



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Perspectivas acerca do direito real de superfície: cisão e sobrelevação

Luiz Felipe Oliveira Neves

RIO DE JANEIRO
2016

LUIZ FELIPE OLIVEIRA NEVES

Perspectivas acerca do direito de superfície: cisão e sobrelevação

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nélson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2016

PERSPECTIVAS ACERCA DO DIREITO DE SUPERFÍCIE: CISÃO E SOBRELEVAÇÃO

Luiz Felipe Oliveira Neves

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: Analisa-se a possibilidade de constituição no ordenamento jurídico brasileiro do direito real de superfície por cisão e por sobrelevação, não previstos expressamente no Estatuto da Cidade (Lei nº. 10.257, de 10 de julho de 2001), tampouco no Código Civil de 2002, no que tange ao regramento dos direitos reais, abordando-se a questão sob o enfoque da função social da propriedade. A essência do trabalho é demonstrar que os institutos da sobrelevação e da cisão são modos de instituição do direito real de superfície, sendo possível, portanto, sua adoção no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Direito Real de Superfície. Cisão. Sobrelevação.

Sumário: Introdução. 1. O direito real de superfície e o direito objetivo brasileiro A superfície por cisão e seus contornos. A superfície por sobrelevação e a sua controvertida admissão no direito brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o intuito de analisar o instituto do direito real de superfície, bem como de debater a possibilidade de instituição da superfície por cisão ou sobrelevação, institutos que a legislação brasileira não cuidou expressamente, causando, conseqüentemente, discussões doutrinárias acerca de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Tal discussão se faz importante, na medida em que, após a reintrodução do direito real de superfície no ordenamento jurídico pátrio, com o advento da Lei 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade) e, posteriormente, pelo Código Civil de 2002 (Lei o 10.406, de 10 de janeiro de 2002), o direito de superfície tem se mostrado importante elemento funcionalizador da propriedade.

A concessão do direito real de superfície por cisão se mostra interessante ferramenta para a revitalização e manutenção de edificações inutilizadas em decorrência de abandono ou

mal conservadas, bem como para a conclusão de edificações não finalizadas pelos respectivos proprietários, promovendo a função social por implemento da destinação socioeconômica ao bem imóvel.

Igualmente, a superfície por sobrelevação possui acentuado relevo no acréscimo de função social nos espaços urbanos, especialmente no tocante ao direito social à moradia em comunidades carentes, nas quais as construções realizadas sobre a propriedade imóvel alheia, embora realidade expressiva, não encontram, atualmente, qualquer respaldo na ordem jurídica vigente, fato que ocasiona extrema insegurança jurídica às pessoas que vivem nesta condição.

Isto posto, o reconhecimento da possibilidade de concessão do direito real de superfície por cisão e por sobrelevação é medida salutar para a promoção de diversos direitos de ordem constitucional, como a propriedade funcionalizada, o acesso à moradia e o desenvolvimento da ordem econômica.

1. O DIREITO REAL DE SUPERFÍCIE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito de superfície não é um instituto recente na ciência jurídica. Oriundo do direito romano foi, *prima facie*, considerado uma relação obrigacional, sendo, posteriormente, considerado como direito real. Carlos Roberto Gonçalves aduz: “trata-se de direito real de fruição ou gozo sobre a coisa alheia”¹.

No Brasil, foi inicialmente previsto no período colonial, época na qual as normas vigentes eram as do direito português, que previa o direito real de superfície nos parágrafos 11, 17 e 26 da Lei 9 de julho de 1773.

Posteriormente, a Lei nº. 1.237, de 24 de setembro de 1864, baniu o instituto do ordenamento jurídico brasileiro, pois não incluiu a superfície no rol dos direitos reais

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. V. 5. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 443.

constante no artigo 6º do diploma em questão, situação que persistiu com o advento do Código Civil de 1916.

Somente com a elaboração do Estatuto da Cidade (lei nº. 10.257, de 10 de julho de 2001), que regulamentou os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988, o direito real de superfície voltou a receber tratamento específico no direito brasileiro.

Nesse sentido, Rodrigo Mazzei:

com raízes na Constituição Federal (artigos 182 e 183), o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) entra no cenário nacional antes do nosso segundo Código Civil, trazendo, entre vários institutos, no seu artigo 4º, alínea I, o direito de superfície, razão pela qual o renascimento da dita figura jurídica no ordenamento pátrio deve ser creditado à referida legislação federal que regula o instituto naquele ambiente legal (artigos 21-24)².

Em 2002, a evolução do direito real de superfície no Brasil ganhou novos contornos com a sanção e promulgação do novo Código Civil (Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002) pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, entrando em vigor em janeiro de 2003.

O Código Civil de 2002 aboliu a enfiteuse, substituindo-a pelo direito real de superfície, conforme seu artigo 1.225, inciso II.

No atual estágio legislativo, o direito real de superfície caracteriza-se pela possibilidade de o proprietário do imóvel conceder a outrem, por tempo determinado, o direito de construir ou plantar em seu terreno, gratuita ou onerosamente, mediante instrumento revestido na forma pública, devidamente registrado no Cartório de Registro de Imóveis.

Dessa forma, o direito de superfície põe-se em contraponto ao princípio *superficies solo cedit*, princípio da acessão, do direito romano, pelo qual se postulava que tudo aquilo que viesse a ser disposto sobre o solo seria incorporado ao mesmo, passando ao domínio do de seu respectivo proprietário.

² MAZZEI, Rodrigo. *Direito de Superfície*. São Paulo: Juspodivm, 2013. p. 116.

A relação superficiária possui como elementos subjetivos o proprietário do imóvel/solo, denominado concedente, o qual concederá a outrem o direito de construir, plantar e, no caso de concessão do direito real de superfície por cisão, manter a acessão existente. Além deste, há o superficiário (concessionário), que irá disfrutar do direito de superfície sobre a propriedade superficiária.

Neste sentido, Ricardo Pereira Lira:

São sujeitos na relação jurídica superficiária o concedente (proprietário do solo, *dominus soli*) que outorga o direito de construir ou plantar, ou aliena a construção ou o solo reservando-se para si o remanescente, ou, finalmente, transfere o domínio do solo e a propriedade da construção a pessoas diferentes; o *concessionário*, (superficiário, proprietário da construção ou proprietário da plantação), a quem é transferida a propriedade do solo, da construção ou plantação, nas situações anteriormente referidas³.

No tocante ao objeto do direito de superfície, poderá ocorrer a concessão do aludido direito para que o superficiário crave as respectivas acessões, edificação e/ou plantação, no imóvel. Merecem destaque novamente as palavras de Ricardo Pereira Lira:

O objeto do direito de superfície pode ser relativo a construção ou referente a plantação. Nesse último caso, a doutrina denomina vegetal, rústica ou agrícola. No primeiro, poder-se ia chama de edilícia. (...) Vale salientar que, em princípio, pode ser objeto do direito de superfície tudo o que seja suscetível de acessão, pois a propriedade superficiária pressupõe a suspensão ou interrupção da eficácia do princípio *superficies solo cedit*⁴.

Ademais, o proprietário poderá efetuar a concessão com a finalidade de que o superficiário mantenha e/ou realize melhoramentos sobre os implantes já existentes quando da instituição do direito de superfície, exercendo seus respectivos poderes sobre os mesmos, caso em que se trata da superfície por cisão.

2. A SUPERFÍCIE POR CISÃO E SEUS CONTORNOS

³ LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 73.

⁴ *Ibid.*, p. 73 - 74.

Pelo que se extrai da redação do artigo 1.369 do Código Civil, bem como do artigo 21 do Estatuto da Cidade, o direito real de superfície consiste possibilidade de o proprietário do imóvel conceder a outrem, por tempo determinado, o direito de construir ou plantar em seu terreno, gratuita ou onerosamente, mediante escritura pública registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

Em virtude da omissão legislativa às modalidades de concessão da superfície admitidas no ordenamento jurídico pátrio, surge interessante debate acerca da possibilidade de se concedê-la em terreno já edificado, tratando-se do denominado direito de superfície por cisão.

Admite-se, no direito brasileiro, a existência de relação superficiária complexa, na qual incumbe ao superficiário cravar a plantação ou a edificação no terreno alheio, sendo controvertida, no entanto, a possibilidade de relação superficiária simples, hipótese na qual o direito real de superfície incidirá quanto à edificação já existente, mantendo-se o solo no domínio do concedente.

Distinguindo as duas hipóteses, preleciona Rodrigo Mazzei:

depreende-se que o direito de superfície poderá se apresentar, *no plano da dinâmica*, basicamente sobre duas formas:

- a) *Relação superficiária simples*, fixando-se na concessão a separação dos implantes já existentes do solo, em operação singular – de cisão – para que o superficiário alcance os poderes respectivos às acessões, de forma separada ao solo;
- b) *Relação superficiária complexa*, quando for necessário que o concessionário introduza no imóvel o implante, uma vez que do pacto, a acessão sobre a qual aquele exercerá os seus poderes não está cravada no imóvel (concessão *adedificandum* e/ou *adplantandum*). O superficiário terá, portanto, que criar o ambiente favorável para o efetivo exercício do direito de superfície, pois somente poderá retirar *bônus* da concessão a partir da existência do implante⁵.

Da destaca lição, portanto, é possível extrair os conceitos de superfície por cisão e superfície por sobrelevação. O direito real de superfície, quando constituído por cisão, se configura em razão da concessão ao superficiário de poderes sobre as acessões existentes sobre o solo, mas não sobre este, que não será objeto jurídico da relação superficiária.

⁵ MAZZEI. op cit. p. 325.

Diversamente, na superfície por sobrelevação será concedido ao superficiário o direito de explorar determinado imóvel, cabendo-lhe, entretanto, a incumbência de cravar sobre o mesmo a construção ou plantação sobre a qual exercerá os poderes de superficiário.

Apontando uma terceira hipótese, Ricardo Pereira Lira esclarece:

da exposição que vem a ser feita não há como negar a plasticidade do direito de superfície que pode:

(a) *nascer simples, continuar simples* até extinguir (mera concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum* sem concreção superveniente da coisa superficiária, havendo conseqüentemente um só direito: direito real de construir ou plantar em solo alheio);

(b) *nascer simples, tornando-se relação jurídica complexa* (concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum* com concreção superveniente da coisa superficiária, havendo dois direitos, momentos sucessivos e, a partir do aparecimento do segundo, coexistentes, fases de uma mesma relação superficiária: direito real de construir ou plantar em solo alheio (em estado de quiescência), e direito de propriedade sobre a coisa superficiária);

(c) *nascer complexa, ficando complexa*, identificando-se o direito de propriedade sobre a coisa superficiária e o direito real do gozo do terreno alheio em que está a coisa superficiária⁶.

Dessa forma, é possível cogitar, ainda, da hipótese em que a relação superficiária nasce e permanece complexa, situação que se vislumbra em decorrência da concessão do direito real de superfície sobre o terreno em favor de um superficiário, e do direito real de superfície sobre a acessão, plantação ou edificação, em favor de superficiário distinto. Vislumbra-se, na hipótese, a presença de três sujeitos, o proprietário do solo e das acessões, que figurará como concedente, e dois concessionários, os quais se beneficiarão, um da superfície sobre o solo alheio, e o outro do direito real de superfície sobre o imóvel alheio.

Outrossim, analisando-se os artigos 1369⁷, *caput*, do Código Civil e 21⁸, *caput*, do Estatuto da Cidade, constata-se que os mesmos são silentes quanto à esta modalidade do direito real de superfície, havendo, por conseguinte, divergência na doutrina acerca da possibilidade de sua instituição no ordenamento jurídico nacional.

⁶ LIRA. op. cit. p. 59.

⁷ BRASIL. Código Civil. Art. 1369. 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.

⁸ BRASIL. Lei nº 10.257/2001. 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.

Carlos Roberto Gonçalves, se posicionando contrariamente à possibilidade de constituição do direito de superfície por cisão no Brasil, aduz:

destarte, imóvel edificado não está sujeito ao aludido direito, uma vez que o citado dispositivo não prevê a possibilidade de constituição do direito de superfície por *cisão*, admitida nos direitos civis italiano e português. Essa modalidade parte de um imóvel construído ou plantado, no qual já se tenham operado os efeitos da acessão. O dono do imóvel retém em seu domínio o terreno e transfere a outrem, que passa a ser superficiário, a propriedade da construção ou plantação.

De acordo com o sistema adotado pelo Código de 2002, porém, se o imóvel já possuir construção ou plantação não poderá ser objeto de direito de superfície, porque somente o terreno se presta a essa finalidade, salvo se for convencionada a demolição da construção existente para a reconstrução ou construção de outra, ou a erradicação da plantação existente para fins de utilização do terreno para os mesmos fins⁹.

Tal entendimento, portanto, decorre de uma interpretação literal do artigo 1.369 do Código Civil, o qual apenas menciona a possibilidade concessão de direito real sobre o terreno, o que no entendimento do autor significado solo sem acessões.

Em sentido diverso, Élcio Nacur Rezende defende a possibilidade de constituição do direito real de superfície por cisão:

Isto posto, surge uma questão: é possível constituir uma Superfície incidente em um imóvel já construído, ou seja, é possível que um proprietário de edifício constitua um Direito de Superfície reservando-se a propriedade do solo e transferindo a outrem a propriedade da construção por determinado tempo para que este explore (inclusive invista em reformas) e após o prazo pactuado restitua a construção ao concedente?

A resposta me parece positiva. Afinal, é princípio do Direito Privado a liberdade de contratar e como não existe proibição na lei, é de se permitir¹⁰.

Como bem destacado pelo supracitado jurista, o direito privado consagra o princípio da autonomia privada, de modo que, observadas as restrições legais e o princípio da boa-fé-objetiva, são livres as partes para celebrarem negócios jurídicos conforme seus interesses.

Isso é, não havendo expressa vedação legal, os contratantes poderão estipular livremente, observando-se, ainda, a função social do contrato, de acordo com o artigo 421¹¹ do Código Civil.

⁹ GONÇALVES. op cit. p. 447.

¹⁰ REZENDE, Élcio Nacur. *Direito de Superfície*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 65.

Ademais, não há falar em violação ao princípio da tipicidade dos direitos reais, visto que a superfície por cisão, assim como a superfície por sobrelevação, objeto do próximo capítulo, não configura espécie de direito real, e sim de forma de constituição do direito real de superfície, isto é, desdobramento de um direito real já positivado no Brasil.

Corroborando a possibilidade de instituição da superfície por sobrelevação, Rodrigo Mazzei aponta, ainda, que da leitura do artigo 24¹² do Estatuto da Cidade se extrai a admissibilidade de instituição de direito de superfície por cisão, na medida em que o dispositivo em questão prevê a reversão de eventuais melhoramentos feitos no imóvel em favor do concedente, de modo que, não se pode falar em melhoramento na ausência de prévia edificação, do contrário seria o caso realização de implante por parte de superficiário.

Acerca das formas de instituição da superfície por cisão, Rodrigo Mazzei elucida que:

é perfeitamente possível que seja necessário que o superficiário *melhore* ou *adeque* o implante já existente, seja por exigência do proprietário (concedente), ou ainda pelo fato de que o estado como se encontra a construção e/ou plantação no momento da concessão não está atendendo as condições desejadas para o fim pretendido pelo concessionário. Nessa segunda situação, o superficiário introduzirá *benfeitorias* ao implante com o fim de *qualifica-lo* para ao reclame do proprietário ou para a destinação pretendida pelo próprio superficiário¹³.

Assim sendo, observa-se que a superfície por cisão poderá ser ordinária ou qualificada. Na superfície por cisão ordinária, o superficiário não terá a obrigação de efetuar melhoramentos no implante, podendo fazê-lo por conveniência própria. Já na cisão qualificada, em decorrência do contrato celebrado entre as partes ou para que o bem esteja apto à destinação pactuada, o superficiário deverá introduzir benfeitorias à edificação.

¹¹ BRASIL. Código Civil. Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

¹² BRASIL. Lei nº 10.257/2001. Art. 24. Extinto o direito de superfície, o proprietário recuperará o pleno domínio do terreno, bem como das acessões e benfeitorias introduzidas no imóvel, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário no respectivo contrato.

¹³ MAZZEI. op cit. p. 333.

3. A SUPERFÍCIE POR SOBRELEVAÇÃO E SUA CONTROVERTIDA ADMISSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Direito real de superfície por sobrelevação consiste na possibilidade de se construir sobre edificação alheia, mediante concessão do respectivo proprietário. De acordo com Rodrigo Mazzei:

aqui o imóvel (na perspectiva do 'solo') é o mesmo em que haverá a concessão em favor do superficiário, tendo, no entanto, como base da *sobrelevação* outra construção já implantada na superfície, utilizando-se do gabarito aéreo que não foi totalmente aproveitado, ou seja, do espaço volumétrico que pode ainda ser edificado¹⁴.

Assim, para o supracitado autor a superfície por sobrelevação encontrará respaldo naquilo que o mesmo denomina de volume vertical, isto é, aproveitando-se o espaço aéreo sobre a edificação alheia, com supedâneo na parte inicial do artigo 1.229¹⁵, caput, do Código Civil.

Corroborando tal entendimento, merece destaque também o fato de a concessão do direito de superfície, valendo-se do espaço aéreo referente a um determinado imóvel, estar prevista no Estatuto da Cidade, vide o artigo 21, §1º, do aludido diploma legal.

Porém, há na doutrina vozes contrárias à possibilidade de instituição do direito real de superfície por sobrelevação, mencionando que a sobrelevação não foi prevista de maneira expressa no Código Civil de 2002, no Estatuto da Cidade ou em qualquer fonte legal, de modo que admiti-la seria contrariar o princípio da tipicidade dos direitos reais.

Em contraposição à possibilidade de instituição do direito de superfície por sobrelevação, mas constatando sua presença de maneira constante em diversas situações do cotidiano em áreas de grande densidade populacional, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald pontuam:

¹⁴ MAZZEI. op cit. p. 358.

¹⁵ Art. 1229. A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las.

Ao contrário do Código Civil suíço, a legislação brasileira não cuidou do direito de sobrelevação. Seria uma espécie de direito de superfície em segundo grau, na qual o superficiário estaria autorizado a contratualmente a um terceiro o direito de construir sobre sua propriedade. (...) Apesar da impossibilidade jurídica da instituição do modelo da sobrelevação, em localidades mais carentes, pode-se ver o chamado “direito de laje” – popular “puxadinho” – uma situação analógica ao que se pretende na sobrelevação. É lamentável que não haja previsão normativa desta interessante figura, pois permitiria o acréscimo de função social da posse em várias favelas e aglomerados populares pela via de sua regularização através do registro imobiliário¹⁶.

Outrossim, não parece correto entendimento contrário à admissibilidade da superfície por sobrelevação, haja vista que, apesar de não haver expressa previsão legal, nas relações entre particulares, prevalece o princípio da autonomia da vontade, pelo qual as partes possuem o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades.

Não obstante, em tempos atuais, não se pode falar que tal princípio é absoluto, pelo contrário, a autonomia privada será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, na forma do artigo 421 do Código Civil, conforme já destacado anteriormente.

Desta forma, verificando-se, no caso concreto, a viabilidade de se instituir a superfície por sobrelevação, não havendo colisão com quaisquer interesses públicos, sociais ou de particulares, não há que se falar em impossibilidade de aplicação do referido instituto.

Argumentando no mesmo sentido, Élcio Nacur Rezende aduz:

embora haja omissão do texto legislativo, entendo que não existe qualquer impossibilidade jurídica de se construir um direito de sobrelevação, haja vista que tratando-se de direito privado, a relação entre particulares é livre, desde que não se encontre óbice no direito, homenageando-se, assim, a liberdade de contratar¹⁷.

Novamente, não merece prosperar o argumento de ofensa ao princípio da tipicidade dos direitos reais, pois, ao se aplicar a sobrelevação não está sendo criado um direito real. A sobrelevação é um desdobramento de um direito real já existente e previsto no Código Civil e no Estatuto da Cidade, a superfície.

¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. V.5. 11. ed., rev. Ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 524-525.

¹⁷ REZENDE. op cit. p. 80.

É, portanto, forma de aplicação do direito de superfície. Ou seja, o modo como o mesmo será praticado em situações concretas. Seus limites e forma de aplicação estão intrinsecamente atrelados aos preceitos legais referentes ao direito de superfície, sendo este o gênero do qual a sobrelevação é espécie. A sobrelevação decorre do direito real de superfície, não existindo independentemente deste.

Ademais, o simples fato de não haver expressa previsão legal não significa estar vedada a possibilidade de instituição do direito real de superfície por sobrelevação, até porque se trata de uma realidade social constante nas grandes metrópoles, haja vista o crescimento desenfreado das mesmas, ocasionando o aumento da densidade populacional, o que por sua vez favorece ao processo de formação de favelas, nas quais se observa em grande escala a construção sobre a propriedade alheia já edificada, vide os chamados “puxadinhos”.

Neste sentido, Ricardo Mazzei se posiciona:

ao nosso sentir, não existe vedação legal, sendo permitido a sobrelevação no direito de superfície, embora em boa parte das situações fosse mais conveniente a pactuação de condomínios, consoante adverte boa doutrina. Nossa posição se ampara – mais uma vez – nos *princípios da operabilidade e da socialidade*, uma vez que vemos em tal variante do direito de superfície um instrumento que poderá regularizar uma realidade nacional que é o *direito de laje*¹⁸.

Além disso, não pode passar à margem da discussão o princípio constitucional da função social da propriedade, frisando-se os comentários de Élcio Nacur Rezende sobre a questão:

de fato, repito, não vejo qualquer proibição à instauração de uma superfície em terreno já erigido. Afinal, da mesma forma que cumpre função social quem constrói ou planta em terreno alheio, aquele que faz melhorias, reforma ou amplia, também proporciona ao imóvel, potencialmente, maior utilidade e, por consequência, melhor função social¹⁹.

Insta salientar que o instituto da sobrelevação não deve ser confundido com os condomínios edilícios, merecendo destaque as precisas palavras de Ricardo Mazzei:

apesar da relação muito aproximada, registre-se que a *sobrelevação* é instituto que não pode ser traduzido como sinônimo de condomínio vertical, pois neste a propriedade é repartida em frações ideais, enquanto no direito de superfície a base

¹⁸ MAZZEI. op cit. p. 358.

¹⁹ REZENDE. op cit. p. 80-81.

do solo imóvel continuará integralmente no patrimônio do proprietário, e os implantes, respectivamente, na alça jurídica do superficiário primário e do eventual superficiário derivado²⁰.

Por todo o exposto, conclui-se que não há que se falar em impossibilidade de aplicação do direito real de superfície por sobrelevação no ordenamento jurídico brasileiro, até porque tal instituto se mostra ferramenta adequada para solucionar as graves questões habitacionais que assolam as grandes metrópoles, especialmente nas “favelas”, nas quais comumente se vê a cessão da superfície de uma edificação para que outrem construa seu respectivo lar, situação que, sem a chancela da superfície por sobrelevação se mantém à margem do direito.

CONCLUSÃO

Desde a *Magna Charta Libertatum* no ano de 1215, a chamada Magna Carta do Rei João Sem Terra, o direito de propriedade recebe uma proteção jurídica formal, consistindo em um direito fundamental.

Trata-se do que a doutrina constitucionalista classifica de um direito fundamental de primeira dimensão, recebendo abrigo em diversas declarações, tratados internacionais e nas ordens constitucionais de inúmeras nações, com destaque, no âmbito internacional, para a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (artigos 2º e 17) e para a Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 17).

No ordenamento jurídico brasileiro, a CRFB/88 consagra o direito de propriedade como um direito fundamental (artigo 5º, inciso XXII), mas exige que este direito seja exercido com o implemento da função social (artigo 5º, inciso XXIII), ou seja, expressamente confere ao detentor da riqueza uma atribuição para que possa exercer na plenitude o seu direito subjetivo.

²⁰ MAZZEI. op cit. p. 368.

O direito real de superfície, nos aspectos ora abordados, encontra na função social sua razão de ser. Isso é, trata-se de instituto jurídico de cunho funcionalizador da propriedade, implementando ou potencializando a finalidade socioeconômica do bem imóvel.

E como mecanismo funcionalizador da propriedade, o direito real de superfície por cisão e pro sobrelevação configura interessante alternativa para a garantia do direito social de moradia (artigo 6º da CRFB/88) e para o desenvolvimento da ordem econômica (artigo 170, *caput*, da CRFB/88), corolários do postulado da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CRFB/88).

Por estas razões e, tendo em vista o princípio da autonomia da vontade, que rege as relações jurídicas entre particulares, há de se reafirmar a plena admissibilidade do direito real de superfície por cisão e por sobrelevação na ordem jurídica brasileira.

Outrossim, embora dispensem expressa menção legal para que se autorize a sua constituição, haja vista o entendimento ora defendido no sentido de que a cisão e a sobrelevação são apenas modalidades de constituição do direito real de superfície, o qual é expressamente previsto no Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) e no Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001), a edição de norma com o intuito de regular a instituição de direito real de superfície por cisão e por sobrelevação é medida salutar, conferindo os contornos e limites aos aludidos institutos, bem como os direitos e deveres concedente e do superficiário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 de março 2016.

_____. Lei nº. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em: 14 de março 2016.

_____. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 de março 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. V.5. 11 ed., rev. Ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. V.5. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *O moderno direito de superfície: ensaio de uma teoria geral*. Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. n. 35. Rio de Janeiro. 1979. p. 30. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/992130/DLFE-50687.pdf/REVISTA351.pdf>>. Acesso em: 13 de março 2016.

MAZZEI, Rodrigo. *Direito de Superfície*. São Paulo: Juspodivm, 2013.

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