertencem ao superficiário, enquanto o solo continua a pertencer ao seu proprietário. O direito de superfície trata-se de uma verdadeira propriedade separada do solo, portanto é lícito ao superficiário não só alienar os direitos sobre a coisa, porque proprietário é, assim como é dever seu suportar os impostos que recaem sobre o domínio, como IPTU (artigo 21, parágrafo 3º, do Estatuto da Cidade e artigo 1.370 do Código Civil, podendo se notar que se tratando de uma propriedade imobiliária, somente o registro do título, necessariamente uma escritura pública, gera a aquisição do domínio superficiário (artigo 1.245 “caput” do Código Civil), embora se deva entender que sua ausência caracteriza a posse animus domini, dotada de proteção interdital.

O direito de superfície reintroduzido em nossa legislação, e observada a existência da propriedade fracionada, cada sujeito, proprietário e superficiário, exercem a domínio sobre a coisa distinta, e sendo assim, o cidadão de baixa renda pode edificar em solo alheio sabendo que será proprietário da construção. Amenizando-se dois problemas, o econômico, pois agora é possível morar como proprietário sem ter a propriedade do terreno; e o psicológico, que impedia a vontade de quem podia edificar em solo alheio e se desencorajava ante o constrangimento de morar em terreno onde investiu e sabe não ser seu. E ainda, exibindo título de domínio, o superficiário passa a ter maior acesso a limites de financiamento, na medida em que a superfície pode ser objeto de penhora para garantir execução.

2 DESENVOLVIMENTO

O direito de superfície compreende um direito real sobre coisa alheia, ou seja, é o direito de plantar ou construir em terreno alheio, sendo superficiário, ou seja, dono da construção ou plantação distinto da propriedade do solo, desde que seja feito o registro no cartório de registro de imóveis. Constituindo-se, porém, a

existência de dois titulares sobre um mesmo bem, sendo eles o superficiário (titular das acessões) e o fundeiro (proprietário do solo) que concede ao superficiário o direito de e ou construir sobre seu terreno, por tempo determinado ou não, por meio de escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis competente. Conforme podemos observar no artigo 1.369 do Código Civil que diz: “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”.

O direito de superfície surgiu com o objetivo de tornar brando o princípio “superfícies solo cedit”, ou seja, tudo que é acrescido ao solo (plantações ou construções), passa a integrá-lo e pertence ao dono do mesmo, não podendo assim, ser objeto de transferência, salvo se junto com o solo caracterizando-se como das mais antigas tradições. Conforme preceitua o artigo 1.253 do Código Civil: “Toda construção ou plantação existente em um terreno presume-se feita pelo proprietário e a sua custa, até que se prove o contrário”.

Sendo assim, vemos logo que o direito de superfície suspendeu a eficácia do princípio de que as acessões são propriedades do titular do terreno, permitindo a constituição de duas propriedades distintas num mesmo espaço físico, sendo o domínio do solo e o domínio superficiário pertencentes a titulares diferentes. Devendo-se, no entanto, ficar atento para a realização do registro da superfície no cartório de registro imobiliário, caso não seja feito esse registro, a construção irá se incorporar ao terreno pertencendo então ao dono original, ou seja, ao dono do solo, e não ao superficiário.

Vale lembrar que o direito de superfície também visa beneficiar pessoas carentes de uma mesma família, tendo em vista, por exemplo um filho casado que tem condições financeiras para construir uma casa, porém não tem verba suficiente para adquirir um terreno, e se sentia inseguro para investir tudo o que tinha, ou o pouco que tinha, em terreno de seus pais por exemplo, no caso ter vários irmãos e saber que teria que dividir sua propriedade (construção) em partes iguais com os outros irmãos caso seus pais viessem a falecer, com o instituto direito de superfície fica assegurado a essa pessoa o direito de receber o valor de sua construção separada do solo.

2.1 Noções Históricas do Direito de Superfície

Como geralmente acontece com a maioria dos institutos do direito privado, o direito de superfície surgiu no direito Romano quando o Brasil ainda era colônia portuguesa, na fase final do período clássico, porém, sua aplicação só foi efetiva durante o período pós-clássico, classificado como “romano-helênico”, durante o reinado de Justiniano. Esse direito tinha como objetivo tornar brando o princípio “*superficies solo cedit*”, ou seja, tudo que é acrescido ao solo passa à integra-lo e pertence ao dono do mesmo, em pleno vigor em Roma durante o período pré-clássico, que vai de 149 à 126 a.C., sendo exclusivo e absoluto o princípio “*superficies solo cedit*”, que determinava que tudo que fosse acrescido ao solo (plantações ou construções) pertencia ao seu proprietário, não podendo assim, ser objeto de transferência, salvo se junto com o solo caracterizando-se umas das mais antigas tradições, pois não tinha origem legislativa, conceituada pela “*interpretativa prudentium*”, o que de certa forma dificultava a solução dos problemas relativa ao cultivo e a moradia, embora os romanos percebessem, que o conceito tradicional de domínio o tornava anti-econômico diante da necessidade de transformação.

O direito de superfície nasceu com a necessidade de ocupação de espaços físico devido o aumento dos domínios territoriais do Estado conquistador, sendo a princípio bem semelhante a um arrendamento há longo prazo, onde as autoridades romana concediam a particulares o direito de construir em terrenos públicos, passando também os particulares a concederem a outros particulares o direito de construir em suas propriedades como forma de arrendamento, através de um contrato de locação, porém, estes só podiam ser ajustados pelo prazo máximo de 5 (cinco) anos. Logo essa locação não possibilitava a realização do trabalho e a proteção adequada aos direitos do locatário, visto que, o prazo máximo era pouco para se usufruir da propriedade, causando prejuízos ao locatário. O que podemos observar nesses contratos de locação, é a insegurança e a falta de estabilidade que oferece ao locatário, tendo em vista que, o prazo é insuficiente para que venha a gozar ou usufruir do que plantou ou construiu, gerando dessa maneira, certa preocupação ao locatário, que se sentia inseguro para investir o pouco que tinha em terreno alheio, e saber que vencido o prazo teria que devolver o terreno ao proprietário, sem nenhuma indenização pelo que construiu e deixou de graça para o proprietário do solo.

Contudo, por outro lado, os romanos já enfrentavam problemas urbanos, com o crescimento da população urbana, fazendo com que as construções, crescessem verticalmente, formando edifícios de vários andares, e compartimentos ocupados por várias famílias, gerando um tipo comum de moradia. Isso aumentava a necessidade da criação do direito de superfície, para garantir melhores condições de moradia a população bem como forçar a população urbana a ir para o campo, onde teriam melhores condições de vida.

Com a evolução, o pretor passa a conferir proteção possessória ao concessionário, através do *interdito de superficiebus*, no entanto, em virtude da tutela interdial, a superfície acaba por assumir o caráter de um direito real, oponível erga omnes (MOREIRA ALVES, J. C., 2004, p. 346-347). O Instituto passa a ser seguido também pelos Códigos Holandeses (1824); Alemão (1896); Suíço (1907); Italiano (1942); e Português (1966). França, Bélgica e Espanha admitiram-na em leis

especiais (BRAGA TEIXEIRA, J. G., 1993, p. 24-44). No Brasil, a superfície esteve presente do descobrimento até 1864, quando foi abolida pela Lei 1.257, não sendo contemplada no Código Civil de 1916, retornando então através da Lei 10.257 de 2001, sendo reintroduzida no Código Civil de 2002.

No entanto o que se pode afirmar é que o direito de superfície teve origem no direito romano e surgiu através dos contratos de locação, que oferecia insegurança ao locatário. Observando-se ainda que a causa do nascimento do direito de superfície, se deu pela necessidade de adaptação às condições econômicas da época.

Logo vemos que no Brasil, embora o direito de superfície tenha se introduzido em nossa legislação através da Lei nº10.257 de 10 de julho de 2001, e em nosso Código Civil de 2002 estando regulamentado em seus artigos 1.369 a 1.377, este instituto já não era totalmente desconhecido por nossos legisladores, tendo em vista que, tal ordenamento jurídico já teve eficácia em nosso país na época em que este era colônia portuguesa conforme citado acima, período em que usava a legislação portuguesa para aplicação do direito no Brasil.

Porém, após a Independência política, em 1822, o direito de superfície continuou vigorando em nosso país, por força de um decreto do Imperador Dom Pedro I, que determinou que a legislação Portuguesa continuasse vigente em nosso país. No entanto, a superfície foi extinta no direito positivo brasileiro pela Lei nº1.257 de 29 de setembro de 1.864, visto que esta lei não presenciou o direito de superfície entre os direitos reais expressamente admitidos, não sendo porém, introduzido o direito de superfície no Código Civil brasileiro de 1.916, ficando extinto do direito brasileiro, até a criação da Lei nº10.257 de 10 de julho de 2.001, que o reintroduziu em nosso ordenamento jurídico, para dar continuidade a função social da propriedade garantida pela Constituição Federal em seus artigos 182 e 183.O

O direito de superfície se reintroduziu em nosso ordenamento jurídico como um poderoso instrumento para pacificar os conflitos agrários e urbanos no que diz respeito a propriedade, visto que este gera maior segurança á aquele que tem, naquilo que sabe não lhe pertencer, pois o direito de propriedade sobre plantaçao ou construção que realizou em terreno alheio sob os termos do direito de superfície, devidamente registrado no cartório de Registro Imobiliário.

2.1.1 Direito de Superfície Segundo a Visão de Alguns Autores

O direito de superfície compreende o direito de plantar e ou construir em terreno alheio, sendo superficiário, ou seja, dono da construção ou plantaçao separado da propriedade do solo, desde que seja feito em conformidade com a lei.

Conforme podemos observar para compreender melhor o que nos traz o disposto de artigo 1369 do Código Civil: 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 (NEGRÃO, Theotonio COUVÊA, José Roberto Ferreira, 2004, p. 309).

Também a respeito encontramos a conceituação dada pelo autor Wilson Batalha: “o direito de superfície, consiste no direito real de ter plantações (plantio), fazer sementeiras (satio) ou construir edifícios (inaedificatio) em terreno de propriedade alheia.” (BATALHA, Wilson de Souza Campos, 1953, p. 15-21).

No mesmo pensamento temos o autor José Oliveira Ascensão “superfície pode ser simplesmente definida como o direito real de ter coisa própria incorporada em terreno alheio.” (ASCENÇÃO, José Oliveira, 2000, p. 775).

Já o autor José Carlos Correia Alves, referindo-se ao direito romano, conceitua a superfície como o instituto em virtude do qual alguém chamado superficiário, recebe o direito alienável e transmissível, de uso e fruição sobre prédio em solo alheio (ALVES, José Carlos Moreira, 1997, p. 345).

Para o autor Washington de Barros Monteiro, o direito de construir... consiste no direito de construir, assentar qualquer obra, ou ele plantar em solo de outrem (MONTEIRO, Washington de Barros, 1995, p. 14-15).

Enquanto para o autor Orlando Gomes, superfície é o direito de ter uma construção ou plantação em solo alheio (GOMES, Orlando, 1972, p. 35).

Já para o jurista espanhol Ramon Maria Roca Sastre, citado por Ardití, o a definição é a seguinte, o direito real de ter ou manter, temporal ou indefinitivamente, em terreno ou imóvel alheio, uma edificação ou plantação em propriedades separada obtida mediante o exercício do direito anexo de edificar ou plantar ou por meio de um ato da plantação ou edificação preexistente (MIRANDA, Pontes de; CAVALCANTI, Francisco., 1977, RT, 4. ed.).

Anota ainda José Guilherme Braga Teixeira que, constituído o direito ao superficiário, a construção ou plantação que este realizar no solo não seguirá a sorte deste imediatamente, pois o gênese da superfície implica a suspensão da regra da acessão (TEIXEIRA, José Guilherme Braga, 1993, p. 54).

Sendo assim, cessada a causa que originou o direito do superficiário, volta o principio a operar, e as plantações ou construções, passam de pleno direito para o *diminius soli*, ou seja, tudo volta a pertencer ao proprietário original.

Porém vale lembrar que, o direito de superfície através da Lei nº10.257, de 10 de julho de 2001, estabelece diretrizes gerais da política urbana, denominada de “Estatuto da Cidade”, ditando quais são os direitos e obrigações do proprietário do solo, e os direitos e obrigações do superficiário, sendo eles da seguinte forma:

Direitos do proprietário do solo:

- Utilizar a parte do imóvel que não constitui objeto do direito de superfície;
- Receber o pagamento pela concessão, caso tenha sido ajustada;
- Exercer o direito de preferência na aquisição da superfície;
- Proceder à resolução da superfície antes do advento do termo, se temporária, se o superficiário não edificar ou plantar no tempo apurado, ou se edificar em desacordo com o convencionado ou, ainda, se der destinação diversa daquela originalmente concedida, construir gravames reais sobre o solo.

Obrigações do Proprietário do Solo:

- Não praticar atos que impeçam ou prejudiquem a concretização, ou exercício do objeto do direito de superfície;
- Dar preferência ao superficiário na aquisição da propriedade do solo, com esta se faça a título oneroso.

Direitos do Superficiário:

- Utilizar a superfície do solo de outrem, nos termos da avença realizada;
- Usar, gozar e dispor da construção ou plantação superficiária como coisa sua, separada da propriedade do solo;
- Onerar com ônus reais a construção ou plantação, que entretanto se extinguirão com o termo final da concessão da propriedade superficiária;
- Exercer o direito de preferência na aquisição do solo, caso o proprietário pretenda aliená-la a título oneroso;
- Reconstruir a edificação ou refazer a plantação em caso de perecimento.

Obrigações do Superficiário:

- Pagar a remuneração ajustada, no caso de a avença ter sido pactuada de forma onerosa;
- Construir ou plantar exatamente conforme o acordado;

- Pagar os encargos e tributos que incidirem sobre a obra superficiária e sobre o solo;
- Conservar a obra superficiária;
- Dar preferência ao senhor do solo à aquisição da propriedade superficiária.

Tais direitos e obrigações, tanto do proprietário quanto do superficiário se encontram garantidos na Lei nº10.257 de 10 de julho de 2001.

3 CONCLUSÃO

Podemos observar no decorrer desse trabalho, que o direito de superfície, ressurgiu em nossa legislação passados 180 (cento e oitenta) anos, com o objetivo de conciliar as normas referentes à propriedade do Código Civil, juntamente com a Constituição Federal de 1.988 que institui em seu artigo 5º, XXIII, que “ - a propriedade atenderá a sua função social”; ainda no Capítulo II, destinado a política urbana, em seu artigo 182 proclama que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes”; para no seu parágrafo 2º estabelecer que “ - a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. O nosso Código Civil de 2002, destaca em seus preceitos de ordem pública que a função social da propriedade não pode ser derogada por vontade das partes, pois o artigo 1.228, parágrafo 1º, preceitua que “ - o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais”. E ainda o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/01, tem por diretrizes, o artigo 2º, III – a “cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social”; X – a “adequação dos instrumentos de política econômica, tributária, financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar segmentos sociais”; XIV – a “regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização”.

Sendo assim, as propostas de definir o direito de propriedade não é um assunto opcional, mas um ordenamento de ordem social, trazido pela Constituição Federal.

Pois, a Constituição Federal de 1.988 prevê que, tanto a propriedade rural quanto a urbana, tem ligadas ao seu direito o atendimento da função social, a propriedade, assim entendida como sendo o direito que a pessoa física ou jurídica tem de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, como também reivindicar de quem injustamente o detenha, no direito brasileiro foi limitada ao direito comum. A função social constitui-se em um dos elementos da definição do direito de propriedade privada e em uma limitação legal de seu uso. Assim, estabelece um conjunto de obrigações para com os interesses da coletividade, visando também a finalidade ou a utilidade social que cada categoria de bens, objetos de domínio, deve cumprir. No entanto a desapropriação por interesse social resulta, do conceito de função social na propriedade, esculpida nas constituições modernas depois da segunda guerra mundial, e a influencia religiosa exerceu, por sua vez, importante papel na discussão sobre o uso da terra.

Logo, o direito de superfície foi introduzido em nossa legislação, como um poderoso instrumento para reduzir a crise habitacional como também tornar efetivo a reformulação agrária brasileira. No caso do solo pertencente ao Estado será mais fácil a utilização da autorização do uso da superfície para o fim de construção de habitações populares e realização da reforma agrária. No entanto, quanto aos terrenos particulares, o governo tem o poder de incentivar o uso do solo com o aumento progressivo do IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) e do ITR (Imposto Territorial Rural) para terrenos não constituídos e terras improdutivas, respectivamente.

Isso poderá levar os proprietários desinteressados em se desfazer de seus imóveis a concederem o direito de superfície para que seu terreno seja constituído ou plantado a fim de diminuir os encargos monetários a estas propriedades destinados. Além de ser um passo importante para reduzir a gravidade do problema habitacional e agrícola, o ato de executar um plano destas simples medidas teria a capacidade de gerar milhares de empregos, tanto no campo, como na cidade, no ramo da construção civil, tudo isso com bastante reprodução na esfera social.

Porém, ainda é possível a aplicação do direito de superfície em propriedades particulares de terrenos não constituídos e respectivamente terras improdutivas, da seguinte forma: através de lei municipal que obrigue o dono dessas propriedades a utilizarem seus terrenos (imóveis urbanos) com a construção ou plantação (imóveis rurais), caso não o faça que sejam obrigados a ceder essas propriedades para superficiários utilizarem por um prazo suficiente para que obtenham condições de adquirirem essa propriedade ou outra equivalente caso o proprietário não tenha interesse de vender. Tais medidas farão com que proprietários desinteressados em construir vendam seus terrenos por preços acessíveis o que facilitara a aquisição desses imóveis por pessoas menos favorecidas, no entanto, a lei municipal deverá também estipular um prazo para que aquele que adquirir essas propriedades construa, logo os preços mais acessíveis a todos facilitariam o cumprimento da função social da propriedade, prevista em nossa Constituição Federal.

Diante de tantos direitos e obrigações que a Lei nº. 10.257/01 confere ao proprietário e ao superficiário, concluímos até aqui que, se aplicado com cautela o direito de superfície age como um poderoso instrumento para reduzir a crise habitacional e uma nova forma de pacificar conflitos agrários, impondo melhor utilização e aproveitamento de terrenos baldios e propriedades rurais improdutivas, atendendo, no entanto, aos objetivos sócio-econômicos-ambientais da propriedade urbana e rural. Porém, para que isso aconteça se faz necessário, regulamentação técnica tanto pelo executivo municipal tanto pelos órgãos fundiários.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 345.

ASCENÇÃO, José Oliveira. **O direito Real de Superfície e a Sistemática de Novo Código Civil Brasileiro**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v.89, n.775, 2000.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Loteamentos e Condomínios**. São Paulo: Max Limonad, 1953. tomo II, p. 15-21.

BRAGA TEIXEIRA, José Guilherme. **O Direito Real de Superfície**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 54.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

GOMES, Orlando. **O Direito de Superfície**. RIAA, n.119, 1972, vol. 3, p 35.

MIRANDA, Pontes de; CAVALCANTI, Francisco. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: RT, 4. ed. , 1977.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Direito das Coisas**. São Paulo: Saraiva, 1995, vol.3, p.14-15.

MOREIRA ALVES, J. C. **Direito Romano**. 13 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004. V.1.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código Civil e Legislação em Vigor**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 309.