

Breves considerações sobre o Direito de Superfície nos ordenamentos brasileiro e estrangeiro

Fabiano César Rebuzzi Guzzo¹

1. Mestrando em Direito e Globalização pela Universidade Vale do rio Verde, Três Corações, MG; professor da Universidade Federal de Ouro Preto (Ufop), MG, e da Universidade Presidente Antônio Carlos (Unipac); advogado.

RESUMO: O presente artigo monográfico pretende tecer algumas ponderações sobre o Direito de Superfície, que, como modalidade dos direitos reais, regulamenta relações jurídicas diversas impostas pelas necessidades econômicas ou sociais.

Palavras-chave: Direito de Superfície, direitos reais, indenizações.

RESUMEN: Breves consideraciones sobre el Derecho de Superficie en los ordenamientos brasileños y extranjero. El presente artículo monográfico busca tejer algunas ponderaciones sobre el Derecho de Superficie, que, como modalidad de los derechos reales, reglamenta relaciones jurídicas varias impuestas por las necesidades económicas o sociales.

Palabras llaves: Derecho de Superficie, derechos reales, indemnizaciones.

ABSTRACT: Brief considerations on the Right of Surface in the Brazilian and foreign ordinations.

The present article intends to show some thoughts about the Right of Surface, which, as modality of the real rights, regulates diverse legal relations imposed by the economic or social needs.

Keywords: Right of Surface, real rights, compensations.

I – Introdução

O Direito de Superfície caracteriza-se, em termos gerais, como o direito de efetuar uma construção ou plantação (*ius ad aedificandum vel implantandum*), ou na alienação de construção ou plantação já existente, separadamente da propriedade do solo que permanece com o alienante.

Salienta-se que tal instituto jurídico foi ignorado pelo **Código Civil** francês, bem como pelo **Código Civil** alemão (BGB), contudo, o **Código Civil** italiano (1942) em seus artigos 952 a 956 e o **Código Civil** português (1994) em seus artigos 1.524 a 1.542 trouxeram disposições concernentes à matéria.

No ordenamento pátrio já havia previsão do instituto na **Lei de Parcelamento do Solo** (Lei nº 6.766/79), contudo, o tratamento específico se deu com o **Estatuto da Cidade** (Lei nº 10.257/2001) e com o **Código Civil** de 2002.

Desta forma, o trabalho inicia-se com uma abordagem sobre os dois corpos legais (**Estatuto da Cidade** e **Código Civil**) que regulamentam a disciplina do Direito de Superfície no ordenamento pátrio, passando-se para a caracterização do instituto no Brasil e no Direito Civil português e italiano.

Ato contínuo faz-se uma abordagem sobre o Direito de Superfície e a exploração do subsolo, bem como, aborda-se o Direito de Superfície e as possíveis indenizações. Mais adiante se faz uma pequena referência ao recolhimento dos tributos por ocasião da celebração da concessão, além de tratar do Direito de Superfície e a preferência de proprietário e superficiário na alienação do imóvel, ou da área superficiária. Por fim faz-se uma conclusão sobre o instituto.

Salienta-se que o presente trabalho não pretende fazer o comentário sistemático e descritivo dos dispositivos de lei, como muitos já o fazem, mas, sim, trazer uma abordagem diversificada de alguns pontos incongruentes sobre o Direito de Superfície no ordenamento pátrio, seja no contexto interno, seja em função do direito comparado.

II – Estatuto da Cidade de 2001 e Código Civil brasileiro de 2002

Iniciando este trabalho cabe asseverar para questão relevante que diz respeito a qual diploma legal seguir quando se fala em Direito de Superfície. Tal questionamento se dá pela regulamentação do instituto jurídico nos artigos 1.369 a 1.377 do **Código Civil** de 2002, bem como, nos artigos 21 a 24 do **Estatuto da Cidade** de 2001.

A doutrina pátria ainda não é unânime quanto à derrogação do **Estatuto da Cidade** de 2001 pelo **Código Civil** de 2002, assim, surgem dúvidas quanto à aplicação de dispositivos, às vezes, análogos, porém de textos legais diversos.

Tal contexto pode ser verificado através de posições doutrinárias favoráveis à derrogação do **Estatuto da Cidade**:

O Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257, de 10-7-2001) antecipou-se ao NCC e inovou em seus arts. 21 a 24, criando o direito de superfície, inclusive como direito real, à medida que lhe confere as garantias ínsitas referentes à escritura pública e ao respectivo registro no Registro Imobiliário. Todavia, com a entrada em vigor do novo Código, o Estatuto foi derogado, passando o instituto em questão a ser regulado inteiramente pelos arts. 1.369/1.377 do NCC. Esse nosso entendimento foi seguido por diversos membros integrantes da Comissão de Direito das Coisas da Jornada de Direito Civil, STJ-CEJ/CJF (FIGUEIRA JR., 2005, p. 1254).

Ou mesmo, através de posições contrárias à derrogação, como a defendida pelo **Enunciado nº 93 da Jornada de Direito Civil, STJ-CEJ/CJF**, ocorrida no ano de 2002, enunciado este aprovado, tão somente por um voto de diferença e a seguir descrito:

As normas previstas no Código Civil, regulando o direito de superfície, não revogam as normas relativas a direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade (lei n. 10.257/2001), por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano (LIRA, 2002).

A matéria toma, ainda, contornos mais nebulosos quando se vislumbra posições doutrinárias no sentido de coexistência do **Estatuto da Cidade** de 2001 e **Código Civil** de 2002:

O Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001, por nós já mencionado, mormente no capítulo que tratamos do usucapião, atravessou o Código Civil, pois são leis da mesma época, porque também disciplina o direito de superfície, nos arts. 21 a 23 (*sic*). Tal obriga o intérprete a definir a aplicabilidade de ambos os diplomas legais sobre a mesma matéria. Esse Estatuto entrou em vigor noventa dias após a 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 microsistema, 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. Esse fenômeno apenas sublima a vaidade piegas de quem elaborou ambos os diplomas. De qualquer forma, como sua própria autodenominação, O Estatuto da Cidade dirige-se exclusivamente aos imóveis urbanos. O mais recente Código Civil aplicará sem rebuços aos imóveis rurais (VENOSA, 2004, p. 427-428).

Percebe-se, pois, que a existência de dois textos de lei sobre o mesmo instituto jurídico gera confusão, dúvidas, sendo prudente a análise perfunctória daqueles dispositivos, ou melhor, artigos, que são conflitantes entre as mencionadas leis, para, somente, assim, se chegar às conclusões.

Fato é que não se pode afirmar pela preponderância de um diploma legal sobre o outro, deixando-se à compreensão do intérprete, quando da existência conflitante de dispositivos, qual melhor se aplica ao caso concreto.

No entanto, cabe asseverar que toda esta problemática acima relatada pode se ver extinta mediante a aprovação do **Projeto de Lei nº 6.960/2002**, que visa dar nova redação ao artigo 1.369 do **Código Civil** de 2002, acabando, assim, por compatibilizar os diplomas legais, ou seja, **Estatuto da Cidade** de 2001 e o **Código Civil** brasileiro de 2002.

III – A caracterização do Direito de Superfície

Como mencionado na introdução, o Direito de Superfície é uma forma de concessão que um proprietário de determinado imóvel faz a outrem, com vistas à prática de construção ou plantação.

Tal instituto jurídico encontra-se elencado no rol dos direitos reais, constante do artigo 1.225 do **Código Civil de 2002**, juntamente com a propriedade, servidão, usufruto, uso, habitação, penhor, hipoteca, anticrese e direito do promitente comprador de imóvel.¹

1 Conforme se estabelece o Art. 2.503 do **Código Civil** argentino são Direitos Reais o domínio, o condomínio, o usufruto, o uso, a habitação, as servidões ativas, a

Assim, como melhor forma de caracterizar o instituto é a redação do artigo 1.369 do **Código Civil** de 2002, *in verbis*:

Art. 1.369 (CCB) – 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 Registro de Imóveis.

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

Percebe-se que o texto do **Código Civil** de 2002 não faz referência ao direito correlato de se manter no local as construções ou plantações já existentes, como é previsto no artigo 1.524 do **Código Civil** português.

Apesar de não referir expressamente a esta possibilidade, entende-se, também, possível no ordenamento pátrio, sendo um exemplo típico do Brasil o direito de superfície caracterizado pelas cadeiras cativas nos estádios de futebol², onde se vislumbra a manutenção pelo superficiário de construção já existente, independentemente da propriedade do imóvel.

Nesse sentido, é o disposto no Art. 1.524 do **Código Civil** português, *in verbis*:

Art. 1.524 (CCPort.) – O direito de superfície consiste na faculdade de construir ou manter perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações.

hipoteca, a prenda e a anticrese, não se computando neste rol o Direito de Superfície. – “No enumeramos el derecho del superficiario, ni la enfiteusis, porque por este Código no pueden tener lugar. El derecho del superficiario consistía en poder hacer obras, como edificar casas, plantar árboles, etc., adherentes al suelo, sobre las cuales tenía un derecho de propiedad, independiente del propietario del terreno, el cual sin embargo, podía por derecho propio, hacer sótanos y otros trabajos subterráneos bajo de la misma superficie que pertenecía a otro, con tal que no perjudicase los derechos del superficiario, así como el superficiario, no podía deteriorar el fondo del terreno. **Código Civil de la República Argentina**. ed. rev. atual. Buenos Aires: Librería El Foro, 2005, p. 373).

- 2 São conhecidas as cadeiras cativas do Estádio de Futebol Magalhães Pinto – Mineirão, contudo a aquisição das mesmas, caracterizando pois o Direito de Superfície conforme ordenamento Lusitano é muito difícil, principalmente aquelas pertencentes aos torcedores do glorioso Clube Atlético Mineiro, por serem mais fiéis e comparecerem mais ao campo.

Não obstante, o Art. 952 do **Código Civil** italiano é claro ao contemplar o Direito de Superfície, tanto a execução, quanto a manutenção de uma construção

Art. 952 (CCItal.) – Il proprietario può costituire il diritto di fare e mantenere al di sopra del suolo una costruzione a favore di altri , che ne acquista la proprietà.

Assim, seja para o ordenamento pátrio, seja para os ordenamentos estrangeiros cabe trazer a caracterização do Direito de Superfície nas palavras do jurista lusitano José de Oliveira Ascensão, o que por certo, fará com que o leitor tome conhecimento da matéria sem quaisquer dúvidas, haja vista, a maestria do autor, na exposição do tema

De harmonia com a visão romana da propriedade, todo o elemento imobilizado que se encontrasse dentro dos limites verticais dum prédio deveria pertencer a um só proprietário. Não se admitia pois, que uma coisa implantada pertencesse à pessoa diversa do titular do solo. O instituto da acessão garantia a unidade jurídica dos elementos justapostos em proveito do dono do solo. O direito actual consagra porém um tipo de superfície que representa uma excepção a esses princípios. Passa a constituir conteúdo de um direito a faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações (art. 1524). Chamaremos superficiário ao que tem a faculdade de implantar, fundeiro ao dono do chão, e implante a coisa implantada (1993, p. 523).

Assim, uma vez ultrapassada esta fase de conceitos preliminares, se faz pertinente ampliar a noção conceitual do Direito de Superfície, o que por certo é facilitado pelo disposto no Art. 21, § 1º do **Estatuto da Cidade**, *in verbis*:

Art. 21 (EC) – O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis.
§ 1º – O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística.

Percebe-se, pois, que para se ter compreensão do Direito de Superfície no ordenamento brasileiro é preciso concluir que ele representa a possibilidade

do proprietário de certo imóvel de ceder a outrem construção ou plantação já existente, ou mesmo, o direito de fazer construção ou plantação em imóvel de outrem, levando-se em consideração a possibilidade de se estar sendo concedido, também, pelo proprietário ao beneficiário/superfícieário, além do uso do solo, o uso do subsolo e espaço aéreo.

Portanto, o Direito de Superfície no ordenamento pátrio representa uma mescla da interpretação conceitual dos Art. 21 do **Estatuto da Cidade** e Art. 1.369 do **Código Civil** de 2002, além da interpretação extensiva da doutrina, o que como mencionado, gera muitas dúvidas e confusão.

IV – O Direito de Superfície e o subsolo

Uma situação particular do Direito de Superfície diz respeito ao uso do subsolo, ou seja, à possibilidade de se utilizar a área inferior ao solo, seja em extensão com este, seja, independente deste.

Fala-se em uso do subsolo em extensão ao solo, pois foi esta a idéia contemplada no Art. 1.369, parágrafo único do **Código Civil** de 2002 “O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão”.

Da mesma forma, é a compreensão do Art. 21, § 1º do **Estatuto da Cidade**: “O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno (...)”.

Ou seja, no ordenamento pátrio o uso do subsolo está condicionado ao Direito de Superfície sobre o solo, ou seja, seria uma consequência do direito de fazer construção ou plantação, ou mesmo o direito de manter construção ou plantação, sobre determinado imóvel, o uso, também do subsolo.

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 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 (VENOSA, 2004, p. 429).

É o caso, por exemplo, de se realizar uma construção e precisar passar os encanamentos da rede de esgoto pelo subsolo, ou mesmo, a construção de fossa no subsolo, exemplos estes que caracterizam o uso do subsolo de forma necessária e agregada ao solo.

A utilização do subsolo somente será possível se pertinente ao objeto da concessão, isto é, a ela inerente. Todavia, para que dúvidas não parem no decorrer do contrato, é aconselhável que as partes definam previamente a possibilidade ou a proibição do uso do subsolo (BARROS, 2003, p. 253).

Em sentido análogo:

Tratando-se de direito de superfície, a regra há de ser a utilização apenas do solo do imóvel, nos termos das cláusulas contratuais, assim se interpretando o silêncio das partes. A utilização do subsolo somente será possível se pertinente ao objeto da concessão, isto é, a ela inerente, salvo se aprovado o Projeto de Lei n. 6.960/2002, que modifica a redação do art. 1.369, parágrafo único, ampliando o direito de uso do imóvel para o subsolo ou espaço aéreo, de acordo com a legislação urbanística e na forma do contrato. Todavia, enquanto não aprovadas as modificações aludidas, para que dúvidas não parem no decorrer do contrato, parece de boa índole que as partes definam previamente a possibilidade (e, se for o caso, apontando os limites) ou a proibição desse uso (FIGUEIRA JR., 2005, p. 1.254).

No entanto, a matéria que se quer destacar não é o uso do subsolo em extensão ao solo, como mencionado, anteriormente, mas, sim, o uso do subsolo, independente do solo.

Tal matéria ganha clareza quanto aponta-se para exemplo prático concernente às grandes metrópoles que apresentam grave problema de carência de estacionamentos, sendo saída única, a construção de estacionamentos subterrâneos.

Estamos falando aqui da possibilidade de se contratar tão somente o uso do subsolo, independente da superfície do solo.

Ou seja, nas grandes metrópoles já existem construções em todo o solo, contudo encontra-se inexplorado todo o subsolo, o qual pode ser uma boa alternativa de negócios, bem como, solução para problemas diversos.

Tal situação jurídica não encontra guarida no ordenamento pátrio, contudo foi muito bem construída no ordenamento lusitano, conforme assevera o Art. 1.525, 2. do **Código Civil** português, *in verbis*:

Art. 1.525 (CCPort.) – 2 . O direito de superfície pode ter por objecto a construção ou a manutenção de obra sob solo alheio.

Em consonância com o mencionado no diploma legal supra, novamente cita-se o mestre lusitano José de Oliveira Ascensão:

Uma única restrição constava da lei. O art. 1525/2 vedava a constituição de obra no subsolo, a menos que fosse inerente à obra superficiária. Contra ela nos insurgimos, por se terem desconsiderado interesses práticos. O Dec. Lei n.º 257/91, de 18 de Julho, fez inversão de marcha. O preceito proclama agora que o direito de superfície pode ter por objecto a construção ou a manutenção de obra sob solo alheio (1993, p. 527).

Portanto, verifica-se que o ordenamento pátrio é falho quanto a esta possibilidade imposta pelo Direito de Superfície, qual seja, o uso do subsolo, tão somente, sendo necessário espelha-se em compatriotas portugueses.

V – A extinção do Direito de Superfície e as indenizações

Outro tópico concernente ao Direito de Superfície que merece ser destacado diz respeito à extinção do contrato e conseqüente possibilidade de indenização ao superficiário pelas benfeitorias trazidas ao imóvel.

Conforme estabelece o Art. 1.375 do **Código Civil** de 2002, uma vez extinta a concessão o proprietário faz jus às benfeitorias, independente de indenização, vejamos:

Art. 1.375 (CCB) – Extinta a concessão, o proprietário passará a ter a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado ao contrário.

No mesmo sentido dispõe o Art. 24 do **Estatuto da Cidade** de 2001, *in verbis*:

Art. 24 (EC) – Extinto o direito de superfície, o proprietário recuperará o pleno domínio do terreno, bem como das acessões e benfeitorias introduzidas no imóvel, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário no respectivo contrato.

Ao que parece, no ordenamento pátrio o dever de indenizar não existe por ocasião do fim da concessão, salvo se houver sido convencionado entre as partes, ou seja, a regra é a não indenização.

Tal entendimento aparenta razão de ser na medida em que considera-se a concessão da superfície de forma gratuita, nos termos do Art. 1.370 do **Código Civil** de 2002, ou mesmo, o Art. 21, § 2º do **Estatuto da Cidade**, uma vez que se o superficiário recebe a superfície de forma gratuita, nada mais natural do que não haver indenização, haja vista que as benfeitorias serviriam de compensação pelo longo uso gratuito da concessão.

Têm os interessados a faculdade de ajustar o que melhor lhes convenha, para o caso de ficar extinta a superfície. Na falta de estipulação, a propriedade do solo fica liberada do direito concedido ao superficiário, sem que a este seja devida qualquer indenização (art. 1375). A planta ou a construção incorporam-se ao solo em definitivo, retornando ao princípio “*superfícies solo cedit*”. Presume-se que a utilização ou a exploração da propriedade superficiária já constituíram proveito bastante para o beneficiado pela concessão (PEREIRA, 2003, p. 246).

Por outro lado, se a concessão é onerosa com o pagamento de prestação ou prestações pelo uso da superfície, seria mais justo que o proprietário ao receber as benfeitorias findo o contrato, fornecesse ao superficiário uma indenização pelas mesmas, evitando assim um duplo enriquecimento por parte do proprietário, face ao recebimento de prestações, bem como das benfeitorias.

Desta forma, parece ter faltado ao legislador melhor tratamento à matéria, contudo deixou a possibilidade de arbítrio às partes na matéria relativa à indenização, pois o acordado pelas partes pode se sobrepor à regra geral.

Em sentido, diametralmente, oposto ao ordenamento pátrio é a normatização estabelecida no **Código Civil** português, especificamente no Art. 1.538, *in verbis*:

Art. 1.538 (CCPort.) – 1 . Sendo o direito de superfície constituído por certo tempo, o proprietário do solo, logo que expire o prazo, adquire a propriedade da obra ou das árvores.

2 . Salvo estipulação em contrário, o superficiário tem, nesse caso, direito a uma indenização, calculada segundo as regras do enriquecimento sem causa.

Percebe-se, que o ordenamento português, da mesma forma que o brasileiro, não faz diferenciação se a concessão é gratuita ou onerosa para efeito de se estabelecer a indenização, quando da extinção do contrato.

Também, da mesma forma que o ordenamento brasileiro, o **Código Civil** português concede às partes a faculdade de acordarem se haverá ou não indenização por ocasião do fim contratual.

Contudo, existe uma diferença fundamental do ordenamento português face ao brasileiro, haja vista que a regra geral para os lusitanos é a da indenização por ocasião do fim contratual, indenização esta galgada nos moldes do enriquecimento sem causa.

Se a superfície se extingue pelo decurso do prazo haverá, salvo estipulação em contrário, direito a uma indemnização. Esta é calculada segundo as regras do enriquecimento sem causa (art. 1538). O fundeiro terá pois de indemnizar o superficiário daquilo que efectivamente receber (ASCENSÃO, 1993, p. 531).

Salienta-se que o **Código Civil** italiano, também faz menção em seu Art. 953 a respeito do fim do direito de superfície, e, conseqüente, direito do proprietário do solo às construções:

Art 953 (CCItal.) – Se la costituzione del diritto è stata fatta per un tempo determinato, allo scadere del termine il diritto di superficie si estingue e il proprietario del suolo diventa proprietario della costruzione.

Nota-se, pois, que se ocorrer a extinção do direito de superfície por ocasião de desapropriação do imóvel por interesse público a indenização é cabível tanto a proprietário quanto a superficiário.

Tal entendimento é estabelecido pelo Art. 1.376 do **Código Civil** de 2002:

Art. 1.376 (CCB) – No caso de extinção do direito de superfície em conseqüência de desapropriação, a indenização cabe ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito de cada um.

Ou seja, verifica-se a extensão do direito do proprietário sobre o imóvel, bem como, do superficiário sobre as benfeitorias e, assim, computam-se as respectivas indenizações.

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 (VENOSA, 2004, p. 431).

No mesmo sentido, preceitua:

Então, terá direito a indenização o proprietário e o superficiário; quanto ao valor que caberá a cada um, deve ser analisado o caso em concreto para o delineamento do direito correspondente a cada uma das partes (proprietário concedente e superficiário) (BARROS, 2003, p. 253).

O ordenamento civilista português, também, estabelece indenização a cada um dos titulares, na proporção de seus direitos, ou melhor, indenização correlata aos direitos.

Assim, estabelece o Art. 1.542 do **Código Civil** português:

Art. 1542 (CCPort.) – Extinguindo-se o direito de superfície em consequência de expropriação por utilidade pública, cabe a cada um dos titulares a parte da indemnização que corresponder ao valor do respectivo direito.

Desta forma, percebe-se que muitas vezes o Direito de Superfície gera a obrigação de indenizar a outrem, sendo que em algumas circunstâncias o ordenamento estabelece às partes a prerrogativa de fixarem as condições da indenização, e, em outras, o ordenamento preceitua, como ordem pública, as circunstâncias da indenização.

VI – O Direito de Superfície e os tributos

Tópico que merece ser estudado quando se discorre sobre o Direito de Superfície diz respeito aos tributos que incidem sobre o imóvel. Tal estudo já se justifica por uma primeira indagação, qual seja: tributar o imóvel sujeito à concessão ou tributar a propriedade superficiária?

Outra indagação interessante diz respeito a quem deve ser imputada a responsabilidade pelo pagamento dos tributos: ao proprietário ou ao superficiário?

Ao que parece, ambas as indagações são facilmente respondidas, pois deve-se tributar tanto o imóvel sujeito à concessão, como a propriedade superficiária, bem como, tanto proprietário quanto superficiário são responsáveis pelos tributos.

Acontece que a legislação pátria não contribui para solucionar as indagações acima abordadas, haja vista que o **Código Civil** de 2002 expõe preceito legal diverso do estabelecido no **Estatuto da Cidade** de 2001.

Assim preceitua o Art. 1.371 do **Código Civil** de 2002:

Art. 1.371 (CCB) – O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel.

Nota-se que o **Código Civil** de 2002 não contribui para diferenciar o imóvel sujeito à concessão, ou mesmo, a propriedade superficiária, restringindo apenas em referir-se à imóvel. Tal diploma legal tampouco refere-se à responsabilidade tributária do proprietário.

Por outro lado, o **Estatuto da Cidade** de 2001 traz melhor clareza à problemática mediante a redação do Art. 21, § 3º, *in verbis*:

Art. 21 (EC) – (...)

§ 3º - O superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, 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.

Percebe-se que o **Estatuto da Cidade** de 2001 possui redação melhor, fazendo as diferenciações pertinentes entre propriedade superficiária e área objeto da concessão, bem como, deixando entender que tanto o superficiário quanto o proprietário possuem suas parcelas de responsabilidade pelos tributos.

Contudo, se cotejado o dispositivo com o atual Estatuto da Cidade (art. 21, § 3º, da Lei n. 10.257 de 10-7-2001), podemos afirmar que se apresenta incompleto, tendo em vista que deixou de ressaltar a obrigação em grau proporcional 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. Penso, sinceramente, que esta complementação sugerida prevenirá problemas futuros de aplicação do novo dispositivo e de sua interpretação, sobretudo em face da existência de sistema normativo precedente cujo texto se encontrava, neste particular, melhor redigido (Estatuto da Cidade). Para tanto, apresentei proposta de Projeto de Lei encaminhada ao nobre Deputado Ricardo Fiúza (FIGUEIRA JR., 2005, p. 1.257).

Tamanho é a incongruência entre os textos legais que o **Projeto de Lei nº 6.960/2002** propõe nova redação ao Art. 1.371:

Art. 1.371 (CCB) – (Redação Lei n.º 6.960/02) – O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, 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.

Não obstante, ressalta-se que o Art. 21, § 3º *in fine* do **Estatuto da Cidade** de 2001 faz referência à possibilidade concedida por lei ao proprietário e superficiário de poderem contratar da forma que melhor lhes convierem as responsabilidades pelos tributos.

Não é crível que o **Código Civil** de 2002 sequer tenha feito menção a tal particularidade, sendo até inacreditável que o diploma legal elaborado em 2002 tenha redação inferior ao texto legal elaborado em 2001.

Tanto é verdade que o nosso diploma civilista não foi muito feliz na respectiva matéria que houve a elaboração do **Enunciado nº 94 da Jornada de Direito Civil STJ-CEJ/CJF**:

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 (FIGUEIRA JR.; FERRO, 2002).

Para finalizar considerações sobre as obrigações referentes aos tributos cabe transcrever-se posição doutrinária do professor Caio Mário Pereira quanto às imputações pelo não recolhimento dos encargos:

Na falta de outra convenção, incumbe ao superficiário o pagamento dos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel, bem como as despesas de conservação ou manutenção (art. 1.371). O descumprimento deste dever poderá ser sancionado com a resolução do direito de superfície, uma vez constituído o superficiário em mora (2003, p. 244-245).

Desta forma, finaliza-se mais esta seção do trabalho demonstrando aspecto interessante concernente aos tributos, e, mais, demonstrando grave diferenciação entre textos legais do ordenamento pátrio que geram confusão e dúvidas.

VII – O Direito de Superfície e a preferência na alienação

Outro item que deve ser destacado diz respeito ao direito de preferência concedido ao proprietário e ao superficiário por ocasião da alienação do imóvel ou do direito de superfície.

Conforme se depreende do Art. 1.373 do **Código Civil** de 2002, ambos, superficiário e proprietário, possuem direito de preferência em igualdade de condições. “Art. 1.373 (CCB) – Em caso de alienação do imóvel ou do direito de superfície, o superficiário ou o proprietário tem direito de preferência, em igualdade de condições”.

Um pouco mais completa é a redação dada à matéria pelo Art. 22 do **Estatuto da Cidade** de 2001, *in verbis*:

Art. 22 (EC) – Em caso de alienação do terreno, ou do direito de superfície, o superficiário e o proprietário, respectivamente, terão direito de preferência, em igualdade de condições à oferta de terceiros.

Vislumbra-se que o texto legal de 2001, neste aspecto particular, teve a preocupação de deixar claro que a preferência de superficiário e de proprietário se dá em razão de terceiros, evitando assim qualquer dúvida ou equívoco.

Contudo, ambos os textos legais não foram claro em mencionar que a preferência do proprietário se dá em razão da área superficiária, bem como, a preferência do superficiário se dá em função do imóvel sujeito à concessão.

O que o dispositivo preconiza é o direito de preferência recíproco sobre os direitos reais em benefício de ambos os titulares que pactuaram por instrumento de concessão. Assim, se o proprietário decidir alienar o imóvel objeto do contrato, o superficiário terá preferência na aquisição; por sua vez, se for este último a desejar alienar o direito real de superfície, recairá a preferência para o proprietário concedente, sempre, e em qualquer hipótese, em igualdade de condições para ambas as partes (FIGUEIRA JR., 2005, p. 1.258).

A doutrina acima transcrita traz clareza para a melhor compreensão do Art. 1.373 do **Código Civil** brasileiro. No entanto, podem ainda persistir dúvidas oriundas de texto legal mal elaborado, como é o caso do referido dispositivo.

Dentre dúvidas e críticas ao mencionado artigo do emaranhado civilista, 03 (três) apontamentos são feitos na obra do professor Caio Mário Pereira que merecem ser destacados:

O art. 1.373 confere o direito de preferência em caso de alienação, seja de do imóvel ou da superfície, ao superficiário ou ao proprietário, respectivamente. O direito de preferência assegurado ao proprietário do solo, em caso de alienação da superfície, compreende-se, pois é razoável

que deseje ele exonerar a sua propriedade, liberando o bem de uma situação jurídica que o onera. O que não encontra justificativa é a preferência dada ao superficiário, em caso de alienação do imóvel. A uma, porque cria uma restrição ao direito de propriedade, impondo-lhe notória depreciação. A duas, porque se inverte a situação, instituindo um poder maior ao que, por natureza é acessório. E a três, porque o imóvel pode ter maior extensão do que a área ou parte que é objeto da superfície, criando-se um impasse, a saber, se o proprietário alienante é obrigado a dar preferência apenas da parte superficial, no caso de venda de todo o imóvel, ou se será compelido a desmembrá-lo, para assegurar ao superficiário preferência apenas para a compra desta, liberado o restante (PEREIRA, 2003, p. 245).

A doutrina do professor mineiro traz apontamentos diversos e importantes, mas, também não traz respostas aos próprios questionamentos, gerando, infelizmente dúvidas e incongruências.

Outro apontamento sobre o contexto diz respeito à possibilidade das partes contratantes do Direito de Superfície, ou seja, proprietário e superficiário acordarem o direito de preferência de forma diversa ao estabelecido em lei, mediante previsão no instrumento de constituição.

Em se tratando de direito patrimonial de caráter privado, a preferência na aquisição pode ser objeto de transação ou renúncia, sendo lícito consignar esta última no instrumento de constituição (PEREIRA, 2003, p. 246).

De forma diferenciada, o direito de preferência é tratado no ordenamento lusitano, o qual coloca o proprietário em situação desprivilegiada, haja vista a redação do Art. 1.535 do **Código Civil**.

Art. 1.535 (CCPort.) – 1. O proprietário do solo goza do direito de preferência, em último lugar, na venda ou dação em cumprimento do direito de superfície; sendo, porém enfiteutico o prédio incorporado no solo, prevalece o direito de preferência do proprietário.

Confirmando o disposto na legislação portuguesa são as palavras de José de Oliveira Ascensão, a seguir transcritas:

O direito de preferência concedido ao proprietário do solo na venda ou dação em cumprimento do direito de superfície

(art. 1535/1º). Esta preferência é graduada em último lugar. É lamentável que, nos casos de superfície perpétua, não tenha sido concedida a preferência ao fundeiro, permitindo-se assim o desenlace desta situação destituída de função social (1993, p. 533).

Portanto, é perceptível um certo descontentamento tanto da Doutrina brasileira, quanto da Doutrina portuguesa com suas respectivas legislações, no que se refere ao exercício do direito de preferência de superficiário e proprietário, quando da alienação do imóvel ou da concessão superficiária.

Assim, cabe aqui mais uma crítica ao ordenamento legal brasileiro em matéria de Direito de Superfície, uma vez, que são vários os dispositivos mal concebidos.

VIII – Considerações finais

Ante ao exposto, chega-se a uma primeira conclusão que talvez seja a mais coerente, sendo que tal reflexão se dá em razão da Função Social da Propriedade, haja vista que o Direito de Superfície acaba por atingir tal fim, quando permite à propriedade ser explorada nas suas mais variadas nuances.

O fato de se poder separar os direitos do proprietário dos direitos dos superficiário sobre, na realidade, o mesmo bem imóvel faz com que se vislumbre a destinação melhor da propriedade. Estamos, pois, diante de um antigo instituto jurídico que vem sendo resgatado na ambição de se resolver problemas atuais.

Outra conclusão, não tão positiva quanto a primeira, diz respeito à forma pouco feliz com que o legislador, ou, legisladores, trataram a matéria. De início, percebe-se a existência de dois diplomas legais que regulamentam o instituto, que como visto, são objeto de discussões doutrinárias diversas quanto a derrogação ou não de um pelo outro.

Não obstante, a existência de dois textos legais, muitas vezes os dispositivos são controversos, incompletos, incongruentes, ou mesmo, sem qualquer correlação com o ordenamento estrangeiro. É de certa forma risível que o ordenamento pátrio não tenha tratado do Direito de Superfície, tão somente, do subsolo, como assim o faz o direito civil internacional conforme vertentes mais modernas.

Parece, realmente, que o instituto, em toda a sua importância e utilidade, não teve por parte daqueles que lhe deram roupagem legal, o tratamento merecido. Tanto o legislador do **Estatuto da Cidade** de 2001 quanto do **Código Civil** de 2002 foi omissos, e, muitas vezes, confuso na redação da lei.

Assim, o que se espera é que as modificações propostas por meio de Projeto de Lei já existente, ou mesmo, por existir, possam dar ao instituto do Direito de Superfície o respeito que merece, trazendo clareza e solução para as incongruências e omissões hoje existentes.

Referências bibliográficas

ARGENTINA. **Código Civil de la República Argentina**. Ed. rev. e atual. Buenos Aires: Librería El Foro, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**: reais. 5. ed. rev. e ampl. Lisboa: Coimbra, 1993.

BRASIL. **Código Civil brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. **Comentários sobre Direito de Superfície**: novo Código Civil comentado. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIGUEIRA JR., Joel Dias; FERRO, Marcelo Roberto. Enunciado aprovado n. 94. **Jornada de Direito Civil, STJ-CEJ/CJF, 11 a 13 de setembro de 2002**, Distrito Federal.

ITÁLIA. **Codice Civile e leggi complementari**. 26. ed. Napoli: Esselibri-Simone, 2005.

LIRA, Ricardo César Pereira. Enunciado aprovado n. 93. **Jornada de Direito Civil, STJ-CEJ/CJF, 11 a 13 de setembro de 2002**, Distrito Federal.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: direitos reais. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PORTUGUAL. **Código Civil português**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direitos reais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.