

O DIREITO DE SUPERFÍCIE NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

João Eduardo Leite Goffi,

Graduando em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – U.E Lorena

joaogoffi.direito@gmail.com

Orientadora.: Prof. Me. Luiza Helena Lellis Andrade de Sá Sodero Toledo

Resumo

O presente artigo científico tem como intuito trazer à tona um instituto previsto no ordenamento jurídico brasileiro de duas formas: na Lei nº10.257 de 10 de julho de 2001, na Seção VI, nos artigos 21 a 24, denominada de “Estatuto da Cidade”; e no Código Civil Brasileiro de 2003, nos artigos 1.369 ao 1.377, repetindo, em grande parte o que é previsto no Estatuto da Cidade. Na presente pesquisa, iremos demonstrar conceitos doutrinários acerca do tema, sua origem, formalidades, as diferenças com outros institutos contratuais e exigências previstas em Lei. Cumpre salientar que apesar de modalidade já prevista em nosso ordenamento jurídico há anos, o mesmo é pouco utilizado no dia-a-dia, seja pelas desvantagens que o mesmo possa causar, seja por mero desconhecimento geral. Apresentada à pertinência sobre o tema, o principal sentido na pesquisa é compartilhar conhecimento e tentar explicar como aplicá-lo na prática, de como essa espécie de negócio jurídico possa vir a ser de grande importância nas relações contratuais/negociais modernas.

Palavras-chave: Superfície. Proprietário. Superficiário. Direito. Real.

Resumen

El presente artículo científico tiene como objetivo traer a lasuperficieun instituto previsto enelordenamiento jurídico brasileño de dos formas: enlaLey nº 10.257 de 10 de julio de 2001, enlaSección VI, enlos artículos 21 a 24, denominada "Estatuto de laCiudad" ; y enel Código Civil Brasileño de 2003, enlos artículos 1.369 al 1.377, repitiendo, engran parte lo que está previsto enel Estatuto de laCiudad. Enla presente investigación, vamos a demostrar conceptos doctrinarios acerca del tema, suorigen, formalidades, las diferencias conotros institutos contractuales y exigencias previstas enlaLey. Cabe señalar que a pesar de lamodalidadya prevista ennuestroordenamiento jurídico desde haceaños, elmismo es poco utilizado endía a día, sea por lasdesventajas que elmismopueda causar, sea por mero desconocimiento general. La principal razónenlainvestigación es la de compartir elconocimiento y tratar de explicar cómoaplicarloenlapráctica, de cómoesaespecie de negocio jurídico pueda ser de granimportanciaenlas relaciones contractuales / negociadoras modernas.

Palabras-clave:Superficie. Propietario. Los derechos de superficie. Derecho. Real.

Introdução

O direito de superfície tem previsão específica na Lei nº10.257 de 10 de julho de 2001, na Seção VI, nos artigos 21 a 24, denominada de “Estatuto da Cidade” e no Código Civil Brasileiro de 2003, nos artigos 1.369 ao 1.377, repetindo, em grande parte o que é previsto no Estatuto da Cidade.

Tem origem no direito romano, cuja primeira manifestação exata é desconhecida. Fora utilizada em grande escala pelas igrejas, que possuíam grande quantidade de terras inutilizadas. Por possuírem demasiados terrenos, ficavam os romanos impossibilitados de construir, plantar e acompanhar as terras com proximidade. No início esta forma era utilizada para suprir a necessidade prática de se permitir edificação sobre os bens pertencentes ao Estado. Na antiguidade, a modalidade contratual era utilizada somente para edifícios, pois sobre esses bens não se perdia a propriedade, somente a posse temporária, recebendo um valor justo e ajustado referente ao “solarium” ou “cânon”.

Os portugueses por sua vez, trouxeram o instituto para o Brasil, sendo este previsto e aplicado desde a colonização. Não tão somente este instituto é aludido no direito brasileiro, mas também no direito italiano, no direito português, no direito alemão, no direito austríaco, no direito suíço, no direito holandês e no direito belga.

Em 2001, entrou em vigor a Lei nº10.257, de 10 de julho, prevendo o direito superficiário somente para imóveis urbanos. Menos de um ano depois, nasceu para o ordenamento jurídico a Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Novo Código Civil), que em seu livro LivroIII, Título IV, nos artigos 1.369 a 1.377 regulamentou a possibilidade de concessão sobre os imóveis urbanos e rurais.

Em suma, o direito de superfície é o direito que o superficiário (aquele que paga quantia certa) possui de construir e plantar, obtendo vantagens econômicas sobre o terreno de outrem (aquele que é proprietário do terreno).

Analisaremos a diante a Enfitese, Noções Gerais do Direito Superfidiário, Diferenças entre o Estatuto da Cidade e Código Civil, Diferenças com Contrato de Locação, a Escritura Pública, da Incidência Tributária Sobre o Imóvel e Extinção, e demais benefícios e malefícios que o instituto oferece para o ordenamento jurídico brasileiro.

1 - Enfitese

O termo enfitese, de origem grega, pode ser definido como tradição efetuada entre as partes contratantes. A tradição deverá ser efetuada mediante foro, que por sua vez, significa a modalidade de pagamento como sinônimo de pensão. Pontes de Miranda (2013), criticou a manutenção da enfitese em nossa legislação: “O Código Civil conserva a enfitese, que é um dos cânceres da economia nacional, fruto, em grande parte, de falsos títulos que, amparados pelos governos dóceis a exigências de poderosos, conseguiram incrustar-se nos registros de imóveis.”

No art. 678 do Código Civil brasileiro (Lei n.3.071, de 01 de janeiro de 1916) era previsto a enfiteuse no Título III, do Direito Sobre as Coisas Alheias, definido como:

“Dá se a enfiteuse, aforamento, ou emprazamento, quando por ato entre vivos, ou de uma vontade, o proprietário atribui à outro o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa que o adquire, e assim se constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro, anual, certo e invariável.” (BRASIL, 1916)

A enfiteuse, era permitida apenas para imóveis rurais, suprimindo desta forma uma necessidade do passado, pois na vigência do código civil da época, existiam mais pessoas que viviam na área rural do que urbana. Ao contrário dos dias de hoje, que as pessoas vivem em massa nas áreas urbanas. Por este motivo, na modernidade a enfiteuse é um direito ultrapassado e inaplicável no ordenamento jurídico.

O objetivo da enfiteuse era permitir que um proprietário de terras que, por recusa interna ou impossibilidade de usar o imóvel para plantação ou construção, cede a outrem a possibilidade de uso e gozo, mediante devido pagamento de um valor para que desta possa usufruir.

A concessão do terreno poderia ser de caráter perpétuo, conforme o art. 678 do CC brasileiro (Lei n.3.071, de 01 de janeiro de 1916), que preceituava o seguinte: “O contrato de enfiteuse é perpétuo. A enfiteuse por tempo limitado considera-se arrendamento, e com tal se rege.” (BRASIL, 1916).

Se no contrato efetuado entre as partes fosse por tempo determinado, era considerado então um arrendamento, que consiste em um contrato pelo qual uma pessoa, dona de bens imóveis, assegura a outrem, mediante contribuição fixa ou reajustável a prazo certo, o uso e gozo desses bens, seja por contrato particular ou escrituração pública.

A enfiteuse pode ser comparada, para fins exemplificativos, ao usufruto. Usufruto é direito conferido a alguém, seja o proprietário ou outrem que o proprietário o instituiu, durante certo tempo, pode ser por tempo acordado entre as partes ou até a morte, de gozar ou fruir de um bem. O usufruto é considerado um terço (1/3) da propriedade do bem para fins de cálculo tributário e garante ao usufrutuário todos os benefícios e malefícios que do bem vierem a dar fruto.

Tanto a enfiteuse quanto o usufruto são direitos de fruição sobre coisa alheia, porém, com as suas ressalvas e diferenças, nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa (2013):

“Ambos são direitos de gozo e fruição sobre coisa alheia, mas o usufrutuário tem apenas o direito de usar e gozar da coisa, recebendo os frutos. O direito do enfiteuta é mais amplo, podendo usufruir dos produtos da coisa, que não se reproduzem, exaurindo-a. O usufrutuário não pode alterar o bem, ao contrário do enfiteuta. O direito de enfiteuse transmite-se aos herdeiros, enquanto a morte do usufrutuário ou o decurso de prazo estabelecido o extingue. O usufruto é temporário; a enfiteuse é perpétua. O usufrutuário não pode alienar seu direito, o que é garantido ao enfiteuta. Ademais, a enfiteuse dirige-se apenas a terras incultas e terrenos destinados a edificação, restrições não sofridas pelo usufruto.” (VENOSA, 2013, p.444)

Nesta senda, o art. 2.038 do CC brasileiro (Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002) aboliu a enfiteuse completamente: “Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei no 3.071, de 1o de janeiro de 1916, e leis posteriores.” (BRASIL, 2002)

Como a enfiteuse fora abolida, foi introduzida uma nova modalidade contratual. O direito de superfície gratuito ou oneroso, tem previsão desde então nos artigos 1.369 a 1.377, diferenciando da enfiteuse haja vista que esta somente previa a forma onerosa. O direito de superfície por sua vez é obrigatoriamente por prazo determinado, vedada a forma perpétua. O pagamento (salarium ou cãnon) é devido ao proprietário, que pode ser periódico ou não.

2 - Noções gerais do direito superficiário

Tal instituto foi resgatado pelo Estatuto da Cidade, que lhe conferiu nova forma, com propósito sociológico. Tem como maior proteção a Carta Magna, que é prevê a garantia à propriedade em seu art. 5º, inciso XXII¹: A garantia pode ser relacionada ao sujeito titular do bem da vida, a garantia à propriedade contra privação de terceiros e defesa ao poder sócio-econômico individual.

O proprietário do terreno (pedaço de terra com metragem certa ou incerta) poderá conceder a outrem o direito de construir, plantar ou de qualquer outra forma que tem como

¹XXII - é garantido o direito de propriedade.

objetivo o lucro econômico, por tempo determinado e mediante escritura pública devidamente registrada posteriormente junto ao Cartório de Registro de Imóveis, respeitando assim a formalização para concretizar o ato.

O direito de superfície no Código Civil é considerado como um direito real, conferido a uma pessoa, sobre um imóvel, terreno, urbano ou rural, sendo possível construir ou plantar em sua superfície a título gratuito ou oneroso, podendo ser usufruído por quem vier a edificar ou arrotear, mas por prazo determinado, enquanto o Estatuto da Cidade somente prevê tal direito sobre imóvel urbano, permitindo o contrato por tempo indeterminado, sendo vedada nos dois dispositivos a utilização do subsolo, salvo se a concessão a tiver como objeto, como por exemplo, a construção de um estacionamento de um Shopping Center. Durante a negociação (o pré-contrato e posteriormente a escritura pública) entre as partes (outorgante concedente juntamente com o outorgado superficiário), deverá ser colocado como requisito a construção no subsolo, sendo extremamente necessário que as partes coloquem tal objeto em definitivo na escritura pública. Na falta da negociação quanto à permissão da obra no subsolo fica vedado ao superficiário a prática do ato.

A concessão poderá ser gratuita ou onerosa. Caso seja de forma onerosa, o pagamento poderá ser efetuado de uma única forma ou de forma periódica até alcançar o seu final. Durante o tempo de contrato, ficará sobre responsabilidade do superficiário o pagamento de tributos do imóvel como um todo (terreno e superfície), independente de previsão expressa no contrato de concessão, porém, sobre o terreno objeto da concessão e sua superfície somente existe o ISS (Imposto Sobre serviços), IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) e ITBI (Imposto sobre Transmissão e Bens Imóveis).

O direito do superficiário poderá ser transferido a terceiros em caso de morte ou aos seus herdeiros por meio do inventário (judicial ou extrajudicial, conforme Lei n.11.441, de 04 de janeiro de 2007²) que terá como objeto a ser partilhado o direito de uso da superfície, tendo como base o tempo restante de contrato entre as partes. É vedado ser estipulado pelo concedente, a nenhum título, qualquer pagamento pela transferência efetuada em caso de morte. Em caso de alienação por parte do concedente, ou caso o superficiário tenha o interesse de alienar o seu direito de superfície, tem o outro pólo o direito de preferência, em igualdade de condições.

O que se tem por finalidade 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

² Altera dispositivos da Lei n.5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.

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. (BRASIL, 2002, p. 628)

Caso ocorra a violação das cláusulas contratuais, será resolvida a concessão antes mesmo do termo final. O direito de superfície tem como objetivo o desenvolvimento socioeconômico, o cumprimento da função social da concessão perante a sociedade, buscando evitar e proibir que ocorram violações e fraudes às cláusulas previstas no contrato firmado entre as partes. Todo contrato tem como finalidade o seu cumprimento, devendo ser previsto sanções à quem o descumpra. No caso do direito de superfície, o desvio de sua finalidade acarretará o cancelamento deste.

A lei proíbe a modificação unilateral do contrato, porém, se o superficiário manifestar desejo em modificar o contrato em seu curso, poderá este o fazer, desde que ajustado em comum acordo juntamente com concedente. Deverá ser efetuado um termo aditivo, em escritura pública, a ser também registrada no Cartório de Registro de Imóveis, alterando a cláusula específica precedente.

Em caso de desapropriação, extingue-se o direito de superfície, cabendo assim o proprietário cedente indenizar o superficiário em perdas e danos e eventuais lucros cessantes, no valor correspondendo ao direito de cada um, fixando o quantum indenizatório.

3 - Diferenças entre o Estatuto da Cidade e Código Civil

O Direito de Superfície pode ser encontrado no ordenamento jurídico brasileiro por dois textos distintos cronologicamente próximos. Em 2001 entrou em vigor a Lei 10.297, denominada, como já mencionada, de Estatuto da Cidade. Esta lei tem como objeto a melhor ordenação da cidade, fazendo com que ela cumpra a sua função social de forma plena, com maior eficiência e enfatizando os art. 182 e 183 da CF brasileira (1988).

O Código Civil por sua vez entrou em vigor pela Lei n.10.406 de 10 de janeiro de 2002, apresentando a mesma estrutura do direito de superfície, porém, com normas consideradas conflitantes entre si. Importante advertir que um instituto não revoga o outro, mesmo contendo normas conflitantes. Deve o aplicador jurídico encontrar um ponto harmônico entre as duas normas, com bom senso, boa-fé e lealdade jurídica.

Conforme art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) n.4.657 de 04 de setembro de 1942, a nova lei (Código Civil) não revoga a lei anterior

(Estatuto da Cidade). O Código Civil poderá ser aplicado em casos de terrenos existentes em áreas rurais, enquanto o Estatuto aplica a norma em especial a terrenos de áreas urbanas.

O Estatuto prevê que o superficiário do terreno urbano responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade unicamente da superfície, arcando inclusive sobre a proporcionalidade à sua parcela de ocupação, como por exemplo: se o proprietário de um terreno (concedente) permitir que o superficiário construa um prédio e dele obtenha vantagens sobre uma área de quatrocentos metros quadrados (400m^2) de um mil metros quadrados ($1.000,00\text{m}^2$), este, o superficiário, será responsável pelo recolhimento de custas referente ao IPTU proporcional à parte ideal de quatrocentos metros quadrados (400m^2), restando os outros seiscientos metros quadrados ($600,00\text{m}^2$) devidos ao proprietário. Podem os contratantes dispor o contrário no respectivo contrato. No oposto do Código Civil, que determina que o superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel.

O Código Civil não autoriza a obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão. O Estatuto, ao contrário deste, abrange o direito de utilizar o terreno de forma ampla, não somente o solo, mas também o espaço área relativo ao terreno e o subsolo, respeitando a legislação de desenvolvimento urbano.

Para o CCB e o Estatuto, pode o direito que recai sobre a superfície ser transferido a terceiros. Porém, entre os dois institutos existem algumas divergências. O Estatuto prevê que para efetuar a transferência, primeiramente, devem levar-se em conta os termos do respectivo contrato. Entendemos que caso não haja previsão contratual para eventual transferência, esta não poderá ocorrer, ou se prever, deverá a transferência respeitar os moldes destes. Enquanto para o Código Civil, pode o direito de a superfície ser transferido para terceiros em caso de morte do superficiário para os seus herdeiros, no eventual inventário. Portanto, o Código Civil por ser um código que trata das pessoas, bens e relações no âmbito privado, prevê a possibilidade de transmissão por sucessão de direitos que ora detinha o falecido para seus herdeiros, enquanto o Estatuto da Cidade visa o desenvolvimento social urbano, obedecendo aos termos contratuais. Isso não significa que no caso de morte, ficarão as partes impossibilitadas de efetuarem a transmissão sucessória dos direitos de superfície ora pertenciam ao de cujus aos respectivos herdeiros, pois poderá ser previsto em contrato tal transferência. Indo mais além, o Código veda qualquer pagamento pela transferência, que neste caso entendemos que seja para terceiros excluídos os herdeiros em caso de inventário,

pelo concedente, sendo devido as custas e recolhimentos referentes à transferência ao superficiário.

Em caso de alienação do imóvel ou direito de superfície, tanto o Estatuto como o Código, preveem a igualdade de condições da oferta do outro polo sobre os terceiros. Isso significa que, caso um dos polos tenha o interesse de alienar de qualquer forma ou título que desejarem o direito que possuem sobre a propriedade do terreno ou o direito de uso de superfície, deve dar ao outro o mesmo valor, forma de título e condições. O dispositivo tem como objetivo de que preferência deve ser de quem já existe um contrato escrito.

Em caso de desapropriação somente o Código Civil prevê indenização cabível ao proprietário e ao superficiário, devendo os valores a serem pagos correspondente ao direito real que cada um possui. Além disso, o Código antevê que em caso do direito de superfície ser constituído por pessoa jurídica de direito público interno rege-se-á as relações por este e não pelo Estatuto da Cidade.

O Estatuto prevê averbação do direito de superfície junto ao Registro de Imóveis. Por outro lado, o CCB não prevê tal procedimento. Porém, entendemos que devesse aplicar, por analogia, o procedimento de averbação também em casos tutelados pelo código.

Em síntese, entendemos que inexistente conflito entre as normas, haja vista que se aplica o Estatuto na seara do direito administrativo, em razão desta ter como objeto (aquilo que a lei pretende) a ordem pública, o pleno desenvolvimento das cidades e da propriedade urbana, enquanto o Código Civil é composto por um conjunto de normas de determinam os direitos e deveres das pessoas, dos bens e das relações no âmbito do direito privado, com base na CF/88.

4 - Diferenças com contrato de locação

Antes mesmo de diferenciarmos direito de superfície de um contrato de locação, devemos conceituar a locação, neste caso, de um bem imóvel. Contrato de locação de um bem imóvel é um negócio jurídico, onde a parte proprietária do bem (locador) cede a outrem (locatário) o direito de usufruir deste bem em troca de um pagamento. Entretanto, não podemos confundir o instituto do direito de superfície com o direito de locação, pois ambos são distintos entre si.

De forma resumida, o direito de superfície é um direito real, que recai sobre a coisa, sobre o imóvel objeto do contrato. Deve obedecer a formalidade exigida por lei e ser efetuada a lavratura de escritura pública perante o cartório de notas, recolhendo o devido imposto

municipal sobre a transmissão. O valor pela superfície deve ser pago de uma só vez ou de forma continuada, podendo inclusive ser gratuita. O contrato deve ser por tempo determinado, prorrogável com ajuste entre as partes de forma consensual. As custas de encargos e tributos devem ser recolhidas pelo superficiário. É possível alienar o direito a terceiros, pode ser efetuada a devolução antecipada por mutuo acordo entre as partes. caso seja o desejo de um dos polos objetos de contrato alienação deve notificar o outro polo de forma antecipada dando-lhe preferência sob pena de perdas e danos. Caso ocorra alienação do terreno o contrato de superfície subsiste. A ação cabível para retirar o superficiário é a ação possessória. A construção ou plantação efetuada pelo superficiário fica pertencendo ao proprietário, com ou sem indenização.

O contrato de locação por sua vez é, um direito pessoal de obrigações dos contratantes sua formalidade pode ser através de um instrumento particular com firma reconhecida de ambos os contratantes. O valor pago devido é denominado aluguel (sempre de forma onerosa) e é pago mensalmente. O tempo de aluguel é determinável e poderá ser prorrogado. Os encargos e tributos podem ser recolhidos diretamente pelo locatário, ou pagos pelo locador se assim for acordado. Caso o locatário deseje ceder o imóvel a terceiros, deve o locador anuir. Em caso de alienação do imóvel subsiste a locação somente se prevista em contrato. Poderá devolver o imóvel antes mesmo do termo final mediante pagamento de multa contratual. O locatário tem o direito de preferência na aquisição do imóvel que o locador esteja alienando, podendo depositar judicialmente o exato preço. A ação judicial cabível para retirar o locatário do imóvel é a ação de despejo, as benfeitorias se incorporam ao imóvel.

Portanto, podemos concluir que a única semelhança existente entre o contrato de superfície e o contrato de locação é a cessão efetuada pelo proprietário a outra durante determinado período garantindo-lhe a propriedade privada.

5 - Escritura Pública de superfície

Primeiramente, devemos conceituar escritura pública:Escritura Pública é qualquer tipo de documento elaborado por um Tabelião de Notas, cuja a finalidade é de formalizar juridicamente a vontade das formas, dando-lhes então fé pública e segurança jurídica.

O elemento essencial para ser efetuado uma escritura pública de qualquer natureza é a vontade das partes de forma plena, sem qualquer vício de consentimento. As partes contratantes devem procurar um Tabelionato de Notas, com a finalidade de tornar público o negócio jurídico efetuado entre elas.

Para lavrar uma Escritura Pública de Constituição de Direito de Superfície, será necessário apresentar os seguintes documentos, caso sejam pessoas físicas: RG/CPF, certidão conforme estado civil e eventual pacto antenupcial. Se forem pessoas jurídicas: os documentos acima mencionados dos sócios representantes da empresa ou procurador, contratos sociais ou a última alteração contratual consolidada na Junta Comercial, certidão de CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas) ou certidão de breves relatos. Para comprovar a propriedade do imóvel objeto do contrato, deverá a parte cedente apresentar a certidão de matrícula original e atualizada dentro do prazo de 30 (trinta) dias. Além disso, poderá apresentar certidões para fins de comprovação de regularização sobre o CPF (Cadastro de Pessoas Físicas).

Na escritura pública, as partes poderão formalizar as cláusulas de responsabilidades, obrigações e formas de extinção, bem como a forma de pagamento, valor e o termo inicial e final.

Evidente é a importância do registro da escritura junto ao Registro de Imóveis competente. Somente após o registro é que o contrato de Constituição de Direito de Superfície terá efeito perante terceiros.

Portanto, escritura pública é uma formalidade contratual exigida por lei para dar fé pública e concretizar o ato jurídico de cessão do direito ao superficiário.

6 - Da incidência tributária sobre o imóvel

No art. 1.371³ do Código Civil brasileiro (Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002) é claro sobre a questão tributária nos imóveis gravados com Direito Real de Superfície. Acontece que apesar da previsão legal acerca dos tributos e encargos, que fica a cargo do superficiário, na prática muitas vezes isso não ocorre. Em alguns casos, há acordo entre o proprietário e o superficiário sobre o pagamento de impostos, geralmente por uma cláusula prevista na Escritura Pública, que poderá ser averbada à margem da matrícula do imóvel no Cartório de Registro de Imóveis competente.

A questão incidental tributária é mais complexa do que se imagina. Inicialmente, o Direito de Superfície foi proposto pelo Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2.001), que também adotou como regra geral que os encargos e tributos do imóvel ficam a cargo do respectivo superficiário. Acontece que pelo princípio da liberdade contratual que devem reger a todos negócios jurídicos, o mesmo Estatuto prevê que as partes podem negociar em contrário a

³O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel.

previsão legal, tornando-se, portanto, uma regra não absoluta. É o que prevê o art.21, §3º do Estatuto da Cidade:

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 [...] 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.(BRASIL, 2002, p. 628 a 630)

Mas em caso de inadimplemento tributário, o que fazer? Vejamos a seguinte situação: Um município verifica que sobre um imóvel não está sendo pago o devido IPTU (Imposto Predial Territorial Urbano), e que esse imóvel está registrado com Direito de Superfície. Porém, na matrícula do imóvel não consta a estipulação contratual diversa da previsão legal do art. 1.371, portanto, a regra é que o superficiário responda pelo débito tributário. Acontece que no referido caso foi estipulado entre as partes que o IPTU ficaria a cargo do proprietário, e não do superficiário. A Prefeitura entra com a ação de execução fiscal contra o superficiário, sem saber que na realidade o débito pertence ao proprietário da coisa imóvel. Por este fato exemplificativo é que se tem a importância de ser averbada na matrícula do imóvel a estipulação contratual em contrário à regra geral prevista em Lei, dando respaldo ao princípio da publicidade, norteador do Direito Registral Imobiliário pátrio.

Como se sabe, toda transferência de um bem imóvel incide um respectivo imposto. Quando a transferência do domínio se dá a título oneroso, deverá ser recolhido o ITBI (Imposto de Transmissão de Bens Imóveis), de competência municipal, conforme prevê nossa Carta Magna em seu art. 156, II⁴. Quando ocorre a transferência a título gratuito, seja por doação ou por sucessão hereditária, deverá ser recolhido o ITCD ou ITCMD (Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação), de competência estadual, conforme previsão do art.155, I, CF/88⁵. Ocorre que na instituição do Direito Real de Superfície há discussão acerca da incidência ou não sobre o imposto, por mais que claro seja o texto constitucional. No caso, por exemplo, de uma escritura pública em que ocorre a cessão da superfície por um prazo de

⁴Compete aos Municípios instituir impostos sobre:transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição.

⁵Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos.

10 anos, sem Direito a renovação e indenização ao final, é razoável a incidência do ITBI? Nos parece que sim, mas isso pode afastar o interesse de muitos em optar pelo referido negócio.

A questão gera confusão entre órgãos sobre o respectivo o recolhimento tributário, apesar de nos parecer bem claro o que prevê nossa constituição, ainda há quem alimente a incidência de imposto diversa daquela prevista em Lei. É o que se encontra no julgado pela Vigésima Segunda Câmara de Direito Cível do TJ-RS, AC 70062186994 RS, de relatoria da Desembargadora Marilene Bonzanini:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ITCD. DIREITO DE SUPERFÍCIE. CONCESSÃO MEDIANTE PAGAMENTO. FATO GERADOR DO TRIBUTO NÃO CONFIGURADO. Da mera leitura das alíneas do art. 4º da Lei nº 8.821/89 depreende-se que a hipótese de incidência do ITCD consiste na transmissão de bens móveis e imóveis por morte ou doação do titular. No caso em exame, o negócio celebrado entre a empresa demandante e os proprietários do bem imóvel em questão (concessão de direito de superfície mediante pagamento) constitui fato gerador do ITBI, imposto de competência municipal (art. 156, II, CF). Procedência do pedido para anular o débito cobrado pelo Estado do Rio Grande do Sul a título de ITCD, porquanto não configurado fato gerador do tributo no caso concreto. Sucumbência redimensionada. - Prequestionamento. Há muito que este Tribunal vem decidindo que não se faz necessária a análise expressa de todos os dispositivos e argumentos trazidos pelos recorrentes. Mister é que o acórdão traga, de forma fundamentada, a resposta à controvérsia típica da lide. APELO PROVIDO DE PLANO. (Apelação Cível Nº 70062186994, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 14/11/2014).

(TJ-RS - AC: 70062186994 RS, Relator: Marilene Bonzanini, Data de Julgamento: 14/11/2014, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 19/11/2014)

7 - Extinção do Contrato

Além das causas contratuais de extinção do contrato de superfície, existem casos provindos de força maior que acarretam o desaparecimento da parte de terra que recai o direito.

A extinção poderá ocorrer pela falta de prestações, quando o pagamento pelo direito de superfície for efetuado em parcelas, senda uma das cláusulas de rescisão contratual pelo não cumprimento das obrigações por parte do superficiário.

Poderá ocorrer também por advento do termo final previsto na Escritura Pública de Constituição de Direito de Superfície, devidamente registrada junto ao Registro de Imóveis. A incógnita existente é se advindo o termo final e as partes o ignorarem, continuando as práticas previstas em contrato sem renovação, poderia este continuar a ter efeitos jurídicos? Defendemos que sim. Pois, o silêncio significa aceitação tácita por ambos os pólos. Porém, o Código Civil por sua vez não prevê e veda o contrato por tempo indeterminado. Ao contrário do Estatuto da Cidade. Nesta senda, o contrato poderia ficar sem renovação durante um tempo relativo, não por tempo indeterminado conforme previsto na Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), haja vista que deve esta lei respeitar o Código Civil por ser infralegal, sendo considerado este tempo como necessário para renegociação das cláusulas e valores.

Importante salientar que findo a relação por alcançar o termo final, deverão as partes efetuar averbação informando o seu fim junto ao Registro de Imóveis. A custa referente à averbação deverá ser paga pelo concedente, salvo disposição contrária em contrato.

A violação de cláusula contratual poderá acarretar a extinção. A forma comum pelo descumprimento do contrato é caso o superficiário não efetue a construção ou plantação no terreno, contrariando a finalidade do contrato.

Extinta a relação, o proprietário do terreno ficará com a propriedade de forma plena, com o imóvel inteiramente à sua disposição para alienar a quem convier e por qualquer título. Além disso, pertencerão completamente a ele a construção e a plantação eventualmente efetuada pelo superficiário, sem prejuízo em indenização, danos materiais ou qualquer outra natureza de reparação de dano, salvo estipulação contrária pelas partes.

8 - Considerações Finais

O direito de superfície existente hoje em nosso ordenamento jurídico sofreu com o processo de evolução para acompanhar as necessidades humanas. O que podemos perceber com a abolição da enfiteuse.

O instituto da superfície tem como objetivo a movimentação do mercado financeiro. Concluímos que nem todos que possuem terreno, por exemplo, tem condições financeiras para construir ou plantar. Por este motivo, o instituto nos parece uma ótima forma de investimento. Além de garantir ao proprietário a sua propriedade, transferindo somente um direito a outrem durante determinado período.

Como visto, o direito de superfície é previsto em dois dispositivos diferentes. Isso se dá, pois, o primeiro, previsto no Estatuto da Cidade, tem por objetivo o desenvolvimento

social urbano, enquanto o Código Civil Brasileiro de 2002 tem por objetivo não somente o desenvolvimento social urbano, mas também o desenvolvimento social e as relações interpessoais.

Não podemos confundir a concessão da superfície com o aluguel. Mesmo existindo uma semelhança, qual seja, a cessão efetuada pelo proprietário a outrem durante período certo, os contratos não são idênticos, possuindo pontos únicos que os diferenciam.

Para um negócio jurídico firme e valioso cumprir a sua função social, deve obedecer às formalidades. A formalidade exigida pelo sistema superficiário é o de lavrar-se escritura pública. O título para esta escritura é de “Escritura Pública de Constituição de Direito de Superfície”. Posteriormente, deve ser efetuado o registro da escritura junto ao registro de imóveis competente. O registro tem enorme importância, haja vista que sem ele inexistirá tal ato jurídico para terceiros. Ademais, entendemos que os valores a serem pagos a título de encargos e tributos são de responsabilidade do superficiário. A extinção, por sua vez, dar-se-á por atingir o termo final, por descumprimento das obrigações de uma das partes ou mediante desapropriação.

Por fim acreditamos que tal modalidade contratual tem grande importância no ordenamento jurídico brasileiro. Portanto a modalidade poderia ser mais conhecida e utilizada, nos negócios jurídicos por oferecer grandes benefícios aos contratantes.

9 - Referências

ALBUQUERQUE, Pâmela S. de O.; BEZERRA, Maria do C. S.; SILVÉRIO, Marcos S.; COELHO, Magda S. B. **Direito de superfície: estatuto regulador, natureza, conceito e especificidades**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56181/direito-de-superficie-estatuto-regulador-natureza-conceito-e-especificidades>>. Acesso em: 30 de abril de 2018.

BRASIL. LEI Nº 3.071, DE 01 DE JANEIRO DE 1916. **Art. 678 do Código Civil de 1916 - Lei 3071/16**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11435994/artigo-678-da-lei-n-3071-de-01-de-janeiro-de-1916>>. Acesso em: 30 de abril de 2018.

BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Art. 2038 do Código Civil - Lei 10406/02**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10592174/artigo-2038-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>>. Acesso em: 30 de abril de 2018.

BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Art. 1371 do Código Civil - Lei 10406/02.** Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10642428/artigo-1371-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>>. Acesso em: 30 de abril de 2018.

BRASIL. LEI Nº 4.657, DE 04 DE SETEMBRO DE 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 30 de abril de 2018.

DOMTOTAL. **Cível - Escritura Pública de Constituição de Direito de Superfície.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI91744,71043-Breves+consideracoes+sobre+o+direito+de+superficie+CC+arts+1369+a>>. Acesso em: 30 de abril de 2018.

MIOTTO, Maria Cecília. **Breves considerações sobre o direito de superfície (CC, arts. 1.369 a 1377) e sua comparação com a locação.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI91744,71043-Breves+consideracoes+sobre+o+direito+de+superficie+CC+arts+1369+a>>. Acesso em: 30 de abril de 2018.

MIRANDA, Pontes de. **Tratados de Direito Privado.** São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **DIREITO CIVIL.** 13. ed. São Paulo, Atlas, 2013.