



O DIREITO REAL DE SUPERFÍCIE COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA PÚBLICA, COMO INSTRUMENTO PRIVADO E SUAS PECULIARIDADES PRÁTICAS

Silvia Augusta do Nascimento¹

Fábio de Oliveira Vargas²

Paula Cristiane Pinto Ramada³

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo tratar do direito real de superfície sob a égide tanto do Estatuto da Cidade quanto do Código Civil, com condições estruturais diversas e campo de incidência distinto. O direito real de superfície é uma concessão atribuída pelo proprietário de um terreno a terceiros, segundo condições e restrições específicas. A análise será feita através de casos hipotéticos no intuito de esclarecer os conceitos e também a aplicação deste direito, em consonância com as regras do Estatuto da Cidade. Trata-se de situações pensadas para serem desafiadoras quanto à determinação de soluções jurídicas, passando então a reflexões que são embasadas na Constituição Federal. A última seção trata da comparação do direito de superfície com outros instrumentos jurídicos, a saber a concessão de direito real de uso, o arrendamento, a outorga onerosa e a locação, incluindo alguns exemplos e hipóteses relacionadas às garantias, uso e gozo de um determinado imóvel, bem como as obrigações de cada uma das partes envolvidas.

Palavras-chave: Direito de Superfície, Estatuto da Cidade, Código Civil, Políticas Públicas e Privadas

¹ Universidade Federal Fluminense e Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Sudeste de Minas Gerais, Rua Eurita, 20/702, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil, silvia.nascimento@ifsudestemg.edu.br.

² Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Sudeste de Minas Gerais, fabio.vargas@ifsudestemg.edu.br.

³ Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Sudeste de Minas Gerais, e-mail: paularamada13@terra.com.br.

THE SURFACE RIGHT AS A PUBLIC POLICY INSTRUMENT, AS A PRIVATE INSTRUMENT AND ITS PRACTICAL PECULIARITIES

Silvia Augusta do Nascimento⁴

Fábio de Oliveira Vargas⁵

Paula Cristiane Pinto Ramada⁶

Abstract: The present work aims to discuss the surface right as it is standardized by the Estatuto da Cidade and the Civil Code, bringing to this right differences concerned to its legal structure and incidence field. The surface right is a kind of concession given by the proprietor of a plot of land to another person, according to certain conditions and restrictions. The analysis will be made by means of hypothetical cases in order to explain the legal concepts and also this right application, under the rules established by the Estatuto da Cidade. Those hypothesis were conceived to challenge the determination of juridical solutions, always based on the Constitution. The last section studies the comparisons between the surface right and other legal institutions, such as the real right of use, the rental contract, the onerous award, including examples and hypothesis related to guarantees, use and enjoyment of an immovable property, as well as obligations of both parts involved.

Keywords: Surface right, Estatuto da Cidade, Civil Code, public and private policies.

⁴ Universidade Federal Fluminense e Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Sudeste de Minas Gerais, Rua Eurita, 20/702, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil, silvia.nascimento@ifsudestemg.edu.br.

⁵ Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Sudeste de Minas Gerais, fabio.vargas@ifsudestemg.edu.br

⁶Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Sudeste de Minas Gerais, e-mail: paularamada13@terra.com.br.

1. INTRODUÇÃO: BREVE HISTÓRICO SOBRE O DIREITO DE SUPERFÍCIE

Segundo Derbly (2001), a concepção do direito de superfície foi historicamente construída, tendo raízes no Direito romano. Já na Antiguidade romana, temos os primeiros traços deste instituto nos contratos de arrendamento por longo prazo (*locatio conductio rei*), momento em que se passou a admitir que a propriedade do solo pudesse estar separada da propriedade das construções que nele viessem a ser feitas.

A partir do momento em que os romanos passam a admitir a existência de coisas incorpóreas (“*iura*”), o domínio do solo perde seu caráter absoluto e passa a poder sofrer restrições e o desmembramento dos direitos sobre ele, tais como o usufruto e as servidões (“*iura in re aliena*”). O surgimento dessa concepção no período romano-helênico vem romper com a antiga tradição de Roma materializada no brocardo “*superficies solo cedit*”, indicativo de que as acessões feitas ao solo, como construções, por exemplo, a ele se agregavam, passavam a pertencer a seu dono e deviam acompanhar os negócios que sobre o solo se fizessem. Hoje materializamos essa noção no princípio da gravitação jurídica, segundo o qual o bem acessório segue o principal (CC, arts 93 e 94). Nesse direito, acontece um “amortecimento do princípio da acessão”, conforme leciona Lira (LIRA apud DERBLY, 2001).

À época, devido à imperiosa necessidade de ocupar e manter o controle sobre a imensa extensão de terras submetidas a seu poderio, tornou-se imprescindível ao Império Romano criar um instituto que mantivesse as pessoas no latifúndio: concedeu-se assim ao cidadão de Roma o direito perpétuo ou por longuíssimo prazo sobre as construções feitas nessas áreas, direito que se denominou “*ius in agro vectigali*”, remunerado ao governo através de um cânon anual, chamado “*pensio*” ou “*solarium*”.

Ainda segundo o autor referido, na Idade Média, esse direito, conhecido como “direito de intermédio”, ganhou ainda mais relevo em razão da influência da cultura dos povos germânicos e do poderio da Igreja Católica. Os bárbaros germânicos, em razão de sua tradição nômade, não davam à terra o valor que o povo romano outrora atribuía a ela: por não se fixarem nela, valorizavam bem mais o produto daquilo que plantavam, abandonando a propriedade quando já não era mais fértil. Por sua vez, a Igreja Católica, senhora de grandes extensões de terra, pretendia legitimar as construções erguidas em suas propriedades, cobrando pagamento dos seus superficiários. Alie-se a isso o interesse dos senhores feudais em atrelar o servo à terra sem lhe conceder o domínio dela e teremos um cenário de fortalecimento desse instituto civil.

Na Idade Contemporânea, após a Revolução Francesa de 1789, esse direito foi banido da Codificação Napoleônica de 1804, uma vez que era visto como resquício da opressão feudal sobre os servos da gleba. No entanto, diversas codificações europeias regularam o instituto, aplicando-o tanto a edificações quanto a plantações. No Brasil, o direito de superfície vigorou até 1864, obedecendo às Ordenações Filipinas portuguesas, mas não foi incluído por Clóvis Beviláqua no Código Civil de 1916, que se manteve fiel ao princípio da acessão, unificando a propriedade do solo e de tudo quanto se lhe incorporasse. Mais recentemente, entra em vigor a Lei Federal no. 10.257/01, conhecida como Estatuto da Cidade, que ressuscita o direito de superfície em nosso ordenamento jurídico, e em 2003 entra em vigor o atual Código Civil, Lei 10.406/02, que também tipifica esse direito no rol dos direitos reais.

Ressurge assim no Direito brasileiro o direito de superfície como um direito real autônomo, distinto dos demais direitos reais sobre coisa alheia, em que o superficiário ocupante do solo tem direito de usar e fruir plantaçoão ou edificação feita sobre o terreno alheio mediante remuneração, recebendo regulamentação especial tanto no âmbito público, pelo Estatuto da Cidade, quanto no privado, pelo Código Civil.

2. O DIREITO DE SUPERFÍCIE NO DIREITO BRASILEIRO: CÓDIGO CIVIL x ESTATUTO DA CIDADE

O direito real de superfície, como se viu, é uma concessão atribuída pelo proprietário de um terreno (o concedente) a outrem (o superficiário) para construção e utilização por prazo determinado ou não, não permitindo realização de obra no subsolo a não ser que inerente ao objeto da concessão, que pode ser gratuita, ou mediante pagamento de valor fixo, à vista ou parcelado: o solo pertencerá ao proprietário enquanto a acessão pertencerá ao superficiário.

Cabe de pronto fazer notar que esse direito difere totalmente dos demais direitos reais sobre coisa alheia justamente porque a propriedade do solo vai estar desvinculada da propriedade da acessão nele realizada.

O direito real⁷ de superfície, considerado um instrumento de grande valor político, econômico e social foi instituído pelo nosso ordenamento jurídico, em dois momentos distintos e por dois textos legais – o Estatuto da Cidade (Lei 10.257 de 2001), e o Código Civil (Lei 10.406 de 2002).

Em que pesem as discussões doutrinárias, se o Estatuto da Cidade foi ou não revogado pelo Código Civil, adotou-se o posicionamento de que não houve revogação, por ser o Estatuto da Cidade lei específica, que afasta a aplicação da lei geral, o Código Civil (*lex specialis derogat lex generalis*). Frise-se que esse direito, ao ser regulado por duas unidades normativas estruturais diversas, acaba por ter campos de incidência distintos, havendo inclusive entendimento no sentido de que as legislações coexistem, conforme enunciado aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizada no período de 11 a 13 de setembro de 2002:

Enunciado nº 93 – 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 nº 10.257/2001), por ser instrumento de política urbana.

No Código Civil⁸ a previsão do direito de superfície em âmbito privado o regulamenta como um direito real sobre coisa imóvel alheia, instituível via escritura pública a ser

¹ O direito real representa um complexo de normas regulamentadoras das relações jurídicas correspondentes às coisas que o homem possa possuir, como um apartamento, por exemplo. Vale ressaltar que essas coisas são, de forma ordinária, tangíveis, para que se possa exercer domínio sobre as mesmas. Pode-se dizer que, de forma resumida, que o direito real é aquele que cai sobre as coisas (DINIZ, 2008).

⁸Código Civil, art. 1.369. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

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

Art. 1.370. A concessão da superfície será gratuita ou onerosa; se onerosa, estipularão as partes se o pagamento será feito de uma só vez, ou parceladamente.

Art. 1.371. O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel.

Art. 1.372. O direito de superfície pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros.

Parágrafo único. Não poderá ser estipulado pelo concedente, a nenhum título, qualquer pagamento pela transferência.

Art. 1.373. Em caso de alienação do imóvel ou do direito de superfície, o superficiário ou o proprietário tem direito de preferência, em igualdade de condições.

Art. 1.374. Antes do termo final, resolver-se-á a concessão se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para que foi concedida.

Art. 1.375. 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 o contrário.

registrada no Cartório de Registro de Imóveis competente, mediante pagamento de IBTI, conforme determinar lei municipal. Nesse âmbito, o direito de superfície pode ser de fruição onerosa ou gratuita, pode ser transferido a terceiro, e gera para o proprietário o direito de ter para si a construção realizada, mediante indenização ou não. Assim leciona Maria Cecília Miotto:

Esse direito pode ser transferido a terceiros, sem qualquer necessidade de autorização do concedente (proprietário do terreno), transferindo-se também por sucessão. O concedente apenas possui direito de preferência na eventual alienação do direito de superfície, visando primordialmente a consolidação da propriedade. Igualmente, o superficiário tem preferência na aquisição do terreno em caso de sua venda pelo concedente. Uma vez finda a concessão, a construção passará a ser propriedade do concedente. Essa incorporação dar-se-á independentemente de indenização, a não ser que as partes convençam em contrário no contrato de concessão (MIOTTO, 2009).

O direito de superfície previsto no Estatuto da Cidade⁹ foi inserido no capítulo II, sendo capitulado como um *instrumento de política pública* e como tal deve ser sempre considerado quando referido por esta lei. Neste caso, um dos atores envolvidos, concedente ou superficiário, normalmente será de Direito Público. Já o instituto que foi recepcionado pelo Código Civil de 2002 tem natureza privada, ou seja, as partes envolvidas serão sempre pessoas de direito privado (pessoas naturais ou jurídicas). Destaque-se a preclara lição de Ricardo Pereira Lira sobre o tema:

Não incide no caso a regra da Lei de Introdução segundo a qual a lei posterior, que regula inteiramente a matéria tratada na lei anterior, a revoga. Isso porque o direito de superfície contemplado no Estatuto da Cidade é um instituto de vocação diversa daquele previsto no novo Código Civil, voltado aquele para as necessidades do desenvolvimento urbano, editado como categoria necessária à organização regular e equânime dos assentamentos urbanos, como fator de institucionalização eventual da função social da

Art. 1.376. No caso de extinção do direito de superfície em consequência de desapropriação, a indenização cabe ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito real de cada um.

Art. 1.377. O direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público interno, rege-se por este Código, no que não for diversamente disciplinado em lei especial.

⁹ Estatuto da Cidade. Art. 21. 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.

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

§ 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.

§ 4o O direito de superfície pode ser transferido a terceiros, obedecidos os termos do contrato respectivo.

§ 5o Por morte do superficiário, os seus direitos transmitem-se a seus herdeiros.

Art. 22. 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.

Art. 23. Extingue-se o direito de superfície:

I – pelo advento do termo;

II – pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário.

Art. 24. 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.

§ 1o Antes do termo final do contrato, extinguir-se-á o direito de superfície se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para a qual for concedida.

§ 2o A extinção do direito de superfície será averbada no cartório de registro de imóveis.

cidade. No novo Código Civil, o direito de superfície será um instrumento destinado a atender interesses e necessidades privados (LIRA, 2002).

Referendando o entendimento proposto para este estudo, trazemos à luz o já citado artigo 1377 do Código Civil, que determina a incidência de lei especial (o Estatuto da Cidade, no caso), quando o instituidor da superfície for pessoa jurídica de direito público interno:

Art. 1.377. O direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público interno, rege-se por este Código, no que não for diversamente disciplinado em lei especial.

O referido instrumento somente foi contemplado em nosso ordenamento jurídico em 2001, todavia o direito estrangeiro, principalmente o europeu, já o aplica há muitos anos com larga utilização nas transações imobiliárias.

Rezende (2010) reafirma que o direito de superfície poderá ser utilizado como instrumento de política urbana, capaz de auxiliar o ordenamento e o desenvolvimento das funções sociais da cidade, com o objetivo de garantir o bem-estar de seus cidadãos, conforme descrito na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 182 § 4º:

É facultado ao poder público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsório;

II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais e sucessivas asseguradas a valor real da indenização e os juros legais.

Neste caso, pode a municipalidade exigir que um proprietário de uma área urbana não edificada venha construir ou promova seu aproveitamento adequado. Caso o proprietário não tenha recursos, a municipalidade poderá oferecer um direito real de superfície sobre o imóvel, para ser utilizado na construção de um Hospital Público, e em contrapartida o proprietário será remunerado mensalmente, ou, anualmente com um valor a ser pactuado? Com base no artigo da Constituição Federal acima mencionado, e balizado pelo artigo 21 do Estatuto da Cidade, poderá a municipalidade constituir um Direito de Superfície, por prazo indeterminado, e pagar a título de retribuição financeira um valor mensal, ou anual - pela utilização do terreno.

Nessa esteira, o presente artigo cuidará de estudar o impacto do direito de superfície sobre transações imobiliárias enquanto instrumento de políticas públicas conforme natureza atribuída a tal direito pelo Estatuto da Cidade.

3. METODOLOGIA

Para execução do presente artigo, realizou-se uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. A bibliografia referente à temática em pauta foi pesquisada em obras doutrinárias, artigos publicados por especialistas na área e a jurisprudência foi examinada em sítios eletrônicos disponíveis na internet.

Para elucidar as questões relativas à aplicação do direito de superfície, serão utilizados casos hipotéticos, todos segundo as regras do Estatuto da Cidade, onde uma das partes sempre será considerada como sendo pessoa jurídica de Direito Público.

4. RESULTADOS

O presente trabalho de pesquisa aponta para o fato de que o direito de superfície tem grande potencial como instrumento jurídico de política urbana quando utilizado por pessoas jurídicas de Direito Público, capaz de auxiliar o ordenamento e o desenvolvimento das funções sociais da cidade, com o objetivo de garantir o bem-estar de seus cidadãos.

5. DISCUSSÃO

5.1 Desafios e problemas de aplicação: uma hipótese

Para entendermos a aplicação do direito de superfície como instrumento de política pública para a efetivação da função social do espaço urbano trabalharemos com um caso hipotético. Tome-se como ponto de partida a seguinte hipótese: a prefeitura de uma cidade de porte médio, do Estado de Minas Gerais, proprietária de uma extensa área urbana não edificada, tem a urgente necessidade de construir um prédio para alojar todo o seu pessoal administrativo. Hoje, as respectivas secretarias municipais ocupam imóveis alugados, o que vem onerando em muito os cofres públicos.

Sem verba pública para construir no terreno acima aludido, a municipalidade recebe uma proposta da empresa XYZ. A mesma propõe construir um prédio de 10 (dez) andares, para acomodar as secretarias municipais e no restante do terreno construir um Shopping que comportará 200 lojas. A empresa XYZ como recompensa financeira terá o direito de explorar o referido Shopping, pelo prazo de 30 (trinta) anos. Ao final deste prazo, todas as benfeitorias passarão ser de propriedade da prefeitura, que se tornará proprietária plena de toda a área, podendo dar a ela a destinação que bem entender.

Se esse Município possuir legislação própria que regulamente o direito de superfície, esta deverá ser obedecida. Todavia, o município em questão, apesar de ter um Plano Diretor, que elenca o direito de superfície como instrumento urbanístico a ser aplicado na cidade, não o regulamentou, assim parafraseando Raquel Ronik (2012), o Plano Diretor pode ser considerado uma “caixa de ferramenta” à disposição do município: a lei que regulamenta o instrumento é a “chave” para abri-la.

Assim para solucionar tal impasse o prefeito deverá apresentar um Projeto de Lei que venha regulamentar o referido instrumento, e a Câmara Municipal deverá apreciá-lo, aprovando-o ou não. Aprovada e sancionada pelo prefeito, a Lei entra em vigor e deverá servir de base para a elaboração do acordo a ser celebrado entre a Prefeitura e a Empresa XYZ.

Suponhamos que obedecendo a Lei Municipal o acordo seja celebrado sob as seguintes condições:

A empresa XYZ deverá construir um prédio de dez andares, com todas as especificações determinadas pelas partes. Aqui esclarecemos que estas especificações deverão fazer parte de projetos e memoriais descritivos, de forma minuciosa e precisa, para que no momento da entrega da obra a Prefeitura possa vistoriar e aprovar, ou não, sua execução. O prédio ao final do prazo pactuado será entregue à municipalidade, nas condições e formas acordadas, livre de quaisquer ônus, ou seja, aprovada e regularizada em todos os órgãos.

Como o município já é proprietário do solo de toda a área, a empresa XYZ, quando efetivar a entrega do prédio construído, consolidará em suas mãos a propriedade plena do prédio em questão (o município terá o direito de usar, gozar e dispor do bem da forma que bem lhe aprouver, nos limites da legislação administrativa).

Na área restante, a Empresa XYZ deverá construir um Shopping, com duzentas lojas e estacionamento. As especificações desta obra também deverão constar nos projetos e memoriais, que farão parte integrante do acordo constitutivo do direito real de superfície. Esta

obra também deverá ser acompanhada e aprovada pela Prefeitura. Contudo, a empresa XYZ, como recompensa financeira terá o direito de explorar o Shopping pelo prazo de trinta anos.

Neste período o Município (proprietário) terá os seguintes direitos: utilizar a parte do imóvel que não constitui objeto do direito de superfície (neste caso, o prédio construído); receber o pagamento pela cessão (o prédio construído, em outros casos poderia ser um valor mensal ou anual), caso tenha sido ajustada; exercer o direito de preferência na aquisição da superfície (se a empresa XYZ no prazo anterior aos trinta anos resolver vender o Shopping); proceder à resolução¹⁰ do direito de superfície antes do final do prazo do contrato (trinta anos), se temporária, se o superficiário (Empresa XYZ) não edificar o prédio, ou o Shopping, no tempo apazado, ou se edificar em desacordo com o convencionado ou, ainda, se der destinação diversa daquela originariamente concedida; constituir gravames sobre o solo reais (oferecer a propriedade em garantia).

Em contrapartida a Empresa XYZ (superficiária) também terá os seguintes direitos: utilizar a superfície do solo da Prefeitura aonde foi construída o Shopping, nos termos do acordo; usar, gozar (alugar ou emprestar) e dispor (vender ou alienar) do Shopping (construção superficiária) como coisa sua, separa da propriedade do solo; onerar com ônus reais (dar em garantia a outrem) a construção, que entretanto se extinguirão com o termo final da concessão da propriedade superficiária (trinta anos); exercer o direito de preferência na aquisição do solo, caso o proprietário (Prefeitura) pretenda aliená-la a título oneroso; reconstruir a edificação (Shopping), em caso de perecimento, durante o prazo de trinta anos.

A Prefeitura (proprietária) não poderá praticar atos que impeçam ou prejudiquem a concretização, ou o exercício do objeto do direito de superfície. Já a superficiária (Empresa XYZ) tem como obrigação construir o que ficou avençado (pactuado), conservar a obra superficiária durante todo o prazo de trinta anos e pagar os encargos e tributos sobre a obra e sobre o solo.

O direito de superfície, por ser um direito real, deverá ser celebrado na forma convencionada por Lei, neste caso por Escritura Pública e deverá ser Registrado às margens da Matrícula do imóvel, no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca do referido município (LOUREIRO, 2014).

No caso de extinção do direito de superfície, ao final do prazo pactuado (trinta anos), ou antes, no caso de descumprimento contratual, este deverá ser averbado na Matrícula do imóvel no Cartório de Registro de Imóveis (Idem, 2014).

5.2. O Direito de Superfície Comparado com Outros Institutos Jurídicos

5.2.1. O Direito de Superfície e a Concessão de Direito Real de Uso

A concessão de direito real de uso é sempre cedida por um ente de direito público (união, estado ou município) e ele permanece sempre como proprietário pleno, de todo o bem, concedendo apenas o direito real de uso (morar) que poderá ser transferido aos seus herdeiros (desde que o instrumento que o constituiu assim permita), todavia jamais poderá alienar seu direito de uso.

Já no direito de superfície, o superficiário poderá alienar seus direitos de uso e gozo a outrem, desde que obedeçam as diretrizes do Instrumento que a constituiu.

Outra diferença entre os dois institutos é referente às obras levantadas sobre o imóvel, no caso da concessão de direito real de uso, todas as benfeitorias incorporam ao patrimônio da concedente, não tendo que se falar em desmembramento da propriedade. Ao contrário, no direito de superfície, o superficiário se obriga a construir ou plantar (usar e gozar) algo.

¹⁰ É o meio de dissolução do contrato em caso de inadimplemento (não cumprimento) culposo ou fortuito (FIUZA, 2008).

5.2.2. O Direito de Superfície e o Arrendamento

A principal distinção entre estes instrumentos é de natureza institucional: o primeiro é direito real, instituído via escritura pública registrada em Cartório de Imóveis, já o segundo é direito obrigacional¹¹, pactuado via contrato por instrumento particular, regulado pelo Estatuto da Terra. No direito de superfície o direito é oponível contra todos e o próprio bem garante a sua execução. Já no arrendamento a relação jurídica é restrita às pessoas envolvidas, e no caso de descumprimento deve-se buscar reparação das perdas e danos por via judicial (compensação financeira a ser estipulada).

Tome-se o seguinte exemplo: tenho a propriedade de um hotel, situado em ótima localização, contudo o imóvel está em péssimo estado de conservação e não possuo recursos para reformá-lo. Ofereço o arrendamento para um empresário que irá reformá-lo totalmente e explorá-lo por 20 anos. Como título de pagamento o empresário (arrendatário) pagará um valor de X reais por mês.

No arrendamento não há garantias reais, ou seja, se o contratante arrendatário não cumprir com o pactuado, seja na reforma ou na remuneração pactuada, o proprietário deverá pleitear uma indenização (perdas e danos) pelos prejuízos sofridos. Caso o arrendador deseje resilir unilateralmente o contrato, o arrendatário não goza do benefício real do direito de sequela, devendo deduzir em juízo sua pretensão de permanecer no imóvel via ação de tutela específica, podendo cumular pedido de perdas e danos contra o arrendador.

No arrendamento, a remuneração do arrendador é obrigatória pois constitutiva do contrato e o arrendatário jamais se tornará dono do bem arrendado em função deste pacto.

5.2.3. O Direito de Superfície e a Outorga Onerosa do Direito de Construir

O direito de superfície não se confunde com a outorga onerosa do direito de construir. Na outorga onerosa do direito de construir temos um instrumento de política pública que estabelece que, ao se construir acima do coeficiente básico, deverá se pagar uma contrapartida a municipalidade. Este valor será revertido aos cofres públicos e direcionado às áreas que carecem de infraestrutura, dentre outras finalidades estabelecidas no artigo 26 do Estatuto da Cidade.

Compete à municipalidade estabelecer coeficientes de aproveitamento do terreno como o objetivo de ordenar a ocupação urbana buscando implementar a função social da cidade. Assim, a lei deve estabelecer um coeficiente básico (recomendado pelo Conselho das Cidades na Resolução nº 148, 07 de junho de 2013) e um coeficiente máximo.

Neste contexto, verificamos que a primeira grande diferença entre estes dois instrumentos está no campo de atuação. O Direito de Superfície pode ser utilizado tanto no Direito Privado quanto no Direito Público, todavia sob as rigorosas especificações do Código Civil, no primeiro caso, e do Estatuto da Cidade, no segundo. O município não poderá resolver construir um parque, em área de sua propriedade, e criar um Direito de Superfície sobre o espaço aéreo, para os proprietários lindeiros, onde a Prefeitura se compromete a não construir acima de determinado patamar, e em contrapartida os superficiários (proprietários limítrofes) pagarão um valor anual, ou, mensal a Prefeitura a título de compensação financeira.

¹¹ O Direito das obrigações, também chamado de Direito Pessoal, é um conjunto de normas que regem as relações jurídicas de ordem patrimonial, onde um sujeito tem o dever de prestar e o outro tem o direito de exigir essa prestação, ou seja, um deve fazer algo e o outro deve receber esse algo (DINIZ, 2008).

Com certeza os terrenos adjacentes irão se valorizar e poderão construir com vista eterna para o parque (privilégio de poucos). Contudo, aqui o instrumento correto a ser aplicado é a Outorga Onerosa de Construir.

5.2.4. O Direito de Superfície e Locação

A Locação, instituto de Direito Privado e obrigacional, ocorre quando se concede a outrem, o direito de usar (ocupar) e gozar (explorar economicamente) um bem imóvel ou móvel. Regido pela Lei Federal 8.245/1991, a locação terá sempre o caráter oneroso, já o direito de superfície poderá ser gratuito ou oneroso, e será sempre um direito real, recaindo sobre bem imóvel. Na locação o locatário terá o direito de usar e gozar sobre algo já existente. No Direito de Superfície, o superficiário terá primeiro a obrigação de construir ou plantar no imóvel, para a *posteriore* usar e gozar do mesmo, pelo prazo e condições avençadas.

5.2.5. Direito de superfície e o Usufruto

O direito de superfície também não se confunde com o usufruto. O usufruto é intransferível, pois é estabelecido em razão da pessoa do usufrutuário. O direito de superfície pode ser transferido por ato *inter vivos* ou *causa mortis*. Além disso o usufrutuário é obrigado a respeitar a substância do bem gravado, mas o superficiário pode modificá-lo pois tem sua propriedade.

5.2.6. Direito de superfície e Servidão

O direito de superfície também não se iguala à servidão, na medida em que esta pressupõe a existência de dois terrenos distintos, em que um deve servir a outro para determinada finalidade, como passagem de cabos e tubulações por exemplo. Ela só se justifica em face de um prédio a outro vinculado por este dever de servir. No direito de superfície temos apenas um terreno sobre o qual se edificará, tendo a edificação propriedade distinta da do solo.

6. CONCLUSÃO

O direito de superfície é um instituto jurídico ressurgido no Direito Brasileiro, como direito autônomo, trouxe um novo cenário ao mercado imobiliário e urbanístico, uma vez que pode conceder a propriedade superficiária, o direito de usar e fruir, plantar ou edificar sobre terreno alheio para um melhor proveito do solo improdutivo e, principalmente, constituindo incentivos à construção civil com a finalidade de criação de novos empregos e como forma de resolução da crise habitacional.

Tal dinamização do domínio em face da constituição do direito de superfície encaminha-se como um instrumento com grande valor político, econômico e social, que sendo aplicado será de extrema importância para o desenvolvimento das funções sociais da cidade, com o objetivo de garantir o bem-estar de seus cidadãos.

Nesse sentido, o direito de superfície como instrumento de políticas públicas, o Estado tem a obrigação de estabelecer políticas urbanas e planos de ações exigindo do proprietário de uma área urbana não edificada seu aproveitamento adequado em prol do desenvolvimento da cidade.

Por fim, não restam dúvidas, que o direito de superfície constitui-se em um incentivo com o intuito de eliminar as propriedades improdutivas, possuindo também a capacidade de impactar o mercado imobiliário quando possibilita a redistribuição do solo e uso de recursos

do Estado como forma de cumprir a função social da propriedade e da cidade como instrumentos de políticas públicas e privadas.

7. REFERÊNCIAS

BARBOSA, Diana Coelho. *Direito de superfície à luz do Estatuto da Cidade*. Curitiba: Juruá, 2001.

BUENO, Laura Machado de Mello, CYMBALISTA, Renato (Orgs.). *Planos Diretores Municipais: novos conceitos de planejamento territorial*. São Paulo: Annablume, 2007.

DERBLY, Rogério José Pereira. *Direito de superfície*. Disponível em: www.ambitojuridico.com.br. Acesso em 04 de maio de 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA Renata Marques. *Estatuto da Cidade: Lei 10.257/2001 lei do meio ambiente artificial*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 11ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Código civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2004.

GAIO; Daniel. *A interpretação do direito de propriedade em face da proteção constitucional de meio ambiente urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

LIRA, Ricardo Pereira. *O direito de Superfície e o Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 2002.

LOMBARDI, Eduardo Augusto. *Direito Coletivo Urbano: a regularização fundiária de loteamentos clandestinos e irregulares como efetivação da função social da propriedade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos: teoria e prática*. 6ª ed. São Paulo: Método, 2014.

MIOTTO, Maria Cecilia. *Breves Considerações sobre o Direito de superfície e sua comparação com a locação*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI91744,71043>>. Acesso em: 1/4/2016.

RABELO, Sônia. *Direito de Superfície do Rio: nota sobre uma tentativa de imbróglio jurídico*. Blog, 18/03/ 2015. Disponível em <<http://www.soniarabello.com.br/direito-de-superficie-no-rio-nota-sobre-uma-tentativa-de-imbroglio-juridico/>> Acesso: 03 dez. 2015.

REZENDE, Élcio Nacur. *Direito de superfície*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

ROLNIK, Raquel. Dez anos do Estatuto da Cidade: das lutas pela reforma urbana às cidades da copa do mundo. In: RIBEIRO, Ana Clara T.; VAZ, Lilian V.; SILVA, Maria Lais P. (Org.). *Leituras da Cidade*. Rio de Janeiro: ANPUR; Letra Capital, 2012.

SILVA, José Afonso. *Direito urbanístico brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.