



**FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE
REDE DE ENSINO DOCTUM**

TAÍS FIGUEIREDO COTA LÉLIS MACHADO

**O DIREITO REAL DE SUPERFÍCIE E A ALEGAÇÃO DA USUCAPIÃO PELO
SUPERFICIÁRIO EM FACE DO PROPRIETÁRIO**

**João Monlevade
2015**

TAÍS FIGUEIREDO COTA LÉLIS MACHADO

**O DIREITO REAL DE SUPERFÍCIE E A ALEGAÇÃO DA USUCAPIÃO PELO
SUPERFICIÁRIO EM FACE DO PROPRIETÁRIO**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Coordenação de Curso
Direito da Faculdade Doctum de João
Monlevade - Rede de Ensino Doctum,
como requisito parcial para a obtenção
do título de bacharel em Direito.**

Direito Civil

**Orientador: Prof. Tenório Moreira da
Silva**

João Monlevade

2015

TAÍS FIGUEIREDO COTA LÉLIS MACHADO

**O DIREITO REAL DE SUPERFÍCIE E A ALEGAÇÃO DA USUCAPIÃO PELO
SUPERFICIÁRIO EM FACE DO PROPRIETÁRIO**

**Este Trabalho de Conclusão de Curso
foi julgado e aprovado, como requisito
parcial para a obtenção do título de
bacharel em Direito, na Faculdade
Doctum de João Monlevade - Rede de
Ensino Doctum, em 2015.**

Média final: _____

João Monlevade, 16 de novembro de 2015.

.....
Tenório Moreira da Silva

Prof. Orientador

.....
MSc. Maria da Trindade Leite

Professora TCC II

.....
Fabiano Thales de Paula Lima

Coordenador de Curso

Dedico à memória da minha mãe, Inês, que me amou e ensinou-me a ser paciente. E, ao meu pai, Sudário, que me fez prosseguir.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, que colocou em meu coração um sonho e tem motivado as minhas esperanças.

Ao meu marido, Edinho, e aos meus filhos, Thiago, Gabriel, Laura e Isabella, que me fortaleceram quando os obstáculos pareciam intransponíveis.

Aos profissionais do direito, pelas oportunidades e trocas de experiências.

A todos os professores, que durante estes cinco anos, permitiram-me novas descobertas, levando-me a amar o Direito com todas as suas possibilidades.

Ao orientador, professor Tenório Moreira da Silva, pela dedicação, seriedade, e compromisso demonstrados durante toda a minha caminhada acadêmica.

“Vale lembrar aqui que o fundamento do contrato social é a propriedade, e sua primeira condição é a de que todos possam manter a posse pacífica do que lhes pertence.” (ROSSEAU, 2003, p. 98).

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso possibilitou uma análise acerca do direito real de superfície e a alegação da usucapião pelo superficiário em face do proprietário. Em síntese, trata-se de um direito real sobre coisa alheia e meio eficaz para se cumprir a função social da propriedade. Na formação deste, haverá dois sujeitos envolvidos, o superficiário com a posse direta e o proprietário exercendo posse indireta sobre o bem. A questão norteadora para o desenvolvimento desta pesquisa, que aqui se concretiza, está baseada no estudo da impossibilidade do superficiário sair-se vitorioso diante da alegação da usucapião. Justificou-se tal abordagem demonstrando que, sendo o direito real de superfície um instrumento para o estímulo da utilização da propriedade (com seu poder máximo de elasticidade), não deve o mesmo se coadunar com o enriquecimento ilícito e a má-fé daquele que dá ao bem uma destinação socioeconômica. Neste sentido, foram explorados os institutos do direito de superfície, dos contratos, da posse, da propriedade e da usucapião, de forma a obter o máximo de informações e uma resposta satisfatória à problemática levantada, já que não há óbice para o superficiário alegar a usucapião, vez que, a garantia de acesso à justiça é um direito constitucional.

Palavras-chave: Direito de Superfície. Contratos. Posse. Propriedade. Usucapião.

ABSTRACT

This of course work completion enables an analysis of the actual surface rights and the claim of adverse possession by the surface rights owner in the face. In short, it is a real right on someone else's thing and effective means to fulfill the social function of property. In this training, there will be two subjects involved, the surface rights with the direct ownership and the owner exercising indirect ownership over good. The guiding question for the development of this research, which is implemented here, is based on the study of the impossibility of surface rights for you to win on the claim of adverse possession. Was justified such an approach demonstrating that, with the actual right to build an instrument for stimulating the use of the property (with its maximum power of elasticity), should not the same be consistent with embezzlement and malfeasance of the giver the well a socio-economic allocation. In this sense, the institutes were explored the surface rights, contracts, tenure, property and the prescription in order to obtain as much information and a satisfactory answer to the raised problematic, since there are no impediments to the landowner claiming the adverse possession, because, ensuring access to justice is a constitutional right.

Keywords: Surface Rights. Contracts. Possession. Property. Adverse possession.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CCB/02	Código Civil Brasileiro de 10 de janeiro de 2002
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CJF	Conselho da Justiça Federal
p.	Página
n°	Número
m ²	Metro quadrado

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O DIREITO DE SUPERFÍCIE.....	12
2.1	A Evolução Histórica do Instituto	12
2.2	O Direito de Superfície no Estatuto da Cidade (Lei 10.257//01) e no Código Civil Brasileiro de 2002.....	15
2.3	A Natureza Jurídica do Direito de Superfície.....	18
2.4	Dos Efeitos do Contrato de Superfície	18
2.5	Da Transmissão do Direito de Superfície.....	22
2.6	Da Extinção do Direito de Superfície.....	22
3	O CONTRATO DE SUPERFÍCIE E OS ASPECTOS CONTRATUAIS NA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS.....	26
3.1	Modos de Extinção dos Contratos.....	30
4	DOS INSTITUTOS DA POSSE, PROPRIEDADE E USUCAPIÃO	34
4.1	Da Posse	34
4.1.1	A Aquisição da Posse.....	39
4.1.2	A Perda da Posse	40
4.2	Da Propriedade	42
4.2.1	A Aquisição Propriedade Imobiliária.....	44
4.2.2	A Perda da Propriedade Imobiliária	46
4.3	Da Usucapião	47
4.3.1	A Usucapião e suas Modalidades no Ordenamento Jurídico Brasileiro	49
5	A USUCAPIÃO E O DIREITO DE SUPERFÍCIE	55
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
	REFERÊNCIAS.....	66

1 INTRODUÇÃO

O direito de superfície surge em 2001 com o Estatuto da Cidade. Posteriormente, com o Código Civil de 2002, é incluído no rol dos direitos reais sobre coisa alheia, voltado para o cumprimento da função social da propriedade, de modo a adequar-se à visão contemporânea dos negócios imobiliários.

O objetivo deste instituto é estimular o aproveitamento e exploração da terra, dos terrenos não utilizados do ponto de vista socioeconômico, suprimindo a carência de habitações e incentivando novos investimentos no setor imobiliário.

A partir do direito de superfície tem-se a formação de dois patrimônios. O primeiro advindo do domínio útil, em que o superficiário detém a posse direta do bem e o segundo, do domínio direto, em que o proprietário detém a posse indireta.

Configura-se como um direito autônomo e uma exceção ao princípio da acessão, que informa que tudo que adere ao solo presume ser do proprietário. Haverá um desdobramento da propriedade imobiliária, de um lado o proprietário do solo e, de outro, o superficiário, que irá investir na propriedade alheia.

A aplicabilidade do direito de superfície encontra-se igualmente regulada pela Lei 10.257/01, que se denomina Estatuto da Cidade, mas este restringe sua incidência aos imóveis urbanos, ao contrário do atual Código Civil Brasileiro de 2002, em que a aplicação do instituto abarca tanto os imóveis urbanos quanto os rurais. Para ambos os diplomas, o direito de superfície nasce com escritura pública devidamente registrada, gerando um direito oponível, *erga omnes*, e findo o prazo estipulado o proprietário adquire o que for construído na superfície, independentemente de indenização, salvo disposição em contrário, conforme aduz o artigo 1.375 do Código Civil Brasileiro.

A legislação civilista prevê que o proprietário poderá conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, portanto, no termo final do direito de superfície haverá a unificação de dois patrimônios e a superfície

voltará para o proprietário, quando terá a propriedade plena do terreno com as plantações ou construções ali edificadas. Muito embora, o Estatuto da Cidade permita também o prazo indeterminado, este não será perpétuo, continuando até a ocorrência de certa causa para o seu rompimento.

Trata-se, portanto de uma concessão temporária, de propriedade resolúvel pelo decurso do prazo. Perguntou-se: Nas relações entre particulares, é possível ao superficiário alegar a usucapião em face do proprietário? Parte da doutrina diz que haveria a possibilidade do superficiário pleitear a aquisição da propriedade através da usucapião, outros entendem ser vedada tal possibilidade, pois estaria pleiteando a superfície que na extinção do contrato retorna para o dono do terreno.

Procurou-se demonstrar, através das peculiaridades do instituto do direito real de superfície, a vedação da aquisição da “propriedade” superficiária através da usucapião. Neste sentido, foram analisados os institutos do direito real de superfície, da posse, da propriedade, da usucapião e a teoria geral dos contratos, confrontando a seguir as opiniões dos doutrinadores ao nortear o assunto. Neste sentido, a pesquisa teve como base as obras de Venosa (2011-2013), Farias e Rosendal (2009), Diniz (2008) e Tartuce (2014).

Para tanto, foram realizadas as pesquisas exploratória, bibliográfica o que proporcionou maiores informações, para responder à hipótese levantada. Neste sentido, como fontes de pesquisas foram utilizadas: sites, livros, doutrinas e teses, jurídicas, além de análises de jurisprudências. Enfim, a análise geral da pesquisa foi evidenciada pelo raciocínio indutivo, tendo em vista que, através da investigação científica e das análises, as afirmações particulares conduziram a uma conclusão.

A abordagem temática consistiu no fato de que o direito real de superfície é um instituto relevante em nosso cenário jurídico, pois atende a necessidade legal, econômica e prática ao permitir a construção em solo alheio, possibilitando que as relações privadas sejam eivadas de boa-fé e que a propriedade cumpra o seu papel constitucional, promovendo o desenvolvimento econômico e o bem estar social.

2 O DIREITO DE SUPERFÍCIE

Com a evolução das sociedades ocorreu uma reformulação do conceito de propriedade. O caráter absoluto, perpétuo e individualista deste direito deu lugar a uma interpretação mais relativizada, tendo em vista o interesse social e a sua adequação ao princípio da função social da propriedade. Esta necessidade contemporânea fez com que o legislador brasileiro, atento aos princípios constitucionais, introduzisse em nosso ordenamento pátrio o direito de superfície, como uma das formas de aproveitamento da propriedade. Imperioso, portanto é o entendimento da evolução deste instituto que confere ao seu titular o direito de uso e fruição da superfície do terreno, contrariando a noção originária de propriedade.

2.1 A Evolução Histórica do Instituto

As raízes históricas do direito de superfície têm seu nascedouro no período clássico do Império Romano, pois havia uma necessidade de edificar ou plantar sobre bens públicos, a fim de garantir a ocupação e a defesa de terras conquistadas. (MAZZEI, 2007).

No início do período clássico, a concepção de propriedade para os romanos tinha cunho individualista, personalíssimo, um poder absoluto e único sobre a coisa. Desta forma, tudo que estava sobre o solo se incorporava, como direito um natural, ao proprietário, sendo patrimônio deste. Assim, a propriedade da construção não era separada da propriedade do solo, e tudo que se construía ou plantava no solo passava a pertencer ao proprietário. Vigorava o princípio *superfícies solo cedit*, o que impedia uma propriedade se desvincular do solo. (VENOSA, 2013).

Mais tarde, verificou-se que, este modelo individualista de domínio da propriedade não se coadunava com o anseio social de desenvolvimento das *civitas*, então o “Estado” passou a permitir a construção em solo público por particulares, através de concessão.

Os magistrados permitiam que comerciantes instalassem tabernas sobre as vias públicas, permanecendo o solo em poder do Estado. Entre os particulares, o instituto era estabelecido por contrato. Tornou-se definitivamente um direito real sobre coisa alheia na época clássica. Permitia-se a plena atribuição do direito de superfície a quem, sob certas

condições, construísse em terreno alheio. Desse modo, passou-se a permitir que o construtor tivesse obra separada do solo. (VENOSA, 2011, p. 1.271).

Vislumbra-se a partir daí a exceção à regra de que o acessório segue o principal, não se aplicando mais o princípio da *superficies solo cedit*, ou seja, tudo que se planta ou se constrói no solo é de propriedade exclusiva do dono do solo. Era a cisão da propriedade absoluta, concepção que, como ensinam Farias e Rosenvald (2009, p. 417) não foi adotada nos Códigos francês e alemão (BGB), contudo, na lição de Mazzei (2007, p. 55-61) o direito de superfície foi adotado pelos Códigos italiano e lusitano.

A experiência jurídica vivenciada por Roma, fez com que conceitos fossem construídos a partir dos fenômenos sociais vivenciados à época, dando ao direito de superfície um caráter real, mas desde o início com conteúdo social, pois um terceiro passou a ter a possibilidade jurídica de edificar ou plantar em terreno alheio (ainda que atenda aos interesses estatais ou para a sobrevivência), uma vez que o proprietário não estivesse utilizando o bem.

No Brasil, há indicativos para aplicação do direito de superfície na Consolidação das Leis Civis de 1.858, mas é abolido pela Lei 1.234 de 1.864. Havia a aplicação de institutos muito próximos, como a enfiteuse e o arrendamento. Observa-se que, em Portugal o instituto foi adotado, como forma de resolver problemas urbanos relacionados à habitação, aqui o mesmo não foi contemplado, muito embora tenha sido proposto no Código Civil de Clóvis Bevilacqua – não por este, mas pela Comissão Revisora. (MAZZEI, 2007).

Pondera Teixeira¹ (1993 apud MAZZEI, 2007, p. 101) que: “Clóvis manteve-se fiel à velha e clássica regra romana de que *superfície solo cedit*.” Portanto, a idéia de propriedade se baseava numa concepção individualista não se coadunando com o desmembramento de seus atributos.

¹TEIXEIRA, José Guilherme Braga. **O direito real de superfície**: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.47-48.

Em nosso ordenamento pátrio, o direito de superfície nasce com o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) como uma alternativa para o incremento da política urbana e como meio eficaz para o cumprimento da função social da propriedade - diretrizes previstas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) em seus artigos 182 e 183. (BRASIL, 2011, p. 64).

No CCB/02, o legislador acrescenta a superfície no Livro dos Direitos das Coisas, no rol dos direitos reais, precisamente no art. 1.225, inciso II. (BRASIL, 2011).

Relata Mazzei (2007, p. 106) que o direito de superfície é “uma das manifestações da diretriz social abrigada no ventre do Código Civil, recebendo direta radiação da Constituição Federal”. O CCB/02 passou a ser interpretado de acordo com os ditames constitucionais a exemplo disto é o direito de superfície e seu atendimento à função social da propriedade.

Inobstante, a presença do instituto nos dois diplomas legais, a aplicação do CCB/02 será supletiva, ou seja, onde não houver plano urbanístico e quando da omissão da lei especial. (VENOSA, 2013).

Na lição de Lira² (2007 *apud* FARIAS; ROSENVALD, 2009, p. 417) “o Estatuto da Cidade regula a disciplina urbanística e deseja promover a função social da cidade, tornando-a sustentável e dotada de condições dignas de vida.” É um passo para proteger as futuras gerações, pois há uma responsabilidade social solidária ao se preocupar com a sustentabilidade, a fim de garantir a qualidade de vida do cidadão.

Entretanto, o propósito da matéria ser incorporada no CCB/02 é o de atender aos interesses e necessidades privadas quanto da aplicação do direito de superfície entre os particulares, contudo, não deixando de ser observado o Estatuto da Cidade, por ser lei especial, e o princípio constitucional da função social da propriedade.

² LIRA, Ricardo Pereira. Direito urbanístico, estatuto da cidade e regularização fundiária. In: Direito da cidade. In, COUTINHO, RONALDO; BONIZZATO, LUIGI (Org.), **Novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

Apesar da introdução no ordenamento jurídico em dois textos distintos, não ocorreu a revogação da lei especial pelo CCB/02. Ambas as fontes, embora tenham campos de incidências diferentes, tem a mesma estrutura, o que levará a uma interpretação integrada e sistemática acerca do instituto.

2.2 O Direito de Superfície no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) e no Código Civil Brasileiro de 2002

O direito de superfície foi introduzido em nosso ordenamento jurídico para regulamentar o uso do solo, prevenindo conflitos e propiciando uma melhor utilização econômica da propriedade, observados os aspectos da sustentabilidade e da função social da cidade de modo a garantir o bem estar de seus habitantes, conforme preceitua os artigos 182 e 183 da CRFB/88. (BRASIL, 2011).

O instituto tem natureza complexa e não se pode confundi-lo com enfiteuse (que é perpétua), arrendamento (que é direito obrigacional entre partes, sempre oneroso e não há direito de preferência), usufruto (que é intransferível, recai sobre móveis e imóveis) e locação (que é um direito pessoal), direito real de uso (que é o uso da coisa alheia, e se extingue pelo não uso) ou quaisquer construções informais. Este excepciona a regra de que o acessório segue o principal, permitindo a separação da construção (ou plantação) da propriedade do solo. (DINIZ, 2008).

O direito de superfície está previsto nos artigos 21 a 24 da Lei 10.257 de 2001 que se intitula Estatuto da Cidade e nos artigos 1.369 a 1.377 do atual CCB/02. (BRASIL, 2011).

O CCB/02 traz disposições concernentes à matéria, caracterizando o instituto na redação do artigo 1.369, *in verbis*:

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. (BRASIL, 2011, p. 255).

O Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) dá tratamento específico em seu art. 21, *in verbis*:

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. (BRASIL, 2011, p. 1.068).

Percebe-se, pois, algumas diferenças nos dois diplomas, sendo que o Estatuto da Cidade disciplina a matéria quanto aos imóveis urbanos, podendo ser utilizado o solo, o subsolo e espaço aéreo, por tempo determinado e indeterminado - mas não perpétuo. (FARIAS; ROSENVALD, 2009).

Insta salientar que, prevalecendo a perpetuidade, o instituto se aproximaria da enfiteuse, e ocorreria uma transmissão infinita aos sucessores. Por conta disto, o CCB/02 não admite a constituição do direito de superfície por prazo indeterminado, pois além de trazer insegurança jurídica aos negócios imobiliários verificando a incidência da enfiteuse.

Neste diapasão, observa-se que:

Superfície e enfiteuse tem a mesma origem histórica em Roma, implicando ambos cessão de propriedades do domínio. Atualmente, a superfície ingressa no ordenamento com atualizada roupagem, para substituir o modelo jurídico da enfiteuse que, a partir de 11 de janeiro de 2003, não mais poderá ser constituída – exceto sobre terrenos de Marinha (art. 2038 do CC). Preservam-se, contudo, as enfiteuses ora existentes até a sua extinção, com aplicação do Código Civil de 1916 pelo fenômeno da ultratividade. (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p. 427).

O CCB/02 não contemplou a enfiteuse como um direito real, e ao contrário do Estatuto da Cidade, abrange além dos imóveis urbanos, os imóveis rurais, permitindo a utilização somente por tempo determinado.

Com relação às enfiteuses, foram mantidas as anteriores, sendo “vedada a estipulação de novas”, permitindo a enfiteuse dos terrenos de marinha, devendo ser regulada por lei especial. (TARTUCE, 2014, p. 767).

Ainda, no que concerne à legislação civilista, o direito de superfície traz uma

vedação ao uso do subsolo, sendo possível a utilização, se pertinente ao objeto da concessão. Tal vedação tem sua causa no artigo 20 da CRFB/88 que diz que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União. (BRASIL, 2011).

Ademais, conforme parágrafo 2º do artigo 176 da CRFB a propriedade das riquezas minerais é distinta da do solo:

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. [...] § 2º É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei. (BRASIL, 2011, p. 63).

Esclarecem Farias; Rosenvald (2009, p. 417) que conforme Enunciado de nº (número) 93 da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF) “as normas previstas no Código Civil, regulando o direito de superfície, não revogam as normas relativas a direito de superfície constantes no Estatuto da Cidade”.

Portanto, os dois dispositivos legais coabitam, sendo que o Estatuto da Cidade, se preocupa com o aspecto urbanístico, e condições de vida dos habitantes da cidade, já o CCB/02, com os interesses nas relações privadas.

Neste sentido, após várias discussões acerca da vedação do uso do subsolo e espaço aéreo, pelo superficiário, foi aprovado na VI Jornada de Direito Civil, o Enunciado de nº 568, dando nova interpretação ao artigo 1.369 do CCB/02 e ao artigo 21, do Estatuto da Cidade:

Enunciado 568. Art. 1369. 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, admitindo-se o direito de sobrelevação, atendida a legislação urbanística. (TARTUCE, 2014, p. 768).

Buscou-se através desta nova interpretação dar maior amplitude à utilização da propriedade (rural ou urbana), vez que anteriormente havia limitação ao uso da propriedade superficiária. Importante salientar que o direito da União, conforme citado, continua prevalecendo.

2.3 A Natureza Jurídica do Direito de Superfície

O direito de superfície é um direito real, por estar elencado no CCB/02, no rol dos *numerus clausus* de direitos reais, e para alcançar terceiros, ou seja, gerar efeito *erga omnes*, é necessário o registro do título constitutivo. Assim, confirmam Farias e Rosenvald (2009, p. 414) ao definirem o conceito do instituto:

O direito de superfície é uma faculdade que o proprietário possui de conceder a um terceiro, tido como superficiário, a propriedade das construções e plantações que este efetue sobre ou sob o solo alheio (solo, subsolo ou espaço aéreo de terreno), por tempo determinado ou sem prazo, desde que promova a escritura pública no registro imobiliário.

E, de acordo com Pereira (2004, p. 25) “os direitos reais, desmembrados do domínio e transferidos a terceiros se denominam — direitos reais na coisa alheia (*jura in re aliena*)”. Na constituição do direito de superfície há um desmembramento do domínio, de um lado a propriedade e de outro a superfície, que será usufruída pelo superficiário, como se proprietário fosse, até a extinção do contrato, quando haverá consolidação da propriedade plena do solo.

Trata-se de direito real sobre coisa alheia, exigindo, para a sua constituição o registro na matrícula do imóvel, que vai amparar esse direito, conforme artigo 167, inciso I, alínea 39, da Lei 6.015/1.973, intitulada Lei dos Registros Públicos. (BRASIL, 2011, p. 1.275).

Por ser um direito real, a extinção da concessão (por término do contrato, por inadimplemento de obrigações ajustadas, pelo fato do superficiário dar destinação diversa ao contratado) somente se fará mediante averbação no Cartório de Registro Imobiliário, quando o proprietário terá a propriedade plena das acessões edificadas pelo superficiário.

2.4 Dos Efeitos do Contrato de Superfície

No contrato de superfície que será levado a registro há dois sujeitos envolvidos, de um lado o superficiário, e de outro o proprietário do terreno. “Enquanto o superficiário adquire a propriedade resolúvel das acessões (construções e

plantações), o proprietário mantém a titularidade sobre o solo.” (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p. 416).

Infere-se que a partir deste contrato, é possível negociar a separação do direito de construir (ou plantar) do direito de propriedade do terreno.

Cuida-se de contrato solene que leva ao surgimento de dois patrimônios autônomos, o do proprietário do terreno e o direito real de superfície. A superfície será explorada pelo superficiário, exercendo os poderes dominiais sobre a acessão. Mas, observa-se que as partes ao negociarem, estarão gerando um contrato apenas com direitos pessoais, e que somente após ser levado a registro, opera-se o efeito *erga omnes*.

Importante salientar que, no contrato imobiliário, firmado entre as partes para registro do direito de superfície, apesar dos interesses e necessidades privadas presentes nas cláusulas devem ser obedecidas também, as legislações especiais pertinentes, como, o Estatuto da Cidade, as leis que regem o Meio Ambiente e o Plano Diretor do Município.

Farias e Rosenvald (2009, p. 417) nos dá a seguinte lição:

Todavia, se o proprietário A concede a superfície de seu terreno urbano para que B construa uma pista de Cooper em seu interesse particular, [...], estaremos no campo do Código Civil, pois apesar de se tratar de imóvel urbano, a relação jurídica é de direito privado, sem qualquer relevância imediata para o direito urbanístico.

Então, o uso da legislação especial será utilizada somente quando envolve o poder público e interesses coletivos.

Ainda, comparando os diplomas mencionados, seja no CCB/02 ou no Estatuto da Cidade, o contrato que institui o direito de superfície poderá ser gratuito ou oneroso, neste haverá a possibilidade do parcelamento, denominado *cânon* superficiário e seu inadimplemento poderá dar margem à ação de cobrança e de extinção por infração contratual. (VENOSA, 2013).

Portanto, na concessão gratuita do direito de superfície o proprietário não recebe a

contraprestação, mas, ao final, recebe a propriedade de volta com suas acessões.

E na onerosa, terá direito a um recebimento durante o tempo de duração contratual ou, pelo tempo estabelecido no contrato, trazendo mais vantagens para o proprietário.

O superficiário também terá suas vantagens, além da utilização de uma propriedade para seus investimentos, poderá constituir ônus reais sobre este direito, como o usufruto, a servidão, direito de habitação e hipoteca. (FARIAS; ROSENVALD, 2009).

O superficiário não fica limitado em sua posse, o que possibilita uma utilização mais eficaz do instituto, porém como a propriedade é resolúvel, o ônus real se limita ao tempo que usufruirá o direito de superfície.

Buscando uma maior efetividade do direito de superfície o Enunciado de nº 250, da III Jornada de Direito Civil do CJF passou a permitir a superfície por cisão: “O direito de superfície admite a superfície por cisão, em razão da vigência do princípio da tipicidade elástica nos direitos reais.” (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p. 418).

Quer dizer que será possível a constituição de direito de superfície quando já existir edificações no terreno. As plantações e construções (para moradia ou comércio) já constituídas podem ser objetos do direito de superfície, o que aumenta ainda mais a amplitude deste instituto, ou seja, a propriedade (construção ou plantação) mal conservada, abandonada, carente de investimentos econômicos poderá ser revitalizada com novo empreendimento, através de um terceiro (o superficiário), fazendo-se reviver a sua função econômica e social.

Outra inovação importante inovação deste instituto, que a princípio não foi acolhido pelo nosso ordenamento pátrio, é o direito de sobrelevação, que consiste no direito de construir sobre o edifício alheio. (MAZZEI, 2007).

Conforme mencionado anteriormente, o Enunciado de nº 568 deu nova interpretação ao artigo 1.369, do CCB/02 admitindo-se o direito de sobrelevação, atendida a legislação urbanística. Observam-se Farias e Rosenvald (2009, p. 422) que não se

pode confundir o direito de sobrelevação com o condomínio edilício, pois neste as construções terão sua fração ideal de solo, e naquele, a superfície será tripartida:

[...] pois na superfície haveria uma tripartição de propriedade autônomas: a propriedade do solo, de titularidade do concedente; a propriedade da superfície, pertencente ao superficiário; e a propriedade da sobrelevação, que ingressaria no patrimônio do segundo concessionário.

Essa nova interpretação possibilita regularizar o direito de laje (FARIAS; ROSENVALD, 2009). Isto demonstra a operabilidade do instituto do direito de superfície e a concretização da função social da propriedade, vez que é esse o princípio motivador deste direito contemporâneo.

Quanto às obrigações pelos encargos e tributos, tanto o Estatuto da Cidade (artigo 21, § 3º), quanto o CCB/02 (artigo 1.371), atribuem ao superficiário o pagamento dos mesmos, o que seria inconstitucional, com base no artigo 146 da atual CRFB/88 que exige reserva de lei complementar para definir contribuintes de tributos (BRASIL, 2011) e no artigo 123 do Código Tributário Nacional, que menciona:

Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes. (BRASIL, 2011, p. 732)

O direito de superfície alterou uma norma que define o sujeito passivo tributário, sem, no entanto haver previsão em lei complementar, e por conta disto, foi dada nova interpretação através do Enunciado de nº 94 da I Jornada de Direito Civil do CJF: “as partes têm plena liberdade para deliberar, no contrato respectivo, sobre o rateio dos encargos e tributos que incidirão sobre a área objeto da concessão do direito de superfície.” (DINIZ, 2008, p. 463).

Tal enunciado vem confirmar o princípio da autonomia da vontade e a liberdade de contratar, ínsitos neste instituto, exercidas em razão do princípio da função social da propriedade, da função social do contrato, dos princípios da probidade e da boa-fé.

Contudo, tais convenções particulares, não poderão ser contrárias aos ditames legais e no caso do direito de superfície as responsabilidades das partes devem ser definidas de modo a propiciar a execução do contrato sem que haja o enriquecimento ilícito. Como há um desdobramento da propriedade, o proprietário

estará arcando com seus encargos e tributos, e o superficiário com os encargos e tributos inerentes à superfície, ora explorada, exceto se houver previsão contratual para que uma das partes assumira os encargos e tributos.

2.5 Da Transmissão do Direito de Superfície

Trata-se de direito transferível, por ato *inter vivos* ou *mortis causa*, conforme artigo 1.372 do CCB/02 e artigo 21, parágrafos 4º e 5º do Estatuto da Cidade, devendo prevalecer o prazo fixado no negócio jurídico que assegura ainda, o direito de preferência ao proprietário e ao superficiário. (FARIAS; ROSENVALD, 2009).

Portanto, caso o proprietário queira alienar a sua propriedade, é permitido ao superficiário o direito de preferência, em igualdade de condições perante terceiros. E, reciprocamente, tal direito equivale para o proprietário, caso o superficiário queira alienar o direito de superfície, conforme artigo 1.373 do CCB/02. (BRASIL, 2011).

Outra forma de transferir a propriedade superficiária seria através de ato de última vontade, pelo testamento, quando do falecimento do superficiário, devendo, no entanto, ser respeitada o prazo fixado no negócio jurídico, que perdura enquanto não for averbada a extinção. (FARIAS; ROSENVALD, 2009).

2.6 Da Extinção do Direito de Superfície

Uma das características deste direito real sobre coisa alheia é a sua duração temporária, ainda que o Estatuto da Cidade preveja o prazo indeterminado, este não será perpétuo, vez que a propriedade não pode manter-se fracionada por períodos indefinidos. Por isso, há a previsão legal de que, após a sua extinção, a propriedade que fora desmembrada será novamente unificada, sem indenização ao superficiário, se não foi estipulado no contrato, com base no artigo 1.375 do CCB/02. (BRASIL, 2011).

Farias e Rosenvald (2009, p. 420) ressaltam que “há uma falha na legislação, por não introduzir quais seriam os períodos mínimos e máximos da duração do direito

real de superfície.” Tal fato levaria ao fracionamento da propriedade por um período muito longo.

A respeito da extinção do direito de superfície, Venosa (2013) manifesta no sentido de que, no contrato por prazo determinado se as partes silenciam, o instituto se prorroga por prazo indeterminado, sendo imperioso, portanto, a notificação para a sua extinção.

Urge salientar, que a extinção da superfície somente ocorre após a averbação, conforme artigo 167, inciso II, alínea 20, da Lei de Registros Públicos. (BRASIL, 2011).

Além da extinção pelo advento do termo, o direito real de superfície poderá ser extinto, pelo inadimplemento obrigacional por parte do superficiário, como o não uso do direito de construir ou de plantar, previstos no contrato, ou o não pagamento da concessão ou do *solarium*; pelo distrato; pela renúncia do superficiário; pelo desvio da destinação do objeto da superfície; pelo perecimento do terreno; e pelo falecimento do superficiário sem herdeiros, já que havendo a sucessão e existindo herdeiros tal direito poderá ser transmitido por *mortis causa* ou por testamento. (DINIZ, 2008).

Outra forma de extinção da propriedade superficiária é por desapropriação:

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. (BRASIL, 2011, p. 255).

Percebe-se através da leitura que as indenizações terão por base o valor dos dois patrimônios envolvidos, no momento da desapropriação, considerando o valor da propriedade do proprietário do solo e o valor da propriedade do superficiário indistintamente, pois há a constituição de patrimônios autônomos no momento em que a propriedade foi bipartida. Entretanto, como bem observa Gagliano³ (2004 *apud* DINIZ, 2008, p. 466): “o superficiário teria direito ao valor proporcional ao benefício

³ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Código Civil comentado**. São Paulo, Atlas, 2004. v. XIII

que teria durante o período da concessão, se o fundeiro não tivesse sido desapropriado”.

De fato, o superficiário investiu prevendo um lucro para o seu negócio, capaz de suprir todos os custos daquela construção ou plantação. Da mesma forma, o proprietário também previu que haveria durante a execução do contrato de superfície lucro considerável, que justificasse a manutenção do negócio, e ao final do direito de superfície uma valorização de seu imóvel (urbano ou rural) tendo em vista a utilização da superfície. O correto seria considerar o valor do bem imóvel, mais a projeção do lucro sobre o investimento, ou seja, o lucro cessante.

Frisa-se ainda que no caso de desapropriação, além da indenização que cabe às partes pelo poder público, estas também poderão estipular previamente no contrato de superfície a ser levado a registro, o *quantum* a ser indenizado ao superficiário pelo proprietário, caso o imóvel venha sofrer a mencionada restrição. Ou seja, se não houver previsão contratual na matrícula do imóvel, extinto o direito de superfície, tem-se a propriedade plena para o proprietário, independentemente de indenização ao superficiário, e este recebe somente a indenização do poder público.

Extinto o direito de superfície, o proprietário passará a ter a propriedade das construções ou plantações, das acessões naturais e das benfeitorias e caso o superficiário se recuse a devolver o bem, o proprietário estará sofrendo o esbulho e poderá mover ação de reintegração de posse. (DINIZ, 2008).

Aliás, por se tratar de um direito real, este adere à coisa, e na lição de Farias e Rosenvald (2009, p. 7), poderá ser exigido, pelo direito de seqüela, a violação de um direito real:

Os direitos reais aderem à coisa, sujeitando-a imediatamente ao poder de seu titular, com oponibilidade erga omnes. A inerência do direito real ao objeto afetado é tão substancial, a ponto de fazer com seu titular possa persegui-lo em poder de terceiros onde quer que se encontre.

No direito real de superfície, o proprietário, e também o superficiário, terão o direito de seqüela, por se tratar de um direito real, podendo ser recuperado se estiver em

poder de terceiros, pois trata-se de um direito com eficácia *erga omnes* impondo a toda a sociedade o respeito a esse direito.

3 O CONTRATO DE SUPERFÍCIE E OS ASPECTOS CONTRATUAIS NA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

Importante é a análise do direito de superfície e os princípios inerentes ao contrato, vez que, haverá uma negociação prévia entre as partes para que, a partir desse acordo, possa ser levado a registro a escritura que concede o direito de superfície e posterior registro na matrícula do imóvel, que será gravado com esse ônus. Portanto, o que o superficiário e o proprietário decidirem dentro da permissibilidade legal deste direito real, fará com que esse empreendimento econômico flua de maneira produtiva atingindo seus fins, evitando futuros conflitos.

Na definição de Diniz (2010, p. 370) contrato é:

[...] o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

O contrato de constituição de superfície, nas relações privadas, irá surgir da manifestação da vontade, de forma que, através de uma relação obrigacional entre sujeitos, nascerá um direito real sobre coisa alheia, sob o molde da função social da propriedade. A autonomia dos contratantes e seus interesses patrimoniais serão compatíveis com o instituto. Assim, se o proprietário possui um imóvel (rural ou urbano) e o superficiário possui meios para que aquela propriedade exerça a função social, essa relação será estendida, sendo a base para a formação do direito real de superfície.

Ademais, o dirigismo estatal se faz presente, quando da confecção e execução contratual, pois na formação deste instrumento jurídico devem ser respeitadas as cláusulas legais que regem o instituto, e no caso do direito de superfície trata-se do Estatuto da Cidade e do CCB/02, bem como a solenidade do ato de registro deste contrato.

O contrato de superfície é um contrato solene, tendo como sujeitos das obrigações, de um lado, o proprietário concedente, dono do solo, fundieiro, e de outro o superficiário. O objeto será a superfície, ou o implante que se refere à construção ou

à plantação. Ao utilizar-se do solo, subsolo ou do espaço aéreo, as normas previstas no Estatuto da Cidade no CCB/02, estarão condicionadas à previsão contratual, aos objetivos da concessão. (DINIZ, 2008).

O direito real de superfície tem sua efetivação com o registro público do contrato de superfície. Mas, o ajuste entre as partes, ou seja, a liberdade contratual, somente será possível se observados, além das normas que regem o instituto, alguns princípios inerentes à formação, execução e extinção dos contratos, o que possibilitará gerar efeitos entre as partes e para a sociedade.

Diniz (2010, p. 364) leciona que liberdade contratual “funda-se na autonomia da vontade”, e equivale ao poder negocial de estipular livremente, o que melhor lhes convêm, criando efeitos que serão tutelados juridicamente. Mas, esta não é absoluta, e interpretando de forma extensiva o disposto no artigo 421 do CCB/02, que diz que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, percebe-se que há uma preocupação em tutelar os interesses das partes, juntamente com os interesses sociais, sendo verificado, no caso concreto, se o contrato atendeu às necessidades sociais, ou se cumpriu sua função social.

Com relação à função social do contrato, considera Diniz (2010, p. 365) que:

Repelido está o individualismo, e os contratantes deverão sujeitar sua vontade as normas de ordem pública, que fixam os interesses da coletividade e as bases jurídicas fundamentais em que repousam a ordem econômica e moral da sociedade e os bons costumes, relativos a moralidade social.

O princípio da socialidade ou da função social do contrato limita a liberdade contratual, pois o contrato, além de gerar efeitos *inter partes*, estará gerando efeitos externos, para toda a coletividade.

Tartuce (2014) salienta que a função social do contrato irá reforçar o princípio da conservação do contrato (*pacta sunt servanda*), no entanto, permite a sua revisão, equilibrando e trazendo segurança jurídica. Lembra que a função social dos contratos e a função social da propriedade são normas de ordem pública, fundamentada na proteção da dignidade humana e na solidariedade social. O que se

observa na contemporaneidade do direito é a relativização do princípio *pacta sunt servanda*, visto que devem ser observados os princípios sociais, tais como a função social e a boa fé objetiva.

Este último princípio está relacionado aos deveres anexos da conduta, que são elencados por Tartuce (2014, p. 443), como sendo:

Dever de cuidado em relação à outra parte negocial; dever de respeito; dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio; dever de agir conforme a confiança depositada; dever de lealdade e probidade; dever de colaboração ou cooperação; dever de agir com honestidade; dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão.

Portanto, as partes devem ter comportamento leal compatível com o que foi acordado inicialmente, permanecendo fiel até a conclusão do contrato. O contrato deve ser interpretado favoravelmente a quem esteja de boa-fé, e sua aplicação deve ser observada em todas as fases do contrato, conforme dispõe o artigo 422 do CCB/02: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, sendo que a não observância dá ensejo ao abuso de direito. (TARTUCE, 2014, p. 443).

A boa-fé objetiva proíbe um comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) em vista do que foi acordado nas fases do contrato, sendo incompatível com uma conduta abusiva. O objetivo é possibilitar a confiança necessária para que as prestações, os riscos e os encargos, decorrentes do vínculo obrigacional sejam equilibrados de modo a impedir um enriquecimento sem causa. (DINIZ, 2010).

Atento aos princípios anteriormente mencionados, o contrato de superfície deve informar qual será o objeto da concessão - plantação ou construção, o prazo (determinado ou indeterminado), a área do imóvel a ser utilizada, as partes devidamente qualificadas com seus direitos e obrigações, definir quem responderá pelos encargos ou tributos, objeto do direito de superfície, conforme o Enunciado de nº 94 do Conselho da Justiça Federal, já citado neste estudo.

A fim de se evitar problemas, no futuro, deve-se definir se a concessão será onerosa ou gratuita. Se onerosa, poderá estipular o recebimento do *cânon* de forma

periódica, inclusive com previsão de atualização monetária, ou do *solarium*, que se dá uma única vez. Se gratuita, poderá o proprietário, ao final, receber um imóvel valorizado, em decorrência do investimento realizado pelo superficiário, que o explorou e auferiu renda ao exercer uma atividade econômica, também prevista no contrato.

Importante também é a previsão de indenização, em caso de alienação do imóvel ou da superfície, e em caso de desapropriação e os procedimentos em caso de transferência, já que o artigo 1.372 do CCB/02 informa que poderá ocorrer a transferência da superfície para terceiros ou para herdeiros, até o termo final ou até fato extintivo do direito, porém não poderá existir cláusula, estipulando pagamento pela transferência, seja por ato *inter vivos* ou *causa mortis*. (DINIZ, 2008).

O entendimento da teoria geral dos contratos e seus princípios são fundamentais, sendo alicerces (além das legislações que acolhem o instituto), para a constituição do direito real de superfície, pois os consensos nas relações obrigacionais possibilitarão uma maior segurança jurídica para as partes, vez que, o proprietário e o superficiário terão prestações de dar, fazer ou não fazer, com o propósito da manutenção deste contrato que será levado ao registro.

Após ser levado a registro, nasce o direito real, e afirma Gomes⁴ (1978 *apud* DINIZ, 2008, p. 14) “[...] que os direitos reais geram uma obrigação passiva universal, consistente no dever geral de abstenção da prática de qualquer ato que os atinja”. Nasce uma obrigação negativa e vale dizer que a autonomia dos contratantes não estará criando novo direito real, pois são taxativos, criados apenas por lei.

Pode-se, portanto, inovar o direito real. Ensina Gondinho⁵ (2000 *apud* Farias; Rosenvald, 2009, p. 12) que a intervenção dos particulares deve ser:

“[...] compatível com os princípios constitucionais da função social da propriedade e da atividade econômica, de modo a entender os valores existenciais da pessoa humana como paradigma necessário e indispensável para a tutela pretendida”.

⁴GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 6. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

⁵GONDINHO, André Osório, cf. **Direitos Reais e Autonomia da Vontade**, p. 154.

A vontade das partes é importante para a flexibilização do contrato de superfície, suprindo até mesmo aspectos não mencionados nos dispositivos legais, entretanto a característica da tipicidade, inerente ao direito real, delimitando este conteúdo é mantida, pois não está atribuindo eficácia real a estas relações obrigacionais, e sim instituindo um direito real sobre coisa alheia, sendo necessário previamente delimitar as responsabilidades tanto do proprietário quanto do superficiário, que nascerão a partir da bifurcação da propriedade.

3.1 Modos de Extinção dos Contratos

A regra geral é a de que os contratos devem ser mantidos, tendo em vista o princípio da conservação negocial, pois busca-se sempre a concretização da vontade das partes a fim de preservar a autonomia privada. A manutenção relaciona-se com o princípio da função social dos contratos. A função social dos contratos é preceito de ordem pública, e por um lado, limita a autonomia privada, pois sua eficácia interna está ligada à proteção dos vulneráveis, da dignidade humana e solidariedade social, e à vedação ao enriquecimento ilícito.

Se conservado, o contrato será extinto normalmente, quando o prazo estabelecido chegar ao fim, mas desde que cumpridas as obrigações que foram acordadas, pois deve-se observar os princípios da boa fé, da probidade e da lealdade entre as partes.

Pode-se extinguir um contrato por prazo determinado ou indeterminado, por vontade das partes, através do distrato. Define-se distrato (ou rescisão bilateral) como sendo “[...] um negócio jurídico que rompe o vínculo contratual, mediante a declaração de vontade de ambos os contraentes de por fim ao contrato que firmaram.” (DINIZ, 2010, p. 416).

O artigo 472 do CCB/02 menciona que “o distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato.” (BRASIL, 2011, p. 181). Portanto, se a lei menciona que o contrato será constituído mediante escritura pública, o distrato, também será, sob pena de

nulidade. Como ocorre no direito de superfície em que é necessária a escritura pública e seu posterior registro.

A extinção por rescisão unilateral está prevista no artigo 473 do CCB/02, no entanto é necessária a denúncia notificada à outra parte, e surtirá efeitos somente após “prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.” (BRASIL, 2011, p. 182). O artigo tem o condão de evitar o enriquecimento ilícito, trazendo maior segurança jurídica para as partes.

Mas, este tipo de extinção somente ocorrerá “desde que a lei, de forma explícita ou implícita, admita essa forma de extinção.” (TARTUCE, 2014, p. 487). Portanto não havendo previsão legal a parte não pode de forma unilateral extinguir o contrato.

Outra forma de rescisão unilateral é a renúncia, “cabível nos contratos baseados na confiança, quando houver quebra desta.” (TARTUCE, 2014, p. 488). Assim, o contrato será extinto caso ocorra quebra de confiança, no direito de superfície pode ocorrer tanto por ato do superficiário quanto do proprietário.

Existe ainda a renúncia tácita, que a doutrina denomina de “*supressio*” e significa “a supressão, por renúncia tácita, de um direito ou de uma posição jurídica, pelo seu não exercício com o passar dos tempos”. Tem-se que, a partir da “*supressio*” nasce um direito para o devedor por meio da “*surrectio*”, “direito este que não existia juridicamente até então, mas que decorre da efetividade social, de acordo com os costumes”. (TARTUCE, 2014, p. 836).

Os contratos ainda podem ser extintos por cláusulas resolutivas expressas ou tácitas. O artigo 474 do CCB/02 menciona que “a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.” (BRASIL, 2011, p. 182).

A cláusula resolutiva expressa é aquela que foi previamente ajustada e consta do contrato, e diante do inadimplemento de prestações de qualquer das partes, têm-se a rescisão contratual, e a indenização por perdas e danos. (DINIZ, 2010). Já a tácita, “decorre da lei e que gera a resolução em decorrência de um evento futuro e incerto,

geralmente relacionado ao inadimplemento (condição)”, por não decorrer da autonomia privada precisa de interpelação judicial para gerar efeitos jurídicos. (TARTUCE, 2014, p. 483).

Outra hipótese de extinção contratual dá-se através da resolução do contrato por “inexecução voluntária” ou por “inexecução involuntária”. No primeiro caso, ocorre conforme artigo 475 do CCB/02, por culpa ou dolo do devedor, que deixou de cumprir uma obrigação de dar, de fazer ou de não fazer. Mas, têm-se a opção de exigir o cumprimento do contrato. É possível, ao pedir a resolução ou o cumprimento do contrato, a indenização por perdas e danos. (TARTUCE, 2014, p. 481).

Na segunda hipótese, a “resolução por inexecução involuntária”, fatos alheios à vontade das partes, impossibilitaram o adimplemento da obrigação, em decorrência de evento imprevisível (caso fortuito) ou previsível, porém inevitável (força maior). Neste caso, se não houver previsão contratual, não se fala em perdas e danos. (TARTUCE, 2014, p. 482).

Ainda, poderá ocorrer a “resolução contratual por fato superveniente”, quando tornou insustentável a manutenção do contrato, conforme artigo 478 do CCB/02 “em decorrência de uma imprevisibilidade e extraordinariedade somadas a uma onerosidade excessiva”. No que tange ao assunto, observa-se o Enunciado de nº 366, da IV Jornada de Direito Civil da CJF que “o fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação”. (TARTUCE, 2014, p. 483).

Portanto havendo um desequilíbrio contratual, gerada por fato superveniente, há que se verificar na prática se o fato que gerou não estava previsto na natureza do negócio como uma possibilidade de ocorrência.

Poderá ocorrer, em algumas espécies de contrato a extinção por morte de uma das partes, mas tal ocorrência se dará somente quando assumida a “obrigação personalíssima ou *intuitu personae*, sendo denominada cessação contratual”. (TARTUCE, 2014, p. 488). Cessa o contrato, pois não se permite que terceiro o

cumpra, pois a obrigação deveria ser cumprida unicamente pela parte. No caso do direito de superfície havendo a morte de uma das partes, o direito é transmissível, não se extingue.

No direito de superfície, seja qual for a forma de extinção do contrato, esta deve ser averbada na matrícula do imóvel, por se tratar de direito real. Da mesma forma, na hipótese de ocorrer o óbito das partes, a alienação, transferências das propriedades, e o cancelamento da propriedade superficiária, ou seja, o momento em que se consolida a propriedade plena deve ser averbada na matrícula do imóvel. (SARMENTO FILHO, 2012).

4 DOS INSTITUTOS DA POSSE, PROPRIEDADE E USUCAPIÃO

Na instituição do direito de superfície existe a possibilidade da modalidade por prazo indeterminado, conforme previsão do Estatuto da Cidade. Entretanto, não se trata de perpetuidade do direito real. Já, o CCB/02 somente permitiu a constituição do direito de superfície, em negócios jurídicos, com prazo determinado, previsto, portanto, no contrato a ser levado a registro. Ao aceitar o direito de superfície por prazo indeterminado estaria equiparando-se este direito à enfiteuse, que não é mais aceita como um direito real pela legislação civilista.

Há duas possibilidades de constituição do direito de superfície: através da escritura pública de concessão de superfície que será levada a registro na matrícula do imóvel, que concede o direito de superfície, quando se formaliza e dá publicidade ao que foi contratado anteriormente pelas partes; e por ato de última vontade (testamento). Mas, parte da doutrina diz ser possível ainda a constituição do direito de superfície, através do instituto da usucapião. Diante desta hipótese faz-se necessário o estudo da posse e da propriedade com relação ao bem imóvel.

4.1 Da Posse

A propriedade é o “núcleo do sistema dos direitos reais”, caracterizada pelo, “direito de posse, uso, gozo e disposição”, sendo a posse a “exteriorização do domínio”. (DINIZ, 2008, p. 20).

O domínio é o direito de propriedade em sentido estrito, que pode ser desmembrado para terceiros, dando origem ao direito real sobre coisa alheia. O superficiário, por sua vez, tem um direito real limitado sobre a coisa, que lhe confere uso (direto), gozo (fruição indireta), podendo aliená-la como possuidor, e não como proprietário, pois somente há a exteriorização deste domínio.

A posse, para alguns doutrinadores, não é um direito real, visto que este tem previsão legal, conforme artigo 1.225 do CCB/02. Corroborando com este entendimento Pereira (2004, p. 52) leciona que:

Suposto a *posse jurídica* não seja um direito real, senão um fato; todavia, como ela põe o homem em contato com as coisas corpóreas, gera direitos relativos às ditas coisas e na maneira porque funciona usurpa as exterioridades do domínio, [...].

O possuidor exerce posse, sendo este fato protegido pelo direito. Exerce direitos inerentes à propriedade, sem, no entanto, ser titular deste direito, mas podera posse contra as agressões de terceiros. A posse poderá, no entanto, transformar-se em propriedade através do instituto da usucapião.

Diniz (2008, p. 31-32) nos ensina que pela teoria de Niebuhr, adotada por Savigny, a idéia de posse nasceu com a divisão das terras conquistadas pelos romanos. À época, uma parte dos lotes (*possessiones*) foi “cedida a título precário aos cidadãos” e a outra para a “construção de novas cidades”. Foi criado o interdito possessório, para a proteção deste estado de fato, para que os cidadãos pudessem se proteger das invasões, vez que não podiam se valer, por não serem proprietários, da ação reivindicatória. Ihering diz que “a posse seria consequência do processo reivindicatório”, e ocorria quando o pretor outorgava provisoriamente, de forma discricionária, a um dos litigantes, a guarda ou detenção da coisa, que diante da inércia da parte contrária acabava por obter o seu domínio. Mais tarde, os pretores passaram a conceder a coisa, para aquele que detinha prova substancial na reivindicatória.

Têm-se a partir destes dois estudiosos da posse, as teorias que explicam a essência deste instituto: a Subjetiva (Clássica) de Savigny e a Objetiva de Ihering.

Pela Teoria Subjetiva, há dois elementos que constituem a posse, um material e outro volitivo, que são respectivamente o “*corpus*” (a coisa, a *res*) e o “*animus*” (a vontade, o desejo). Assim define-se a posse como sendo “o poder que a pessoa tem de dispor materialmente de uma coisa, com intenção de tê-la para si e defendê-la contra a intervenção de outrem.” (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p. 28).

E se tem o *corpus*, deve-se ter também o interesse, o desejo desapropriar da coisa, desta forma terá condições de defender a posse de terceiros. Portanto, aquele que tem apenas o *animus*, tem apenas um desejo, de ter algo que não possui. E se tem

o *corpus* sem a intenção de apropriar-se deste, é um detentor, e não se pode protegê-la de terceiros.

A teoria de Savigny foi adotada pela atual CRFB/08 ao se tratar da usucapião urbana e rural, em seus artigos 183 e 191, respectivamente:

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

[...]

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. [...] (BRASIL, 2011, p. 65).

Portanto, quem quiser usucapir deve provar que jamais “abriu mão” do *corpus*, além disso, o possuidor deve estar inserido na coisa, não podendo a mesma ter sido transferida a terceiro.

Pela Teoria Objetiva, “a posse seria o poder de fato e a propriedade, o poder de direito sobre a coisa”. Não se fala em vontade individual, pois a posse seria o exercício da propriedade que se exterioriza, tendo em vista sua destinação econômica, culminado com a proteção desta. A posse é o *corpus*, tendo ou não o *animus*, pois o que vale é a exteriorização. Por isso, há a necessidade de se tutelar a posse, pois assim o fazendo tutela-se a propriedade. A partir da teoria objetiva de Ihering têm-se a formação dos conceitos de posse direta e indireta, porque para ele a posse podia ser desmembrada, porém a teoria é criticada, pois subordina a posse à propriedade. (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p. 28).

O atual CCB/02 no artigo 1.196 traz a definição de possuidor: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. (BRASIL, 2011, p. 1.196).

Verifica-se a partir desta conceituação que a teoria objetiva foi considerada, porém a condição de subordinação da posse em relação à propriedade foi afastada. O que se verifica é que o possuidor deve expressar publicamente seu exercício como

proprietário. Entretanto, não deve haver propriedade sem posse, o que culmina com o exercício da sua função social.

Para Diniz (2008, p. 53) a posse é “um direito real devido ao seu exercício direto, sua oponibilidade *erga omnes* e sua incidência em objeto obrigatoriamente determinado”. O exercício é direto sobre a coisa, e o possuidor comporta-se como se fosse titular de um direito real, podendo mover ações específicas caso o terceiro o ameace, turbe ou esbulhe o seu direito de exercer a posse.

A posse pode ser direta ou indireta, conforme a teoria de Ihering, estas são mencionadas no artigo 1.197 do CCB/02:

Art. 1.197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto. (BRASIL, 2011, p. 240)

Este artigo prevê o desdobramento relativo ao exercício da posse, que se verifica quando o proprietário concede a posse a um terceiro e mantém seu direito de fazer uso de seus poderes inerentes ao domínio, sendo definida a partir daí as consequências jurídicas em relação ao sujeito que a exerce e a extensão de seu exercício.

Em virtude de uma obrigação ou de um direito real, o possuidor indireto irá ceder o uso da coisa ao possuidor direto. A posse direta será temporária, pois em algum momento o possuidor indireto readquire a posse direta. (DINIZ, 2008).

A posse ainda poderá ser qualificada como justa, injusta, de boa-fé e de má-fé.

O artigo 1.200 do CCB/02 define a posse justa como aquela que: não é violenta (que não se adquire pela força física ou moral), não é clandestina (não se estabeleceu às ocultas) e não é precária (não se originou de abuso de confiança). Porém cessada a clandestina e a violência a mais de ano e dia, esta posse passa a ser justa. Não sendo justa, a posse é eivada de vícios, e se considera injusta, mas ainda assim poderá ser defendida com os interditos, contra terceiros. (DINIZ, 2008).

Importante salientar que a posse precária começa justa, ao ser adquirida, mas ao fim da relação jurídica estabelecida, o possuidor retém a coisa, o que a torna uma posse injusta. (FARIAS; ROSENVALD, 2009).

A posse de boa-fé e a de má-fé estão contempladas nos artigos 1.201 e 1.202 do CCB/02, *in verbis*:

Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.

[...]

Art. 1.202. A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente. (BRASIL, 2011, p. 240).

O possuidor de boa-fé sabe que a coisa lhe pertence, pois não há nenhuma contra-reação que lhe prove o contrário. Haverá a má-fé a partir do momento que o possuidor teve ciência de que há vícios em sua posse, e ele a continua exercendo.

Presume-se que aquele que possui o justo título exerce a posse de boa-fé, ignorando a existência de vício ou de obstáculo que obsta a aquisição da coisa.

Com relação ao justo título ensina Fulgêncio⁶ (1978 *apud* DINIZ, 2008, p. 61) que há uma presunção “[...] *juris tantum*, pois aparecendo prova em contrário, desautoriza o possuidor, e, ainda, se em razão de lei – em certos casos – tal presunção não for admitida, como é o caso do esbulhador violento.” Portanto, o justo título auxilia na comprovação da posse, porém pode ser eivado de vício, e a boa-fé outrora presumida se transforma em má-fé.

Quanto aos efeitos a posse, será “*ad interdicta ou ad usucapionem*”. A primeira tem proteção jurídica, deve ser justa e se for ameaçada, turbada, esbulhada ou perdida, irá se valer dos interditos (que são meios de defesa) ou das ações possessórias. A segunda é a posse que se estende no tempo e, atendidos aos requisitos legais, dará origem à usucapião. (DINIZ, 2008, p. 62).

⁶ FULGÊNCIO, Tito. **Da Posse e das ações possessórias**. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

Quanto à idade, têm-se a “posse nova” e “posse velha”. A posse nova se caracteriza por ter menos de ano e dia, podendo neste caso se valer do desforço imediato, reintegração liminar ou concessão de tutela antecipada. E a posse velha, se tiver mais de ano e dia, não podendo se valer de liminar, mas ainda terá os interditos possessórios. (DINIZ, 2008, p. 62).

Quanto à “atividade laborativa” têm-se a posse produtiva ou improdutivo. A “posse trabalho (*pro labore*)”, é a posse produtiva, em que o possuidor estabelece sua moradia ou realiza investimentos econômicos, portanto cumpre a função social da propriedade. A posse *pro labore* consta como um dos requisitos para a usucapião conforme artigos 183 e 191 da CRFB/08 mencionados anteriormente. A posse improdutivo é aquela em que o possuidor não a explora, de maneira que função social não é cumprida, tornando-a inútil. (DINIZ, 2008, p. 63)

4.1.1 A Aquisição da Posse

Com relação ao momento em que se adquire a posse o artigo 1.204 do CCB/02 prevê que: “Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.” (BRASIL, 2011, p. 240).

A importância de saber o momento da posse está nas possibilidades surgidas a partir de então, que leva o possuidor a pleitear a usucapião dentre das modalidades legais.

Os modos de aquisição da posse são classificados em originários e derivados. A posse originária está elencada nos artigos 1.196, 1.204 do CCB/02 e nos informa que possuidor é aquele que exerce os poderes inerentes à propriedade e conforme artigo 1.263 do mesmo dispositivo legal é quando possui a coisa de modo não proibido em lei. (BRASIL, 2011).

Portanto, o possuidor somente adquire a posse originária, quando em conformidade com a lei a exerce como se proprietário fosse.

Para Diniz (2008, p. 75) a posse originária é ato unilateral que não depende de “translatividade”, e esta se manifesta pela exteriorização do domínio e ausência de ação de terceiros quando o possuidor passa ter a possibilidade de dispor da posse. A aquisição derivada é bilateral e depende da existência de posse anterior. É adquirida por “ato *inter vivos*” ou “*causa mortis*”, nestes casos tem-se um justo título que a autoriza.

4.1.2 A Perda da Posse

Para Gomes⁷ (1978 *apud* DINIZ, 2008, p. 78) “[...] sendo a relação possessória a visibilidade do domínio, perdida estará a posse sempre que o possuidor não exerça ou não possa exercer poder inerente à exteriorização da propriedade”. Então deve existir na relação possessória a exteriorização da mesma, como um dos requisitos a ser considerado na qualidade de possuidor, sendo assim, perde-se a posse quando o possuidor perde o exercício dos poderes inerentes à propriedade.

A perda da posse pode se dar, quando ocorrer: o abandono do bem, sendo este um ato intencional do possuidor, de não exercer mais os atos possessórios; a tradição, que no caso do bem imóvel, dá-se somente com o registro; a perda da própria coisa, quando impossível encontrá-la, não podendo por isso utilizá-la mais economicamente; a destruição completa da coisa em decorrência de evento natural ou fortuito inutilizando-a economicamente; a sua inalienabilidade não podendo exercer, exclusivamente, os poderes inerentes à propriedade; a posse de outrem, ou seja, quando a posse (nova) de terceiro extingue a anterior por inércia do possuidor; o *constituto* possessório, ou seja, há transmissão da posse, alterando-se a relação possessória. (DINIZ, 2008).

A perda da posse por inalienabilidade, conforme exemplifica Barros Monteiro⁸ (*apud* DINIZ, 2008, p. 78) poderá ocorrer “[...] por motivo de ordem pública, de moralidade, de higiene ou de segurança coletiva”. Nesta situação não se pode possuir a posse.

⁷ GOMES, Orlando. *op.cit.*, p. 66.

⁸ BARROS MONTEIRO, W. **Curso de direito civil**. São Paulo, Saraiva, 1978. v. 3.

Quando ocorre posse de outrem, perde-se a posse, porém há que se observar o comando dos artigos 1.223, 1.224 e o § 1º do artigo 1.210 do CCB/02, *in verbis*:

Art. 1.223. Perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art.1.196.

Art. 1.224. Só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele, se abstém de retomar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido.

Art. 1.210. O possuidor for turbado ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção ou restituição da posse.

[...]. (BRASIL, 2011, p. 240-241).

Nos artigos 1.196 e o artigo 1.223 do CCB/02 têm-se a aplicação da Teoria de Ihering. Neste sentido, aquele que deixou de exercer os atributos inerentes à propriedade perdeu a posse.

O artigo 1.224 do CCB/02 nos informa que somente perde a posse quando o terceiro ao tomar a coisa não encontra reação daquele que exerce os poderes inerentes à propriedade, ou reagindo o possuidor é violentamente repellido. A contra reação do possuidor, titular da coisa, é importante para que não ocorra o lapso temporal e perda da posse.

E, por fim o artigo 1.210 do CCB/02 enuncia de que forma será realizada a proteção da posse nos casos de ameaça, turbação e esbulho quando o possuidor irá se valer dos interditos possessórios. Se o mesmo for ameaçado em sua posse, deverá propor a ação de interdito proibitório, para que cesse a ameaça e não ocorra uma futura turbação ou esbulho da posse. No caso de turbação, ocorrerá a legítima defesa da posse, quando o possuidor tiver a sua posse molestada, perturbada, devendo ajuizar a ação de manutenção de posse. Neste caso, ocorreu o cerceamento de uso e gozo da coisa. No caso de esbulho, a coisa foi tomada, ou seja, quando o possuidor perde a posse contra a sua vontade por atos violentos, clandestinos ou quando terceiro se nega a devolver o bem findo o contrato, constituindo posse precária, deve se vale do desforço imediato (o possuidor irá impedir que alguém entre), devendo ajuizar ação de reintegração de posse. (FARIAS; ROSENVALD, 2009).

A posse causa consequências jurídicas, dentre as quais citam-se: o direito ao uso dos interditos; a percepção dos frutos; o direito de retenção por benfeitorias; a responsabilidade pelas deteriorações; conduz ao usucapião; o ônus da prova para quem contesta o direito do possuidor; posição mais favorável ao possuidor, inclusive com relação à propriedade. (DINIZ, 2008).

4.2 Da Propriedade

Do ponto de vista histórico o instituto da propriedade surge com o Estado de Direito, porém a idéia de propriedade é inerente à de segurança trazida pela apropriação de bens, sendo perceptível em todas as sociedades. Com a origem do Estado de Direito tem-se a valorização da autonomia privada, e o acesso à terra ligada ao esforço individual. Era a garantia de um direito natural e inalienável devendo ser defendido pelo Estado, de modo a proteger a liberdade individual de cada cidadão.

Porém a noção de propriedade evoluiu e a sua utilização deve ajustar-se aos interesses sociais. (FARIAS; ROSENVALD, 2009).

O art. 1.228 do CCB/02 não traz o conceito de propriedade, apenas informa os poderes do proprietário: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. (BRASIL, 2011, p. 242).

O poder de usar, ou *ius utendi*, significa “colocar a coisa a serviço do titular sem alterar-lhe a substância.” O proprietário pode usar sem a obrigação de dar uma utilização dinâmica, ou ainda, pode permitir que terceiro utilize de sua propriedade.

O poder de gozar do bem, ou *ius fruendi*, é “extrair dele benefícios e vantagens. Refere-se à percepção de frutos, tanto naturais como civis.” E o poder de dispor da coisa, ou *ius abutendi*, que é “o poder de consumir o bem, alterar-lhe sua substância, aliená-lo ou gravá-lo”. Somado a estes direitos têm-se ainda, o direito de sequela, inerente ao direito real, e como a propriedade é um direito real e o mais extenso sobre a coisa, o proprietário poderá reivindicá-la, das mãos de quem injustamente a possua ou detenha, valendo-se da ação reivindicatória. (VENOSA, 2013, p. 188).

Esses poderes inerentes à propriedade podem se concentrar em um indivíduo, neste caso tem-se a propriedade plena (ilimitada), ou desmembrar-se, neste caso transfere-se a um terceiro um de seus atributos. Neste sentido, “somente na propriedade plena é possível observar que o direito de propriedade e todos os poderes do domínio se concentram em uma só pessoa.” (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p. 169).

Importante salientar que existe uma diferença entre propriedade e domínio, sendo que a “propriedade se instrumentaliza no domínio” possuindo o titular as faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa, enquanto que propriedade é “uma relação jurídica complexa formada entre o titular do bem e a coletividade de pessoas”, dessa forma é possível observar que em algumas situações o proprietário não estará exercendo o domínio, a exemplo disto tem-se a usucapião anterior ao registro. (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p. 168).

A propriedade se constitui em um direito fundamental, absoluto, exclusivo e perpétuo. A previsão constitucional deste direito fundamental estará limitada ao exercício de sua função social, conforme consta do artigo 5º, incisos XXII e XXIII, da CRFB. (BRASIL, 2011).

O caráter absoluto é verificado porque o proprietário pode dispor e desfrutar da propriedade como bem entender, porém devem ser observadas as limitações legais e a sua função social. O caráter de exclusividade da propriedade faz com que a mesma não pertença com exclusividade e simultaneamente a duas ou mais pessoas, excluindo terceiros, o que deixa claro seu efeito de oponibilidade erga omnes. Com relação à perpetuidade da propriedade esta não poderá extinguir-se, ou não perdida pelo não uso, havendo a possibilidade de transmiti-la, não perdendo o caráter da perpetuidade. (DINIZ, 2008).

Outra característica da propriedade é sua elasticidade. Venosa (2011, p. 190) nos ensina que:

Fala-se em elasticidade do direito de propriedade por ser o mais extenso quando desvinculado de direitos reais limitados, [...]. Esses direitos

restringem o âmbito do direito de propriedade. Quando desaparecem, a propriedade volta a ser plena.

Este desmembramento da propriedade pode ser identificado no direito de superfície. Pois, existe a propriedade plena (máxima elasticidade), que pertence ao proprietário do imóvel onde será permitido o direito de superfície e a propriedade limitada do superficiário que se reduz aos direitos reais de fruição.

Devido à característica da elasticidade, a propriedade ainda poderá ser resolúvel ou revogável, devendo informar no título constitutivo, levado a registro a condição resolutiva estabelecida entre as partes. (DINIZ, 2008). Um exemplo disto é o que ocorre no direito de superfície em que a propriedade é desmembrada por um período e após, quando da extinção deste direito, ocorre a consolidação da propriedade.

4.2.1 A Aquisição Propriedade Imobiliária

A propriedade pode ser adquirida pelo registro do título no Cartório de Registro de Imóveis, pela usucapião, pela acessão e pelo direito hereditário.

A aquisição do domínio se dá de forma originária e derivada. A aquisição originária ocorre “quando o indivíduo faz seu o bem sem que lhe tenha sido transmitido por alguém, não havendo qualquer relação entre o domínio atual e o anterior”, citam-se a acessão e a usucapião. A aquisição derivada ocorre quando “houver transmissibilidade de domínio, por ato *causa mortis* ou *inter vivos*”. (BARROS MONTEIRO⁹, 1978 *apud* DINIZ, 2009, p. 129).

A transmissão da propriedade por *causa mortis* ocorre por sucessão hereditária, nesta “o fato da morte faz com que o patrimônio do falecido transfira-se a seus herdeiros.” (VENOSA, 2013, p. 200).

Com relação à transmissão por ato *inter vivos*, salienta Diniz (2008, p. 137) “que os negócios jurídicos não são hábeis para transferir o domínio de bem imóvel”. Por isso

⁹ BARROS MONTEIRO, W., op.cit., p.110.

há a necessidade da participação do Estado que se opera através de um serventário que realiza o Registro público efetivando o registro da propriedade. O registro tem fé pública, e leva-se a presumir que aquele direito real descrito pertence à pessoa em cujo nome se fez o assento, servindo para dar publicidade ao direito de propriedade perante a sociedade, e verificando a legalidade do direito do proprietário.

A aquisição originária da propriedade, através da acessão, ocorrerá por meio da modalidade natural ou da artificial. “Pelo princípio da acessão, passa a pertencer ao dono da coisa principal o que se adere a ela. Obedece-se à regra geral segundo a qual o acessório segue o principal”. Sendo o solo, considerado o bem principal. (VENOSA, 2013, p. 207).

A modalidade de acessão natural ocorre sem a intervenção do homem, haverá a incorporação da coisa acessória à principal, sendo exemplos a formação de ilhas, o aluvião, a avulsão e o abandono de álveo. A modalidade de acessão artificial, e a “acessão de móvel a imóvel” e “ocorre por meio das construções e plantações em terreno alheio”. (VENOSA, 2013, p. 207).

Regra geral, o artigo 1.253 do CCB/02 dispõe que: “Toda construção ou plantação existente em um terreno presume-se relativamente feita pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário.” (BRASIL, 2011, p. 245). Portanto, há uma presunção de que estas acessões pertencem ao proprietário do solo, mas o interessado poderá elidi-la.

Ademais, não se confunde este tipo de acessão com as benfeitorias. Vale lembrar a lição de Venosa (2013, p. 213):

Quem constrói em coisa acreditando-a sua, com animus de dono ou legítimo possuidor, faz benfeitoria. Na acessão, quem constrói sabe que o terreno não é seu, não une o fruto de seu trabalho à coisa que convictamente entende possuir ou ser dono.

Existem consequências patrimoniais que decorrem da acessão, neste sentido a que ser verificada a boa-fé ou a má-fé das partes envolvidas, pois quem constrói (semeia, planta ou edifica) e sabe que o terreno não é seu, aplica-se o princípio da

acessão, mas se procede de boa-fé poderá ser indenizado. A *priori* tem-se que tudo que se incorpora ao solo, pela ação humana será domínio do proprietário em decorrência de que o acessório segue o principal, conforme preceitua o artigo 1.253 do CCB/02. A má-fé induz à culpa, devendo aquele que for lesado ser indenizado de modo a evitar o enriquecimento ilícito.

No direito de superfície haverá uma suspensão do princípio da acessão, onde a superfície (construção ou plantação) com os atributos limitados de uma propriedade se desvincula do solo, para ao final se incorporar à propriedade plena.

4.2.2 A Perda da Propriedade Imobiliária

Além da propriedade por usucapião, por acessão, poderá ocorrer também pela alienação (o direito de propriedade é transmitido de um patrimônio para outro), pela renúncia (o proprietário expressa a sua vontade de abrir mão de seu direito de propriedade), pelo abandono (o proprietário intencionalmente deixa a propriedade não desejando mais tê-la consigo), perecimento da coisa (a propriedade não poderá mais ser utilizada, tornou-se improdutiva, por exemplo), por desapropriação (para fins de necessidade e interesse público ou interesse privado, diante da posse-trabalho descrita no art. 1.228 do CCB/02, parágrafos 4º e 5º). (TARTUCE, 2014, p. 718).

O rol do artigo 1.275 do CCB/02 não é taxativo, pois informa que a perda da propriedade se dá por vontade do proprietário (alienação, renúncia e abandono), e de forma involuntária ocorre a desapropriação e o perecimento da coisa. (BRASIL, 2011).

Dentre outras formas de perda da propriedade, cita-se a divisão de bens na partilha em processo de divórcio, conforme parágrafo único do artigo 1.575 do CCB/02, quando o juiz poderá decidir pela divisão. (BRASIL, 2011).

Em processo de execução, de forma involuntária, quando são retirados os bens do devedor e os vende para satisfazer o credor, ocorrendo a adjudicação do bem, e a

consequente perda da propriedade, conforme inciso II do artigo 708 do CPC. (BRASIL, 2011, p. 449).

Também o artigo 1.418 do CCB/02 apresenta esta permissibilidade, como segue:

Art. 1.418. O promitente comprador; titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor; ou de terceiros, a quem os direitos deste foram cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel. (BRASIL, 2011, p. 259).

A adjudicação é forma coativa de adquirir a propriedade, não dependendo da voluntariedade do proprietário.

4.3 Da Usucapião

Como um dos principais efeitos decorrentes da posse, destaque-se a usucapião, que vem a ser a aquisição da propriedade de forma originária, por uma posse prolongada, sem oposição, desde que preenchidos determinados requisitos legais.

Adquirem-se, por usucapião bens móveis, semoventes e imóveis. Observa Venosa (2013) que, quanto aos bens imóveis, têm-se a aquisição por usucapião de outros direitos reais, não somente a plena propriedade e o domínio, mas poderão ser usucapidos também o usufruto, o uso, a habitação, as servidões. E, para alguns doutrinadores, a superfície.

Quanto à propriedade imóvel, o CCB/02 e a CRFB/88 destacam as seguintes espécies de usucapião com seus dispositivos legais: usucapião extraordinária, artigo 1.238 do CCB/02; usucapião ordinária, artigo 1.242 do CCB/02; usucapião especial rural ou *pro labore*, artigos 1.239 do CCB/02 e 191 da CRFB/88; usucapião especial urbana, artigos 1.240 do CCB/02 e 183 da CRFB/88; usucapião especial urbana por abandono do lar, Lei 12.424/2011; usucapião indígena, Lei 6.001/1973 (Estatuto do Índio); usucapião coletiva, Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), e a usucapião administrativa, Lei 11.977/2009. (BRASIL, 2011).

Aquele que se utilizou da propriedade dando destinação econômica e social, ou

seja, cumprindo a função social, poderá pleitear a usucapião em detrimento do proprietário. Inobstante, haja uma aquisição justificada, não deixa a usucapião de ser uma forma de também perder a propriedade, em favor do possuidor. Portanto uma situação de fato, sem oposição, sem vícios, transforma-se em uma situação jurídica que irá culminar com a transferência da propriedade para aquele que a possui.

A posse *ad usucapionem* é aquela onde concentra elementos para usucapir, é a posse usucapível, em que haverá o *animus* de dono. Por conta disto, o artigo 1.208 do CCB/02, *in verbis*, prevê que: “Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade”. (BRASIL, 2011, p. 240).

Neste sentido, e pelo princípio da boa-fé, o locatário e o superficiário não poderão usucapir, pois não detêm a posse contínua com o ânimo de dono, conforme nos ensina Ihering. Mas, existem atos de mera tolerância, sem oposição, que conduzem à usucapião, pela aplicação dos princípios da boa-fé e da *supressio e surretio*.

Os bens públicos, e as coisas fora do comércio (cita-se a água e luz solar) também não poderão ser usucapidos. Com relação aos bens públicos a Súmula 340 do STF (Supremo Tribunal Federal) informa que: “desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos pelo usucapião.” Porém, há uma exceção em nosso ordenamento jurídico, podendo ser usucapidas as terras ocupadas pela comunidade dos quilombolas, conforme artigo 68 da ADCT (Atos das Disposições Constitucionais Transitórias). (BRASIL, 2011, p. 1.807).

Venosa (2013) elucida que a terra devoluta, que não poderá ser usucapida, é a desocupada e sem dono, pela origem histórica, devendo a Fazenda Pública ainda provar o domínio.

Como regra, a posse usucapível será aquela em que o possuidor a exerce com

animus de dono; devendo ser mansa e pacífica, sem oposições; contínua, sem interrupções; justa, isenta de vícios; e para algumas hipóteses de usucapião exige-se ainda que a posse seja de boa-fé e que haja o justo título, como é o caso da usucapião ordinária. (DINIZ, 2008).

Para Diniz (2008, p. 163) justo título é: “[...] documento capaz de transferir-lhe o domínio”, “formalizado e devidamente transcrito, hábil ou idôneo à aquisição da propriedade.” O portador do justo título têm uma presunção relativa, pois este pode apresentar-se com irregularidades ou vícios, que podem ser supridas pelo lapso temporal da posse prolongada e da boa-fé do possuidor.

4.3.1 A Usucapião e suas Modalidades no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A usucapião extraordinária tem previsão no artigo 1.238 do CCB/02 e em seu parágrafo único, como segue:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único: O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.(BRASIL, 2008, p. 243).

Nesta modalidade de usucapião há uma exigência de que o possuidor exerce uma posse com *animus* de dono, devendo a mesma ser mansa, pacífica e ininterrupta, sem oposição, e por 15 anos. Mas, ele terá o prazo diminuído para 10 anos, se tiver exercido sobre o imóvel a função social, constituindo-o como sua moradia habitual ou realizando obras ou serviços de caráter produtivo. Identifica-se neste caso a posse *pro labore*.

Com relação à usucapião extraordinária e seu dispositivo legal, aduz Venosa (2013, p. 229) que: “Em ambas as situações preponderará o aspecto objetivo do fato da posse, o corpus, ficando o aspecto subjetivo transladado da boa-fé para exclusivamente a análise da posse *ad usucapionem*.”

Infere-se pelo conteúdo do artigo 1.238 do CCB/02 que não há exigência do justo título e da boa-fé, pois ao verificar no caso concreto, aquela posse será determinada pelo lapso temporal, vez que não sofreu nenhuma interrupção ou oposição. O proprietário irá perder a propriedade porque se manteve inerte, durante um período de 10 a 15 anos, e em contrapartida o possuidor exerceu a posse como se dono fosse, neste lapso temporal, presumindo sua boa-fé.

A usucapião ordinária está expressa no artigo 1.242 do CCB/02 e parágrafo único, *in verbis*:

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.
Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico. (BRASIL, 2011, p. 244).

Percebe-se que esta modalidade de usucapião deve obedecer a três requisitos: posse mansa, pacífica e ininterrupta com *animus domini* pelo lapso temporal de 10 anos, o justo título e a boa-fé exercida pelo possuidor que ignora o vício sobre a coisa. Também, nesta modalidade têm-se o prazo diminuído para 5 anos, quando o imóvel tiver sido adquirido onerosamente, e se verificado que possuidor cumpriu a função social no exercício da posse, utilizando-se do bem para moradia ou investimento socioeconômicos.

Versa o parágrafo único que deve existir um registro que foi cancelado, o que de acordo com a doutrina seria uma modalidade de usucapião denominada de usucapião documental ou tabular. Carvalho¹⁰ (1982 *apud*, VENOSA, 2013, p. 230) diz que este “dispositivo visa proteger o proprietário aparente, isto é, aquele que já possuía uma inscrição dominial que fora cancelada por vício de qualquer natureza”.

Portanto, se o usucapiente possuir um título e este for cancelado, a lei o protege, em detrimento de terceiros, se estiver utilizando o imóvel e cumprindo sua função social.

¹⁰CARVALHO, Afrânio de. Registro de imóveis. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

A próxima modalidade é a usucapião constitucional ou especial rural *pro labore* prevista nos artigos 191, *caput*, da CRFB/88 e artigo 1.239 do CCB/02, descritos a seguir:

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. (BRASIL, 2011, p. 65).

O artigo 1.239 do CCB/02 manteve praticamente a mesma descrição com relação ao dispositivo constitucional, senão vejamos:

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. (BRASIL, 2011, p. 243).

Os requisitos para usucapir de acordo com os dispositivos mencionados serão: O usucapiente não pode ser proprietário de outro imóvel (urbano ou rural), a superior a 50 hectares, a posse com *animus domini* deve ter 5 anos ininterruptos, sem oposição e o imóvel deve ser utilizado para subsistência da família ou trabalho (*pro labore*). Nesta modalidade não se perquire o justo título ou a boa-fé e a área a ser usucapida deve estar localizada na zona rural, pois o possuidor atende a função social e utiliza-se do imóvel dando destinação econômica exteriorizando sua posse.

A modalidade seguinte é a usucapião constitucional ou especial urbana prevista nos artigos 183, *caput*, da CRFB/88, 1.240 do CCB/02 e o *caput* do artigo 9º do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001).

O dispositivo constitucional versa que:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (BRASIL, 2011, p. 64).

O artigo 1.240 do CCB/88 e o *caput* do artigo 9º da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) mantiveram o mesmo texto do dispositivo constitucional. (BRASIL, 2011).

Para esta modalidade de usucapião tem os seguintes requisitos: o usucapiente deve exercer a posse mansa, com *animus domini*, pacífica e sem oposições pelo lapso temporal de 5 anos ininterruptos, sem oposição, e a área urbana não pode ultrapassar 250 m², devendo este imóvel ser utilizado para a sua moradia ou de sua família. Aquele que pleiteia a usucapião nesta modalidade, também não poderá ser proprietário de outro imóvel, rural ou urbano.

A Lei 12.424/2011 acrescentou em nosso ordenamento jurídico nova modalidade de usucapião, que vem a ser a usucapião especial urbano por abandono do lar, e está prevista no artigo 1.240-A do CCB/02, e em seu parágrafo primeiro, a seguir:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

[...]

§ 1º o direito previsto no *caput* não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. (BRASIL, 2011, p. 243).

Percebe-se que nesta modalidade há uma redução do tempo em que o possuidor deverá exercer a posse com *animus domini*, que será de 2 anos. O tamanho do imóvel não se altera, continua sendo de 250 m², que é exatamente a mesma, procurando o legislador manter a uniformidade legislativa, e por fim, ressalva-se que o possuidor poderá pleitear a usucapião e somente poderá ser reconhecida uma vez, desde que o possuidor não tenha um outro imóvel urbano ou rural.

Em nosso ordenamento jurídico ainda há a modalidade da usucapião coletiva, conforme dispõe o artigo 10 da Lei 10.257/2001 intitulada Estatuto da cidade:

Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. (BRASIL, 2011, p. 1.067).

Esta modalidade abrange imóveis urbanos, e exige-se os seguintes requisitos: O possuidor deverá exercer a posse mansa, pacífica e com *animus domini* por 5 anos ininterruptos, sem oposição, não sendo exigido que esta seja exercida de boa-fé. A posse deve ser exercida em área urbana, não podendo ultrapassar 250 m². Há

exigência de que a área a ser usucapida seja utilizada para moradia de famílias de baixa renda, onde não se identificam os possuidores, e estes não poderão ser proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

Ressalta-se ainda que o artigo 1.228, parágrafo quarto do CCB/02, traz similarmente em seu texto os requisitos para o pleito da usucapião coletivo, conforme segue:

Art. 1.228.

[...]

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicando consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras ou serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. (BRASIL, 2011, p. 242).

Em ambos os dispositivos há uma ênfase para o cumprimento da função social da propriedade, e a utilização da mesma em sentido coletivo. No dispositivo do Estatuto da Cidade, os usucapiantes estarão pleiteando a propriedade através da posse ininterrupta, com ânimo de dono, pelo lapso temporal de 5 anos, sem que tenham sofrido oposições de terceiros. No dispositivo do CCB/02, o proprietário ao ingressar com a ação reivindicatória será privado de sua propriedade, diante da sua inércia, devido a ocupação coletiva pelo lapso temporal de 5 anos de possuidores que utilizaram sua propriedade exercendo ali a função social, dando destinação econômica ao bem imóvel, conforme preceitua a CRFB/88.

Outra modalidade de usucapião especial é a indígena e tem previsão no artigo 33 do Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973), que informa: “O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena”. (TARTUCE, 2014, p. 703). O principal requisito será também a posse mansa, pacífica e ininterrupta, com ânimo de dono pelo período de 10 anos.

A usucapião também poderá ser pleiteada de forma administrativa, como prevê a Lei 11.977/2009, que se intitula Lei Minha Casa, Minha Vida. Tal modalidade se efetivada no Cartório de Registro de Imóveis, sem participação do poder judiciário, e visa tornar legítima a posse do ocupante de imóveis públicos ou particulares, cadastrados no programa Minha Casa, Minha Vida. Legitimada a posse, o detentor

deste título poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão do mesmo em registro de propriedade, obedecidos o lapso temporal de 5 anos do registro. Observa-se, no entanto que, o bem público não poderá ser usucapido. (TARTUCE, 2014, p. 704).

Esta modalidade de usucapião permite garantir a moradia para a população de baixa renda, mantendo a utilidade econômica e social da propriedade, permitindo a desjudicialização de conflitos e a concretização de direitos constitucionalmente previstos, como o direito a moradia e à propriedade.

Frisa-se que em todas as modalidades de usucapião um dos requisitos mais importantes foi o exercício da posse com ânimo de dono, sem oposição de terceiros (inclusive do proprietário), que culmina com a legitimação da propriedade em favor do possuidor. A usucapião não deixa de ser uma forma de o proprietário perder sua propriedade.

Insta salientar que a usucapião alegada em defesa não pode ser objeto de registro, com exceção a validade da sentença que se reconhece a usucapião especial, que gera efeito erga omnes, podendo ser levada a registro. (RIBEIRO, 2012).

Ainda com relação ao instituto de usucapião, legitimidade da posse e da propriedade, e com base no exercício da função social, alguns doutrinadores consideram a possibilidade do superficiário usucapir a superfície, por entender que tal instituto possui todos os requisitos para o pleito. É o que a seguir será discutido.

5 A USUCAPIÃO E O DIREITO DE SUPERFÍCIE

Na instituição do direito de superfície existe a possibilidade da modalidade de prazo indeterminado, conforme previsão do Estatuto da Cidade. Entretanto, não se trata de perpetuidade do direito real. Já, o CCB/02 somente permitiu a constituição do direito de superfície em negócios jurídicos com prazo determinado, previsto, portanto, em contrato que dará origem à escritura de concessão de superfície a ser levado a registro.

Discute-se, portanto, se haveria a possibilidade do superficiário alegar o direito de superfície através da usucapião, vez que para alguns doutrinadores seria possível.

Na opinião de Venosa (2013, p. 462) o CCB/02 não faz referência à usucapião, vez que, “poderia dar margem a infundáveis confusões”. Esta confusão se deve ao fato de que o Direito de superfície é recente, e há ainda poucas decisões a respeito com relação a possíveis conflitos que possam surgir.

Através da lição deste doutrinador é possível perceber a impossibilidade de aplicação da usucapião:

Uma vez extinta a concessão superficiária, o proprietário readquirirá a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, salvo se as partes não tiverem estipulado o contrário (art. 1.375, Estatuto da Cidade, art. 24). A presença do superficiário ou de seus prepostos ou familiares no imóvel, após extinta a concessão, caracteriza posse injusta, que autoriza a reintegração de posse. (VENOSA, 2013, p. 467).

A posse é configurada como injusta quando detém as características da clandestinidade, precariedade e violência. Porém, pondera Venosa (2013, p. 92) que: “Também é perfeitamente possível que alguém possua de má-fé, sem que tenha obtido a posse de forma violenta, clandestina ou precária.” É cabível tal entendimento se atentarmos para o fato de que foi assinado um contrato e levado a registro, gerando efeitos *erga omnes*, cuja cláusula de extinção já informa as condições e o termo final do mesmo.

Entretanto, de acordo com a teoria geral dos contratos quando o contrato for por

prazo determinado, no termo final, se as partes não o renovarem este é prorrogado por prazo indeterminado, podendo ser denunciado a qualquer tempo.

Ocorre que, na concessão da superfície entre particulares há a vedação da prorrogação por prazo indeterminado, muito embora, as partes possam renová-la, o que será feito através da averbação na matrícula do imóvel onde se concretizou o direito de superfície, por se tratar de ato solene, que exige além do acordo, a exteriorização conforme determina a lei.

Neste sentido, alegar usucapião seria má-fé do superficiário que insiste em continuar utilizando-se do imóvel, além da ofensa ao direito de propriedade. Ademais, em qualquer modalidade de usucapião no ordenamento pátrio, é essencial a presença de três requisitos, a saber, o tempo, a posse mansa, pacífica, e ininterrupta e o *animus domini*. (FARIAS; ROSENVALD, 2009).

Acerca do assunto, Farias e Rosenvald (2009, p. 425) consideram a possibilidade do superficiário alegar usucapião:

Em tese, não há óbice legal para a criação da superfície por intermédio da usucapião. Apesar de, na prática, ser árdua a distinção do *animus* daquele que possui com intenção de proprietário, daquele que exerce a posse a título de superficiário [...].

A possibilidade de obter sucesso na arguição da usucapião fica adstrita a provar o *animus domini* do superficiário. Ocorre que, exercer a posse a título de superficiário é ter apenas o direito de fruição sabendo que, no final da concessão do direito superfície, o proprietário irá recuperar o pleno domínio do terreno, das construções e plantações realizadas.

Ademais, a superfície somente é formada após o registro em cartório, além disso, é propriedade resolúvel, sendo certo que, no termo final, tudo o que foi construído e separado do solo, se constitui propriedade plena. E, observam Farias e Rosenvald (2009, p. 423) que ocorrerá “a transferência das acessões ao proprietário”, sendo “consequência da suspensão temporária, mas não definitiva do princípio da acessão”. Então, por conta disto, ao final, o proprietário adquire o domínio de tudo que aderiu ao solo, seja a construção ou as plantações, lembrando que o

superficiário terá direito à indenização estipulada previamente e direito de retenção caso ocorra o inadimplemento das obrigações do proprietário em face do mesmo.

Outrossim, a usucapião é aquisição originária da propriedade, e a superfície não pode ser caracterizada como uma propriedade, e se fosse desta forma, no momento da extinção do direito de superfície teria que proceder à transferência desta para o proprietário devendo o mesmo contribuir com o Imposto de Transmissão de Bens Imóveis Inter Vivos, previsto na CRFB/88, no artigo 156, inciso II o que não ocorre, ou seja, não há transmissão de propriedade, mas sim a sua consolidação. (BRASIL, 2011).

Neste entendimento, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao julgar uma Apelação Cível, em que era discutido a possibilidade da incidência do ITCD (Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos), na extinção do direito de superfície, decidiu, em sentença conforme segue:

[...] Aceita essa premissa, a **extinção do direito de superfície** não pode ser considerada como hipótese de incidência do ITBI, vez que se trata de imposto que **nasce na transmissão de bens intervivos**, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis por natureza ou acessão física, e direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, assim como cessão de direitos à sua aquisição.

Ora, na extinção do direito de superfície não há transmissão, mormente no caso dos autos, em que o termo final do contrato, por si só, acarreta a incorporação do bem ao solo do proprietário. Em outras palavras, o termo final reverte a coisa ao cessionário, de pleno direito, independentemente de qualquer ato de transmissão, incoorrendo onerosidade na extinção do direito de superfície.

Ademais, a lei municipal prevê que na transmissão de bens imóveis ou de direitos reais a eles relativos, que se formalizar por escritura pública, **ocorre o fato gerador na data de sua lavratura** (I 2) ou **na data do registro do ato no ofício competente**(III 4).

O mesmo raciocínio seria aplicável caso se tratasse de ITCD. [...]. (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.)

Na sentença, a relatora grifa os pontos mais importantes a serem considerados no direito de superfície e na incidência do imposto. Com base ainda neste mesmo julgado, afirma a relatora que o direito de superfície extingue-se automaticamente, havendo de imediato a consolidação da propriedade. A partir desse momento, o possuidor agiria de má-fé, se o mesmo decidisse por manter-se no imóvel e pleitear

a usucapião da superfície. E não há se falar também em direito de superfície sem o prévio registro para sua utilização para fins de construção ou plantação, portanto o direito de superfície exige-se, previamente, que ocorre o registro na matrícula do imóvel. O possuidor não pode utilizar-se do imóvel e posteriormente alegar a existência de um direito que não foi formalizado.

Fortalecendo tal entendimento Diniz (2008, p. 461) nos ensina que a alegação de usucapião não seria possível, vez que “a superfície é mero direito real de fruição sobre coisa alheia”. Portanto quem alegar usucapião irá pleitear a aquisição da propriedade e não da superfície, este seria o motivo da vedação. A superfície é um direito real, e não detém todos os atributos para ser considerada como uma propriedade, por isso não se fala em adquiri-la via usucapião.

Em posição contrária, o Tribunal de Justiça de São Paulo em 2011, ao dar provimento ao recurso em ação de execução, considerou que o direito de superfície pode ser oferecido como caução, não haveria a necessidade da matrícula do direito de superfície do imóvel e que seria possível, inclusive alegar a usucapião. Assim decidiu:

[...]. De mais a mais, não há hoje dúvida no valor econômico do direito de superfície. Embora ausente o direito na matrícula do imóvel, esse fato, por si só, não impede que o direito real seja oferecido como caução haja vista a possibilidade de aquisição desse direito pela usucapião ou até mesmo 'mortis causa'. Restou nos autos comprovado que a agravada efetivamente exerce o direito de superfície, tanto que o direito já serviu de caução em outras demandas judiciais. [...]. (TJ-SP - AGR: 956681820118260000 SP 0095668-18.2011.8.26.0000, Relator: Virgílio de Oliveira Junior, Data de Julgamento: 26/10/2011, 21ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/11/2011).

A superfície, apesar de ser um direito real, não detém todos os atributos da propriedade. Importante ressaltar a distinção, a seguir:

A propriedade é a manifestação primária e fundamental dos direitos reais, detendo um caráter complexo em que os atributos de uso, gozo, disposição e reivindicação reúnem-se. Em contrapartida, os direitos reais em coisa alheia somente se manifestam quando do desdobramento eventual das faculdades contidas no domínio. (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p. 17)

A partir deste entendimento abstrai-se que o direito de superfície é um direito real em coisa alheia, e que deriva da propriedade, porém limitado, menos abrangente, onde intrinsecamente há relações obrigacionais entre superficiário e o proprietário.

E, quando este direito real se manifesta há um desdobramento temporário, todavia, constatam Farias e Rosenvald (2009, p. 19): “O titular se priva de alguns poderes dominiais, mas não reduz em momento algum a sua condição de proprietário”.

Portanto, o proprietário terá a posse indireta sobre o bem, enquanto durar a relação jurídica, e quando extinta readquire a posse direta.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A propriedade é o direito real mais abrangente que existe, permitindo que através deste decorra os demais direitos reais, como o direito de superfície. Têm no princípio da elasticidade da propriedade a efetividade máxima deste direito fundamental, que segundo os preceitos constitucionais condiciona sua posse ao exercício da função social.

O ordenamento jurídico acolheu o princípio da função social da propriedade de modo a garantir a moradia, o bem estar de seus habitantes, e uma melhor utilização socioeconômica dos imóveis, não permitindo o abandono e a não utilização sustentável da propriedade.

Sob o aspecto da contemporaneidade do Direito não se pode mais considerar a propriedade como um direito individualista. Por conta disto, o Estatuto da Cidade e, posteriormente, o Código Civil de 2002 permitiram sua divisão que se materializa, como por exemplo, quando da constituição do direito real de superfície, desarraigando-se do conceito clássico de que tudo que se adere ao solo pertence ao proprietário.

Constituído o direito de superfície, nasce um direito real sobre coisa alheia, que terá de conviver com o direito de propriedade. Embora, se verifique a formação de um novo direito real, este possui atributos distintos da propriedade ali existente, pois haverá o exercício de uma posse direta e indireta, respectivamente do superficiário e do proprietário. Têm-se uma separação patrimonial, que excepciona o princípio da *superficie solo cedit*, e confere autonomia ao exercício destes direitos, ou seja, tanto a propriedade do solo, quanto a superfície (construção ou plantação), poderão ser alienadas separadamente, serem objeto de direito real de gozo e de garantia enquanto durarem os efeitos do direito de superfície, pois após a propriedade se consolida. Haveria, portanto, a possibilidade do superficiário alegar a usucapião em face do proprietário?

A autonomia dos contratantes nesta relação privada, além de compatível com o

instituto, deve ser eivada de boa-fé, para que no futuro não haja conflitos. Não se pode admitir um comportamento contraditório, de ambas as partes, pois no momento em que o investidor (futuro superficiário) negocia junto ao proprietário, o uso da superfície do solo, definindo a forma de exploração (construção ou plantação), o termo inicial e final da utilização da superfície, define também os direitos e obrigações das partes, sob os aspectos legais do instituto do direito de superfície, da posse, da propriedade e da teoria geral dos contratos.

Mas, o direito real de superfície somente será efetivado a partir da escritura pública a ser levada a registro, onde o investidor, agora superficiário, irá explorar a superfície por tempo previsto no contrato, dando ciência à toda a sociedade de que o proprietário lhe concedeu esta permissão e podendo defender sua posse (direta) contra todos, inclusive do proprietário. Pode-se deduzir que o contrato que dará origem ao direito de superfície gera direitos pessoais para as partes e tem a eficácia garantida do direito real somente com o registro da escritura pública. Portanto, não se pode alegar usucapião da superfície, anterior ao registro na matrícula, pois ainda não se constituiu a superfície a ser explorada.

Ainda que existam construções e plantações anteriores ao direito de superfície, vez que é permitido o direito de sobrelevação, não há se falar em usucapião, pois a superfície não foi constituída. Mas, e depois de constituída a superfície, poderia o superficiário alegar a usucapião?

Pela teoria geral dos contratos, o superficiário deve ter comportamento leal com o que foi inicialmente negociado, o que não exclui suas responsabilidades pós contratuais e a possibilidade de revisão contratual, porém a boa-fé proíbe o comportamento contraditório, condutas abusivas e o enriquecimento ilícito. Observa-se que ambos os dispositivos legais que tratam do direito de superfície permitem que as partes negociem como exemplo, ao definirem quem será responsável pelos encargos e tributos, a possibilidade de transmissão a terceiros (sempre será possível a sucessão hereditária), se a utilização da superfície será gratuita ou onerosa, se haverá ao final a indenização do superficiário. Mas, não se permite a má-fé, desde o início, inclusive se o superficiário der destinação diversa para a

superfície conforme foi pactuado ocorrerá a sua extinção, por inexecução voluntária. O que pode ocorrer, quando, por exemplo, o superficiário abandonou a coisa, não cumprindo com a função social de sua posse.

Apesar dos dispositivos legais que tratam da matéria não mencionarem, pode-se dar a extinção do direito de superfície pelo distrato (resilição bilateral), por alguma condição resolutiva previamente expressa no contrato ou de forma tácita (judicial), pela resilição unilateral com notificação à parte (desde que observados o vulto dos investimentos), pela renúncia quando há quebra de confiança, e por fato superveniente que torne insustentável a manutenção do contrato (quando ocorrer, por exemplo, um desastre natural). Entretanto, por se tratar de direito real sobre coisa alheia deverá ocorrer a averbação da extinção na matrícula do imóvel, e ao fazê-la a propriedade de torna plena, não existindo mais o superficiário.

Muito embora, o Estatuto da Cidade permita a constituição do direito de superfície por prazo indeterminado, este não pode ser perpétuo, pois a propriedade não pode ficar por muito tempo desmembrada, há que se ter um termo final. Ocorre que, a lei não traz este prazo, se será de 10 ou 100 anos, devendo ser definido no contrato, pois há que se ter um termo final, para trazer inclusive segurança jurídica para as partes. O legislador civilista atentou para este fato, e somente permite o prazo determinado. Neste sentido, o contrato de superfície deve ser utilizado com prazo determinado, pois há uma omissão na lei especial, e ademais o prazo indeterminado leva o direito de superfície a se aproximar da enfiteuse.

Frisa-se que, alguns tribunais tem entendido que o direito de superfície extingue-se automaticamente na data prevista, quando se consolida a propriedade. Entendo que, sem a averbação da extinção do contrato de superfície, este vai se prorrogar, o que pode gerar conflitos entre as partes, podendo o superficiário valer do princípio da *supressio* para alegar a inércia do proprietário e no futuro pleitear a usucapião. Mas, uma vez prorrogado por prazo indeterminado, o superficiário não poderá alegar futuramente a usucapião da superfície, em decorrência das características da posse e da propriedade.

A propriedade se caracteriza pelo uso, fruição e disposição da coisa e a posse pela exteriorização do domínio. O superficiário terá um direito real limitado sobre a coisa alheia, ou seja, tem direito ao uso, fruição podendo dispor da coisa como possuidor e não como proprietário, e defender-se contra terceiros. Portanto, o superficiário tem de fato o exercício dos poderes inerentes à propriedade, mas o exerce sobre propriedade alheia. É perceptível esta divisão, pois quando comprovado que o superficiário deixou de exercer poderes inerentes à propriedade este perderá sua posse (observa-se, quando extingue o contrato de superfície, por exemplo).

Pela Teoria Objetiva de Ihering, que foi adotada pelo Código Civil Brasileiro, a posse é um fato, e a propriedade um direito. A posse é o exercício da propriedade que se exterioriza quando se dá uma destinação econômica a esta, e dessa forma será protegida. O exercício da posse gera efeitos *erga omnes*, e é um direito sobre a coisa, podendo aquele que há exerce se defender em caso de ameaça, turbação ou esbulho à sua posse.

Para a propriedade cumprir sua função social deve existir a posse. Assim, a posse pode ser dividida em posse direta e indireta. O direito de superfície prevê um desdobramento ao exercício da posse, permitindo que o superficiário exerça a posse direta, pois terá a coisa em seu poder, porém temporária, pois após término do contrato o possuidor indireto adquire a posse direta.

No exercício do direito de superfície o superficiário estará exercendo a posse direta, de boa-fé (a princípio não há má-fé, pois foi acordada a utilização da superfície durante um lapso temporal, e aparentemente não existem vícios que impeça o exercício de sua posse), justa (não foi adquirida pela força, às ocultas ou por abuso de confiança) e produtiva (não deixou de cumprir a função social, seja exercendo atividade econômica ou utilizando-a para moradia).

O superficiário tem a posse *ad interdicta*, podendo defendê-la contra terceiros, mas, entretanto não possui a posse *ad usucapionem*, devido ao princípio da elasticidade da propriedade, porque no direito de superfície a propriedade é resolúvel, ou seja, será desmembrada e diante da condição resolutiva (uso da superfície até extinção

do contrato quando a mesma se consolida) será unificada tornando-se plena novamente e retornando para o proprietário.

Ademais, não há se falar em usucapião, pois o princípio da acessão foi suspenso ao se constituir o direito de superfície. A construção ou a plantação, objetos deste direito fez com que o possuidor tivesse posse limitada à superfície, desconsiderando a propriedade do solo, ainda que haja a permissão para uso do subsolo, o acessório não segue o principal no direito de superfície. A acessão se desvincula do solo e se incorpora à propriedade, no final.

Ainda que o superficiário queira alegar a usucapião ordinária, por ter prazo menor (5 anos) e entender ter todos os requisitos para adquirir a superfície, pois tem a posse mansa, pacífica, ininterrupta, produtiva e justo título, não terá mais a boa-fé e a posse justa, pois presume-se que, desde o início do contrato e seu posterior registro na matrícula do imóvel do proprietário, tinha conhecimento de que ao final a superfície retornaria para o proprietário, por isso é importante que o contrato seja bem ajustado às condições das partes, podendo prever, inclusive, indenização ao superficiário.

E, se o superficiário não possuísse um justo título, poderia pleitear a usucapião extraordinária, usucapião especial urbana, usucapião rural *pro labore*, usucapião coletivo, porém não há se falar em adquirir a superfície pela usucapião, pois não é uma propriedade, e sim um direito real sobre coisa alheia, limitado.

Ao final do direito de superfície não se transmite a superfície para o proprietário, o que ocorre é que a propriedade se consolida, por isso não sofre incidência do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis e nem do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos. Poderá, no entanto, ter a ocorrência destes impostos se a propriedade plena for alienada para o superficiário e no futuro poderá pleitear a usucapião daquela propriedade, mas no exercício da posse como proprietário.

O direito real de superfície é instituto complexo e por apresentar algumas omissões

na lei, que é juridicamente nova, suscita dúvidas quanto a sua aplicação, sob vários aspectos, conforme foi analisado, principalmente no que tange à pretensão do superficiário arguir a usucapião. Por se tratar de um instituto novo, em nosso ordenamento jurídico, há poucas doutrinas especializadas no assunto e poucos são os casos levados para o judiciário. É um negócio jurídico que visa atender aos princípios da função social da propriedade, vez que propicia uma melhor utilização do solo urbano e rural, por meio de instrumento público. Por isso é que, necessariamente, desde a negociação entre as partes até a extinção deste direito, há que ser observado o princípio da boa-fé, ínsito em qualquer relação jurídica, em prol do interesse social.

Restou demonstrado pela presente pesquisa que, muito embora a superfície se origine do desmembramento da propriedade, não existe a possibilidade do superficiário adquiri-la alegando a usucapião.

As considerações aqui apresentadas não são estanques, pois o direito não é estanque e caminha conforme evolui a sociedade. Que o presente estudo possa alçar sugestões para pesquisa, não somente na área jurídica e acadêmica, mas também na área de construção civil e de agronegócios, fomentando novos empreendimentos voltados à utilização da propriedade em toda sua potencialidade, bem como sua recuperação econômica, de modo a promover o bem estar social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Vade Mecum**. 12 ed. São Paulo: Saraiva 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152711916/apelacao-civel-ac-70062186994-rs>> Acesso em: 10.11.2015

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20732404/ agravo-regimental-agr-956681820118260000-sp-0095668-1820118260000-tjsp>> Acesso em: 10.11.2015

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das coisas**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Código Civil Anotado**. 15 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

MAZZEI, Rodrigo Reis. **O Direito de Superfície no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo, 2007. Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues (1834-1917). **Direitos das Coisas**. Prefácio de Sávio de Figueiredo. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

RIBEIRO, Silvério Benedito. **Tratado de Usucapião**. 8 ed. v.2. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Rousseau e as relações internacionais**. Tradução Sérgio Bath. São Paulo: Universidade de Brasília, 2003. (Coleção Clássicos IPRI)

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. **O direito de superfície. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil**, São Paulo: IRIB, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Código Civil Interpretado**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.