
***DIREITO DE SUPERFÍCIE. UMA SOLUÇÃO
JURÍDICA PARA MINIMIZAR CUSTOS EM
EDIFICAÇÕES****

Luciano de Souza Godoy

*Professor de Direito Civil na Universidade São Judas
Tadeu, Mestrando em Direito Civil na Universidade de
São Paulo e Procurador do Estado de São Paulo.*

SUMÁRIO: 1. Conceito. 2. Origem. 3. Legislação estrangeira. 4. Projeto de Código Civil. 5. O Decreto-Lei nº. 271/67. 6. A implantação do instituto; 7. Bibliografia.

* Este estudo foi realizado em abril de 1996.

CONCEITO

A superfície aparece como uma forma de afastar os efeitos legais da acessão, criando-se uma propriedade distinta do solo. O titular do direito de propriedade do terreno é um, e outro o titular da propriedade da construção ou da plantação. Por um negócio jurídico, normalmente um contrato, afasta-se a regra geral da acessão, que será restabelecida quando o direito de superfície se extinguir.

Artur Oscar de Oliveira Deda¹ escreve que na concepção moderna, o direito de superfície consiste em neutralizar os efeitos atributivos da acessão, conferindo a quem edificou ou plantou em solo alheio a propriedade superficiária. E, de outro lado, extingue-se o direito de superfície, desaparecendo a propriedade superficiária. Reativa-se, nesse momento, o princípio da acessão.

Pelo princípio da acessão, que está presente como característica da propriedade imóvel no Brasil, o que se incorpora ao solo - construções ou plantações - aderem à propriedade imobiliária, e conseqüentemente acrescem ao direito de propriedade de seu titular. Como disciplina o artigo 545 do Código Civil, toda construção, ou plantação, existente em um imóvel, presume-se feita pelo proprietário e à sua custa. Esta presunção é relativa, sujeita assim a prova em contrário. Aplica-se assim o princípio de que o acessório segue o principal.

Este autor² considera a superfície como exceção ao princípio da acessão. É o conteúdo de um direito a faculdade de construir ou de manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações. E acrescenta que pode ser singelamente conceituada como o direito real de ter coisa própria incorporada em terreno alheio. O direito de propriedade do *chão*³ (do solo) pertence ao fundeiro e, de outro lado, o direito do superficiário de fazer o implante (incorporação) de edifício ou plantação. Existe, assim, neste aspecto de propriedade especial, a propriedade superficiária, que constitui a propriedade do implante.

¹ Direito de Superfície, p. 337.

² *Direitos Reais*, p. 523.

³ Termo utilizado pelo Direito Civil Português.

Outro autor que tratou, no Direito brasileiro, sobre o assunto foi Ricardo César Pereira Lira,⁴ ilustre Professor no Rio de Janeiro. *Justificando a aparência analítica pela índole compósita do instituto, conceitua a superfície como o direito real autônomo, temporário ou perpétuo, de fazer e manter construção ou plantação sobre ou sob terreno alheio; é a propriedade - separada do solo - dessa construção ou plantação, bem como é a propriedade decorrente da aquisição feita ao dono do solo de construção ou de plantação nele já existente.*

A elaboração do conceito traz a questão da natureza jurídica do instituto, que se apresenta controversa. Esses autores consideram a superfície como direito real autônomo, denominando-o mesmo de propriedade superficiária. É transferível *inter vivos* ou *causa mortis*, hipotecável, não se extingue pelo não uso, é tutelada pelas ações possessórias e petitórias, e consideradas as limitações eventuais do título, ainda pode ser considerada plena.⁵

Predomina assim a teoria binária, que afirma a existência de duas relações: a relação superficiário-edificação ou plantação; e a relação proprietário-superficiário. Há assim a afirmação da propriedade superficiária.

2. ORIGEM

Os autores afirmam, sem sombra de dúvida, a existência da superfície no Direito Romano. É a origem do instituto nos dias atuais, em inúmeras leis civis alienígenas.

A superfície surgiu no direito clássico, a partir da necessidade de se permitir a particulares que edificassem em solo público, ficando com o gozo das construções, mediante o pagamento de uma anuidade.

⁴ *O Moderno Direito de Superfície*, p. 15.

⁵ Ricardo César Pereira Lira, *ob. cit.*, p. 57. Acrescenta que dentre as peculiaridades do instituto há o pagamento de certa quantia (*solarium*) de uma só vez, ou parceladamente; todavia este não é da essência da superfície, como na enfiteuse, porque no silêncio da partes, entende-se que não há obrigação de pagamento.

de. Apresentava-se originalmente sob a forma de contratos de arrendamento, por longos prazos.⁶

No Direito Justiniano, a superfície tornou-se direito real sobre coisa alheia, alienável e transmissível aos herdeiros, consistindo na atribuição a uma pessoa (superficiário) de amplo direito de gozo sobre edifício construído em solo alheio.⁷ Decorreu da necessidade de abrandar o rigor da regra o acessório segue o principal - *accessorium sequitur principale*, abolindo os efeitos da acessão na propriedade imobiliária. O Direito Romano considerou a superfície um mero direito real sobre coisa alheia - *iura in re aliena*. Não chegou a conceber a idéia de propriedade superficiária, como nos dias atuais.

3. LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

O B.G.B (Código Civil Alemão) de 1896 foi das primeiras codificações a regular expressamente a superfície, nos seus §§ 1.012 a 1.017. Também o Código Civil suíço, de 1907, disciplinou a matéria nos artigos 775 a 779. Em 1965, lei federal ampliou o instituto.

O Direito Civil francês não disciplina expressamente o direito de superfície, contudo, por construção doutrinária, vem sendo admitido como exceção ao princípio da acessão.

O Código Civil italiano estabelece, no artigo 952, que o proprietário pode constituir o direito de fazer e manter, acima do solo, uma construção a favor de outrem que não adquire a propriedade. E ainda pode igualmente alienar a propriedade da construção já existente, separadamente da propriedade do solo. No artigo 956, proíbe que seja constituída ou transferida a propriedade das plantações separadamente do solo. Veda expressamente, nestes termos, a superfície agrária - concessão ao superficiário do direito de plantar no imóvel.

Diferentemente disciplina o Código Civil português. Dispondo sobre a superfície, nos mesmos moldes das leis anteriores, estabelece a possibilidade de constituição de superfície com finalidade de construção ou plantação.

⁶ J.C. Moreira Alves, *Direito Romano*, p. 425.

⁷ J.C. Moreira Alves, *ob. cit.*, p. 424.

O renomado jurista português **José de Oliveira Ascensão**⁸ pensa favoravelmente a esta posição, aceitando o que denomina superfície agrícola, destacando o interesse que tal modalidade deve despertar nos agraristas. Escreve que, perante uma agricultura estática, a superfície agrícola pode trazer uma dinamização, já que permite a introdução de melhoramentos que o proprietário não está em condições de fazer por si. E justamente porque, nestes tempos, com uma agricultura mecanizada, cada vez mais recursos são exigidos para a implementação de projetos agrícolas de porte.

4. PROJETO DE CÓDIGO CIVIL

O Código Civil brasileiro não elenca a superfície entre os direitos reais. Todavia, o projeto de Código Civil, que atualmente tramita pelo Congresso Nacional a prevê. Dispõe o artigo 1.368 do Projeto de Código Civil,⁹ que o proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo indeterminado, mediante escritura pública devidamente inscrita no Registro de Imóveis.

Identifica-se nesse dispositivo um tom conceitual, bem conveniente na criação de um novo instituto no direito nacional. A sociedade não possui tradição no uso e aplicação da superfície, não estando familiarizada com o instituto.

Outro elemento a destacar é a idéia de concessão de um direito real, destacado do direito de propriedade pleno exclusivo, visando à construção ou à plantação. É a propriedade superficiária que o direito projetado especifica. A caracterização de direito real exige a concessão mediante instrumento público, bem como a inscrição no respectivo registro de imóvel, o que torna público a sua existência.

Também há o fator tempo, podendo a superfície ser por tempo determinado ou indeterminado. Na sua extinção, o proprietário pasará a ter o domínio pleno sobre o imóvel, incluindo a construção ou a plantação realizada, independentemente de indenização, no silên-

⁸ *ob. cit.*, p. 527 - vide também O Direito de Superfície Agrícola, p. 166.

⁹ O Projeto 634 aprovado pela Câmara dos Deputados, em 1984, dispõe sobre a superfície nos artigos 1.368 a 1.374, na parte referente aos direitos reais.

cio das partes. Podem convencionar diversamente, estabelecendo indenização para as construções e plantações, bem como para as benfeitorias.

Não pode o superficiário dar ao imóvel destinação diversa daquela especificada na concessão, sob pena de a superfície se resolver.

A superfície pode ser constituída de forma gratuita ou onerosa, podendo ocorrer o pagamento de uma só vez ou parceladamente. Estabelece-se ainda a proibição de qualquer forma de pagamento ao proprietário pelo evento da transmissão a terceiro, quer por alienação ou por transmissão *causa mortis*.

Desta forma, afasta-se a vinculação do outorgado com o outorgante além do momento da constituição, não estabelecendo o vínculo que existe na enfiteuse que pode caracterizar uma submissão de vontades. Esta seria uma das características que apontam uma marca feudal à enfiteuse, pela qual este instituto é muito criticado.

5. O DECRETO-LEI N.º 271/67

O Decreto-Lei n.º 271, de 28 de fevereiro de 1967, dispondo sobre loteamento urbano, responsabilidade do loteador, concessão de uso e espaço aéreo, estabelece:¹⁰

Artigo 7º. É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social.

§ 1º. A concessão de uso poderá ser contratada por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo, e será inscrita e cancelada em livro especial.

§ 2º. Desde a inscrição da concessão de uso, o concessionário fruirá plenamente do terreno para os fins estabelecidos no contrato e responderá por todos os encargos civis, adminis-

¹⁰ Os compêndios sobre legislação civil geralmente trazem este Decreto-Lei.

trativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas.

§ 3º. Resolve-se a concessão antes de seu termo, desde que o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da estabelecida no contrato ou termo, ou descumpra cláusula resolutória do ajuste, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza.

§ 4º. A concessão de uso, salvo disposição contratual em contrário, transfere-se por atos inter vivos, ou por sucessão legítima ou testamentária, como os demais direitos reais sobre coisas alheias, registrando-se a transferência.

Neste último dispositivo de lei, que regula a denominada concessão de uso, pode-se identificar os elementos da superfície. Isto faz-nos crer a existência da superfície, do direito de propriedade superficiária, no direito brasileiro, apesar de impropriedades técnicas de redação e também da terminologia.

A transferência por ato negocial ou por herança e a obrigatoriedade de inscrição no registro imobiliário confirmam o seu caráter de direito real. Contudo, refere-se a direito real sobre coisa alheia e propriedade resolúvel, quando na verdade deveria referir-se à propriedade superficiária.

De outro lado, a caracterização de superfície mostra-se de duas formas. O outorgado pode usar e gozar a propriedade superficiária do imóvel de acordo com a finalidade determinada, realizando construções ou plantações que não se incorporam à propriedade do terreno. Esta pode ser transferida por ato negociável.

Em segundo lugar, com a extinção do direito, por descumprimento do ajuste, como o desvio de finalidade, ou pelo decurso do tempo, as benfeitorias realizadas reverterem ao proprietário do terreno, sem indenização, se de outra forma não fora ajustada. Neste caso, consolida-se a propriedade do terreno com a propriedade das construções ou plantações, segundo o princípio da acessão.

Conclui-se que, como um autêntico direito real, a superfície está presente no direito brasileiro. Ressalva-se que, apesar da referência legal a direito real sobre coisa alheia, por construção doutrinária, baseada na teoria geral do instituto, deve-se concebê-lo como um

direito real autônomo, assentado em imóvel alheio. É a propriedade superficiária.

Este texto legal não é preciso e não disciplina o instituto de forma conveniente. Por ser um novo instituto, estranho à tradição legal brasileira, deveria ser minuciosamente disciplinado. A sociedade valoriza muito os direitos reais, porque espelham uma forte imagem da segurança jurídica, pela garantia que o Estado lhes proporciona. Têm, em decorrência, grande importância à vida econômica do País. Por isso não se pode descartar uma ordenação da superfície no projeto de Código Civil, inclusive porque os direitos reais teriam um tratamento sistemático no Código Civil.

Consideramos mesmo imprescindível esta disciplinação, para a tranqüila implantação do instituto no País.

6. A IMPLANTAÇÃO DO INSTITUTO

Um tratamento sistemático do instituto da superfície, pela legislação e pela doutrina, mostra-se importante para a sua implantação. E principalmente porque não faz parte da nossa tradição jurídica, inspirada principalmente no liberalismo do Código Civil Napoleônico, com uma concepção de propriedade trazida do Direito Romano, primando pelos caracteres de ser exclusiva, perpétua e absoluta. De forma nenhuma nossa cultura jurídica receberia tranqüilamente a idéia de uma propriedade superficiária, distinta da propriedade do terreno.¹¹

Diversos autores, entre eles Orlando Gomes,¹² consideram importante a disciplinação da superfície pelo futuro direito civil brasileiro, admitindo sua utilidade para certos fins específicos, que podem incentivar as construções e plantações, principalmente em imóveis públicos. Seria assim uma alternativa para a solução do problema habitacional. Analisa-se com base em legislações recentes, que revi-

¹¹ José de Oliveira Ascensão. *O Direito de Superfície*, p. 169, escreve que a inércia da vida agrária favorece os institutos tradicionais e desfavorece as inovações legislativas. A superfície aparece desligada de uma tradição nacional que, se porventura existiu, se tinha quebrado já. Dessa forma, o conservadorismo do meio agrário fará olhá-la com suspeita, não se tendo notícia que tenha entrado nos hábitos dos portugueses.

¹² Citado por R. Limongi França, *Propriedade*, p. 174.

talizaram com novas feições um instituto que fora abandonado. Volta assim a ter aplicação, sob forma nova e em outra perspectiva, um direito que fora condenado e caíra em desuso.

Também Ricardo César Pereira Lira¹³ conclui que o direito de superfície é categoria jurídica relevante do ponto de vista jurídico e social, a ser propriamente inserida em nosso direito positivo, como indispensável instrumento a ser adotado na implantação de uma política racional de utilização do solo urbano e de uma reforma agrária efetivamente estrutural. Com isso pode-se dar uma nova reforma estrutural do conceito de propriedade, necessária a uma revitalização do direito civil brasileiro.

Miguel Reale¹⁴ considera que a superfície pode se caracterizar num instrumento de mobilização e dinamização da propriedade.

Transcrevemos as palavras do ilustre professor, elaborador do atual projeto de Código Civil:

Toda vez que uma sociedade, como toda vez que um grande centro urbano se desenvolve - e isto acontece em Roma - surge a idéia do direito de superfície. É o que nós costumamos dizer, que os modelos jurídicos às vezes entram em eclipse e, quando menos se espera, por circunstâncias completamente imprevistas, esses modelos jurídicos antigos reaparecem com roupagens novas, mas na mesma feição do antigo, para realizar a mesma feição ou feição análoga ou paralela à do modelo antigo. Assim acontece com a superfície.

(...)

De maneira que é um instrumento do Direito Romano que modernizado e atualizado é trazido para o nosso tempo como um instrumento de ação, ao mesmo tempo benéfica para o proprietário e para a coletividade

A propriedade, ao mesmo tempo que constitui uma garantia individual do cidadão, deve atender um fim social, que lhe é inerente. Nesse sentido, prescreve a Constituição Federal, no artigo 5º., incisos XXII e XXIII. E, sem dúvida, a propriedade que não utiliza ade-

¹³ *Ob. cit.*, p. 93.

¹⁴ *O Projeto de Código Civil*, pp. 52-54

quadamente, retirando frutos, não beneficia à sociedade como um todo, e não está cumprindo sua função social. Dessa forma não está justificada a proteção estatal do direito de propriedade deste titular, porque não reverte nenhum proveito social.

A superfície propicia ao titular da propriedade de um terreno a possibilidade de fazer esta frutificar não diretamente, mas por atuação de terceiros. Cederia a superfície para a construção de alguma construção ou plantação que, depois de um tempo, reverteria ao seu patrimônio.

Da mesma forma, poderia o Estado se relacionar com particulares, para realizar em seus imóveis, construções em prol da coletividade, com o mínimo de dispêndio de recursos estatais. Cedida a superfície de imóveis públicos a particulares, principalmente empresas, para a realização de empreendimentos. Depois de decorrido um tempo, o Estado teria estradas, pontes, edifícios em seus terrenos.

Unem-se dois ideais: o proprietário de um terreno, que não quer se desfazer do patrimônio, mas não possui capital para investir, e um investidor, que possui o capital para realizar uma obra, geralmente vultosa, e voltada a fins empresariais, que não deseja imobilizar grande soma de dinheiro na aquisição do terreno. O benefício do proprietário está na quantia que pode receber na constituição da superfície, e na expectativa de aquisição das benfeitorias, que se incorporarão ao seu terreno, quando da extinção. O investidor se beneficia quando não precisa imobilizar capital na aquisição do terreno e, principalmente, porque com a fruição da superfície reverte o investimento e obtém o lucro almejado.

Também no campo agrário, a superfície poderia incrementar a utilização da propriedade agrária, principalmente em relação aos imóveis públicos. Poderia servir na distribuição das glebas em projetos de reforma agrária, após a desapropriação agrária, e na colonização oficial ou privada.

A nosso ver, a principal utilização da superfície seria na destinação das terras devolutas, arrecadadas pelos Estados, em substituição à legitimação e regularização de posse, por meio de ação discriminatória, como se realiza atualmente. Fatalmente se obteria uma agilização dos processos de regularização fundiária, com benefício a ambas as partes: Estado concedente e o rurícola outorgado do direito de

superfície sobre terras públicas, ou melhor, terras devolutas arrecadadas.

Em outra situação, o Poder Público não precisaria, pelo menos de imediato, comprar ou não desapropriar imóveis rurais para implementar assentamentos agrários. Criar-se-ia uma propriedade superficiária sob determinado imóvel rural, cedendo-os aos assentados.

Consistiria cláusula obrigatória na constituição dessas superfícies a finalidade de produção agrária adequada, cumprindo a propriedade agrária, como bem de produção, a função social que lhe é inerente. Se o outorgado deixasse o bem improdutivo, caracterizaria o desvirtuamento de finalidade, revertendo ao Estado o direito sobre a superfície. As benfeitorias realizadas seriam incorporadas automaticamente, reativando-se o princípio da acessão, sem qualquer indenização. A partir daí, poder-se-ia conceder novamente a outro interessado, o direito de superfície sobre esse terreno.

Constata-se, pelo acima exposto, que o instituto da concessão de uso, como disposto no Decreto-Lei nº. 271/67, estando plenamente em vigor, possibilita sua utilização para se atingirem os fins do direito de superfície. E, pelo paralelo traçado, verifica-se que seus efeitos são praticamente iguais ao do direito de superfície, como colocado no Projeto de Código Civil brasileiro. Sem sombra de dúvida, este instituto pode ser imediatamente utilizado, por quem assim o desejar.

Todavia, a introdução do direito de superfície entre nós, por uma abertura legislativa nos direitos reais do Código Civil, possibilitará o despertar do instituto para a comunidade jurídica. Este passo é importante, para a divulgação e consolidação do instituto na sociedade. Somente assim a superfície, como direito real, poderá ganhar a credibilidade e a confiança das pessoas na sua aplicação. Isto acarretará a realização de inúmeros negócios e, dessa forma, será inevitável uma dinamização do uso da propriedade imobiliária urbana, visando à habitação, e da propriedade agrária, visando à produção, e, em ambos os casos, em busca da função social da propriedade.

Considerando apenas esta possibilidade, vemos suficiente argumento para defendermos a implantação do instituto e sua regulamentação legislativa própria no âmbito no Direito Civil.

7. BIBLIOGRAFIA

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, Rio de Janeiro, Forense, 5ª. ed., 1983, vol. I.

ALMEIDA, Paulo Guilherme de. *A Propriedade Imobiliária Rural - Limitações*. LTr, São Paulo, 1980.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direitos Reais*, Coimbra, Coimbra Editora, 5ª. ed., 1993.

---- *O Direito de Superfície Agrícola: in Revista de Direito Civil, Agrário e Empresarial*. São Paulo, RT, 1978, vol. 4, pp. 145-172

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil - Comentado*, Ed. Rio - Edição histórica, Rio, 1976.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *Direito de Superfície*. In *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 26, pp. 337-349.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*. Saraiva, São Paulo, 1990.

---- *A Propriedade e sua Função Social*. In *Revista de Direito Agrário do INCRA - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária*. Brasília, INCRA, 1982, vol. 8, pp. 31-36.

FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo, Saraiva, 2ª. ed., 1991.

---- *Propriedade (transformações de seus desmembramentos)*. In *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 62, pp. 174-181.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *A Função Social do Contrato*. In *Revista de Direito Civil, Agrário, Imobiliário e Empresarial*, RT, São Paulo, vol. 45.

---- *Direito Agrário e os Mecanismos para a Conservação e a Preservação do Meio Ambiente*. In *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, RT, São Paulo, 1977, vol. 56, pp. 153-161.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro, Forense, 8ª. ed., 1983.

LIRA, Ricardo César Pereira. *O Moderno Direito de Superfície (Ensaio de uma Teoria Geral)*. In Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, nº. 35, 1979, pp. 2-98.

REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 1986.