

STJ00096484

RODRIGO MAZZEI

Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).
Doutor pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Pós doutorando
(UFES – bolsa CAPES-REUNI). Professor do curso de mestrado da
Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Vice-presidente do
Instituto dos Advogados do Estado do Espírito Santo (IAEES).

DIREITO DE SUPERFÍCIE

- » Evolução histórica e comparada;
- » Código Civil, Estatuto da Cidade e micro-sistemas;
- » Análise constitucional do instituto;
- » Cláusulas gerais e função social da propriedade;
- » Aplicação (e funcionalização) do direito de superfície.

2013



EDITORA
JusPODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

10
anos



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Mato Grosso, 175 – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia

Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050 • E-mail: fale@editorajuspodivm.com.br

Copyright: Edições JusPODIVM

Conselho Editorial: Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Rene Bueno e Daniela Jardim (www.buenojardim.com.br)

Diagramação: Araori Coelho (araoricoelho@gmail.com)

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	11
PREFÁCIO	13
1. INTRODUÇÃO	17
2. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO	23
2.1. Raízes romanas	23
2.2. Direito intermediário	38
3. DO DIREITO ESTRANGEIRO	45
3.1. Áustria	46
3.2. Alemanha	49
3.3. Suíça	51
3.4. Bélgica	54
3.5. Holanda	56
3.6. Itália	58
3.7. Espanha	61
3.8. Portugal	65
3.9. França	71
3.10. Inglaterra	74
3.11. Canadá (Código de Quebec)	74
3.12. Argentina	76
3.13. Bolívia	80
3.14. Peru	82
3.15. Macau	83
3.16. Japão	91
3.17. República da Coreia	92
3.18. China	92
3.19. Cuba	93

4. A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE NO BRASIL.....	99
4.1. O direito de superfície no Brasil: do descobrimento ao Código Civil de 2002	99
4.1.1. Ordenações.....	100
4.1.1.1. Ordenações Afonsinas.....	101
4.1.1.2. Ordenações Manuelinas	103
4.1.1.3. Ordenações Filipinas	104
4.1.2. Lei de 9 de julho de 1773.....	104
4.1.3. A Consolidação das Leis Cíveis e a Lei n. 1.237, de 24 de setembro de 1864.....	108
4.1.4. Código Civil de 1916: descarte do Projeto Revisto.....	111
4.1.5. A tentativa de codificação sob a batuta de Orlando Gomes	113
4.1.6. Código Civil de 2002: do anteprojeto, passando pelo Estatuto da Cidade, ao texto atual.....	115
4.1.7. Projeto de Lei n..... 6.960/2002	119
5. O CÓDIGO CIVIL DE 2002: EVIDÊNCIAS DA SUPERAÇÃO DO MODELO DE 1916.....	121
5.1. O surgimento dos microsistemas	125
5.2. A função “participativa” do Código Civil de 2002	130
5.3. Os princípios do Código Civil de 2002	139
5.3.1. Princípio da socialidade	139
5.3.2. Princípio da eticidade.....	142
5.3.3. Princípio da operabilidade.....	144
6. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO BRASIL	149
6.1. Da “propriedade” do Código Civil de 1916 à “função social da propriedade” do Código Civil de 2002	149
6.1.1. Código Civil de 1916: a propriedade tratada sem olhos à sua função social (León Duguit e a Constituição de Weimar).....	150
6.1.2. Tratamento constitucional da função social da propriedade: da Constituição de 1934 à Carta Magna de 1988.....	155

6.1.3.	O Código Civil de 2002 e a função social da propriedade.....	157
6.1.3.1.	O artigo 1.228, parágrafo 1º: cláusula geral extensiva	158
6.1.3.2.	O artigo 1.228, parágrafo 1º: “cláusula geral restritiva”	160
6.2.	Do direito de superfície e a sua vinculação à concepção de função social da propriedade	163
7.	O DIREITO DE SUPERFÍCIE NO CÓDIGO CIVIL E NO ESTATUTO DA CIDADE (LEI Nº 10.275/2001): BREVE ANÁLISE DE DISPOSITIVOS DO NOSSO ORDENAMENTO	169
7.1.	Direito real em qualquer dos corpos legislativos.....	171
7.2.	Aspectos objetivos da concessão	173
7.3.	Aspectos subjetivos da concessão.....	174
7.4.	Aspectos formais da concessão: formas de constituição do direito de superfície	174
7.5.	Fixação do prazo da concessão	180
7.6.	Possibilidade de concessão gratuita ou onerosa	183
7.7.	Responsabilidade pelo pagamento dos encargos e tributos	184
7.8.	Transmissibilidade ampla	185
7.9.	Direito de preferência	188
7.10.	Extinção do direito de superfície.....	191
7.10.1.	Extinção da concessão superficiária por desapropriação judicial	194
7.11.	Reversão	196
7.12.	Hipoteca (e situações afins).....	197
7.13.	Da aplicação supletiva do Código Civil (art. 1.377).....	207
7.14.	Da resenha das “diferenças” entre o Código Civil e o Estatuto da Cidade	207
7.15.	O Código Civil revogou os artigos sobre superfície do Estatuto da Cidade?	209
7.16.	Nossa posição: necessidade de interpretação sistêmica	211
8.	DA NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO	219
8.1.	O direito de superfície e o princípio “superficies solo cedit”	221

8.2.	Da dinâmica do direito de superfície	223
8.2.1	Breve síntese sobre os desdobramentos	
	permitidos pelo direito de superfície.....	224
8.2.1.1.	O direito real de implantar e sua natureza jurídica (concessão “ad aedificandum e ad plantandum”)	227
8.2.1.2.	Do direito real incidente sobre o implante (propriedade superficiária) e a sua natureza jurídica	231
8.2.1.3.	Da corrente “ius in re propria”	236
8.2.1.4.	Da corrente “ius in re aliena”	240
8.2.1.5.	Nossa opinião	244
9.	OUTRAS CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DO INSTITUTO	255
9.1.	É um direito real (exclusivamente) imobiliário	255
9.2.	É um direito real de natureza temporária.....	256
9.3.	É um direito que pode ser transmitido	259
9.4.	É um instrumento de “funcionalização” da propriedade	260
9.5.	Nosso conceito.....	264
10.	ANÁLISE E CONFRONTO COM OUTROS INSTITUTOS	267
10.1.	Direito de superfície x enfiteuse	267
10.1.1.	Da manutenção residual e especial da enfiteuse	274
10.2.	Direito de superfície x usufruto	276
10.3.	Direito de superfície x servidão	279
10.4.	Direito de superfície x locação	282
10.5.	Direito de superfície x direito real de uso (artigo 7º do Decreto-Lei n. 271/67)	284
11.	DA RELAÇÃO SUPERFICIÁRIA E SEUS ELEMENTOS	289
11.1.	Elementos subjetivos: as partes na concessão	290
11.1.1.	Proprietário	290
11.1.1.1.	Pessoa física	291
11.1.1.2.	Pessoa jurídica de direito privado....	295

11.1.1.3. Pessoa jurídica de direito público interno	295
11.1.1.4. Das “pessoas” sem personalidade jurídica	296
11.1.1.5. Condomínio	297
11.1.1.6. Promitente comprador	299
11.1.2. Superficiário	303
11.1.2.1. Aspectos gerais	303
11.1.2.2. Restrições ao estrangeiro.....	303
11.1.2.3. Pessoa jurídica de direito público interno	305
12. O OBJETO DA CONCESSÃO	307
12.1. A concessão sob a ótica da “natureza da acessão”	308
12.1.1. Da superfície vegetal.....	310
12.1.2. Da superfície construtiva	315
12.1.3. Da superfície mista.....	318
12.1.4. Da superfície especial.....	319
13. A CONCESSÃO SOB A ÓTICA DA “DINÂMICA SUPERFICIÁRIA”	323
13.1. Da relação superficiária simples (por cisão) e complexa: pontos fundamentais	325
13.2. Da interpretação dos artigos 1.369 do Código Civil e 21 do Estatuto da Cidade: possibilidade de concessão “simples” (“por cisão”) e “complexa”	326
13.3. Da relação superficiária “simples (superfície por cisão)”: particularidades.....	332
13.3.1. Cisão ordinária e cisão qualificada	332
13.3.2. A superfície por <i>cisão</i> e as benfeitorias.....	334
13.4. Da relação superficiária <i>complexa</i> : particularidades	335
13.4.1. Do direito à reconstrução e replantação: cláusula legal decorrente da essência do instituto	336
14. PLANO TOPOLÓGICO EM RELAÇÃO AO IMÓVEL (OBJETO DA CONCESSÃO)	339
14.1. Plano horizontal: base imobiliária.....	340
14.1.1. Imóveis rurais e urbanos.....	340

14.1.2. Possibilidade de concessão parcial: superfície que incide sobre parte da área do imóvel do proprietário.....	341
14.2. Plano vertical: subsolo e espaço aéreo.....	344
14.2.1. O subsolo	346
14.2.2. A concessão superficiária e o espaço aéreo	353
14.2.2.1. Cessão do espaço aéreo em favor de outro imóvel: direito de superfície ou servidão?	354
14.2.2.2. Direito de construir acima do implante: “sobrelevação” (direito de laje)	357
15. CONCLUSÃO.....	371
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	377