

A Importância dos Contratos de Concessão na Eficácia de Utilização do Direito de Superfície

AKIYAMA, Yuko (1); MONETTI, Eliane (2)

- (1) *Licensed Real Estate Appraiser* pelo governo japonês, Mestre em Engenharia pela Escola Politécnica da Universidade de São Paulo.
e-mail: yukoakiyama@gmail.com
- (2) Engenheira Civil, Doutora em Engenharia. Professora do Departamento de Engenharia de Construção Civil da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo.
e-mail: eliane.monetti@poli.usp.br

Resumo:

O direito de superfície foi criado como instrumento da política urbana pelo Estatuto da Cidade em 2001. O Código Civil de 2002 também admitiu esse direito como direito real. O direito de superfície tem por objetivo estimular o uso de terrenos urbanos não aproveitados do ponto de vista sócio-econômico. Ele permite aos empreendedores utilizar terrenos de terceiros e ao mesmo tempo, garante a recuperação plena das propriedades para os donos de terrenos. Para estimular a utilização do direito de superfície no setor da construção civil, os empreendedores, na qualidade de superficiários (= titulares do direito de superfície), necessitam da proteção legal e econômica para entrar no negócio. Os negócios baseados no direito de superfície são condicionados aos seus respectivos contratos da concessão. Por isso, as condições contratuais são importantes na eficácia de sua utilização. O presente trabalho aborda a análise dos dispositivos do direito de superfície brasileiro e, como resultado da análise, propõe diretrizes para construção dos contratos do ponto de vista dos superficiários.

Palavras-chaves:

Direito de superfície, Instrumento de política urbana, Empreendimentos imobiliários

Abstract:

In Brazil in 2001, superficies was created as an urban political instrument by Law 10.257/2001, commonly known as Estatuto da Cidade (Urban Land Use Regulation Law). The Civil Code of 2002 also admitted superficies as a real right. Superficies' objective is to stimulate the use of urban lands that are not efficiently utilized from the social-economic point of view. Superficies offer a legal structure that permit third parties to develop projects on a land and guarantee a recovery of full property right for its land owner at the same time. To stimulate the use of superficies in civil construction sector, legal and economic protection is necessary for entrepreneurs to get involved in the business as superficies holder. Projects based on superficies are conditioned to its own concession contract. Therefore, contractual conditions are important in the efficiency of its utilization. This paper analyzes the law texto of Brazilian superficies, and as the results, provide a guidance to entrepreneurs to construct their contracts from a superficies holder's point of view.

Keywords:

Superficies (Leasehold), Urban political instrument, Development project,

1. Introdução

Em empreendimentos no setor da construção civil, a necessidade de aquisição do terreno pode comprometer a qualidade dos investimentos. Isso se explica por dois motivos principais. Em primeiro lugar, porque os preços de terrenos urbanos são expressivos. A aquisição de um terreno intensifica o investimento, gera grande impacto nos indicadores da qualidade dos empreendimentos, podendo, portanto, inviabilizar negócios. Em segundo lugar, existe a dificuldade de se encontrar terrenos na localização adequada nas áreas já urbanizadas. Mesmo que haja disponibilidade de terrenos não-utilizados ou subutilizados, pode ocorrer resistência à sua venda por parte dos proprietários, não permitindo sua utilização.

Essas dificuldades, na verdade, não são inerentes aos investimentos imobiliários, mas derivam de problemas fundiários subjacentes à sociedade brasileira moderna, tais como urbanização acelerada e concentração das propriedades imobiliárias em uma minoria da população.

Como uma das soluções legais desses problemas, desde a década de 60, muitos juristas propuseram a instituição do “direito de superfície”. Depois de muitas discussões e dificuldades na sua tramitação, no dia 10 de julho de 2001, o direito de superfície foi criado como um instrumento de política urbana pela Lei Federal nº 10.257, denominada “Estatuto da Cidade (EC)”¹. No dia 10 de janeiro de 2002, a Lei nº 10.406 que instituiu o “Código Civil”² também incluiu o “direito de superfície” no rol dos direitos reais, não admitido pelo Código Civil de 1916³.

A esperança que os juristas e urbanistas depositaram nesse instrumento legal é significativa. Ao mesmo tempo, para os empreendedores do setor da construção civil, o direito de superfície fornece uma nova forma de empreender que poderá resolver a dificuldade nos investimentos imobiliários apontada anteriormente.

O EC estabelece diretrizes gerais da política urbana e tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. O direito de superfície é um dos instrumentos da política urbana e um “meio de favorecer a função social da propriedade, na medida em que facilita a utilização do terreno não-edificado, subutilizado ou não-utilizado” (DI-PIETRO, 2002, P.187). Por isso, sua aplicação é limitada à área se aplica nas relações civis em geral.

Apesar da diferença de sua aplicação, o direito de superfície de ambas as leis tem finalidade comum. Do ponto de vista sócio-econômico, o direito de superfície tem por objetivo estimular o uso de terrenos não aproveitados. Para isso, o direito oferece uma segurança legal tanto para proprietários quanto para empreendedores, isto é, uma estrutura jurídica que permite a terceiros empreender em solo alheio e, ao mesmo tempo, garante a recuperação plena das propriedades para os donos de terrenos.

Em princípio, o direito de superfície é um mecanismo em que o proprietário concede a outrem o direito de construir em seu terreno por tempo determinado e, extinta a concessão, o proprietário passará a ter a propriedade plena sobre o terreno e as construções. O proprietário do terreno é o concedente da superfície, denominado **proprietário fundeiro**⁴ e o concessionário é denominado **superfideciário**⁵. O terreno cuja propriedade é restringida pelo direito de superfície é denominado **terreno fundeiro**. Nessa estrutura jurídica, o superfideciário representa a figura do empreendedor, que investe na implantação de um empreendimento na superfície concedida, opera e recebe o retorno desse empreendimento durante o prazo da concessão.

Segundo Oliveira (2002, p.74), “o direito de superfície é importante instrumento de alteração urbanística e pode propiciar novo avanço na ocupação dos espaços particulares ainda inaproveitados, eventualmente, por falta de recursos do próprio. Como não lhe interessa a venda, mas pode auferir lucro com a construção ou eventualmente com o aproveitamento efetivo e racional do imóvel, pode dinamizar as

¹ Art. 4º, inciso “V”, alínea “f”.

² Doravante, chama-se Código Civil de 2002 ou Novo Código Civil (NCC).

³ Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, revogada pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

⁴ Venosa (2002) o chama de “fundeiro”. Vale ressaltar que nem os textos do Estatuto da Cidade nem o NCC expressam o concedente como “proprietário” e não utilizam o termo “fundeiro”. Porém, é conveniente utilizar o termo “fundeiro” ou “proprietário fundeiro” para distinguir dos proprietários usuais.

⁵ Os dispositivos do Estatuto da Cidade e do NCC utilizam esse termo nos seus próprios textos.

relações empresariais e de construção”. Para empreendedores, empreender sem necessidade de aquisição de terreno poderá conduzir a uma melhor qualidade dos investimentos do empreendimento. Desta forma, a utilização de superfície pode ser um “enorme incentivo à construção civil” (TEIXEIRA, 1993, p.102-103).

Entretanto, para que se possibilite executar um negócio utilizando o direito de superfície, o empreendedor necessita perceber a atratividade do negócio do ponto de vista econômico, e aceitar o grau de proteção que pode ser alcançado do ponto de vista legal. Os negócios baseados no direito de superfície são condicionados aos seus respectivos contratos da concessão. Portanto, é fundamental que se busquem condições contratuais da concessão do direito de superfície que sejam capazes de proteger a atratividade econômica do negócio. Desta forma, pode dizer que os contratos de concessão do direito de superfície são importante na eficácia de sua utilização.

Quanto à atratividade econômica do negócio, considera-se o valor do direito de superfície⁶ como um indicador de segurança dos investimentos para os empreendedores. Ao investir, o superficiário perde sua capacidade de investimento, pois seus recursos líquidos transformaram-se em direito de superfície: outro tipo de bem de liquidez restrita. Portanto, para o superficiário, o valor do direito de superfície indica a segurança dos seus investimentos, tendo em vista que é um direito que pode ser transacionado em diferentes momentos.

Portanto, o presente trabalho objetivou propor diretrizes para a construção dos contratos de concessão do direito de superfície, com a finalidade de preservar o valor desse direito, do ponto de vista dos superficiários (titulares do direito de superfície) durante o prazo da concessão. Considera-se que o estabelecimento de diretrizes para a construção do contrato que incorpora a proteção do valor do direito de superfície pode propiciar sua melhor utilização no setor da construção civil.

Para isso, inicialmente, faz-se a análise dos dispositivos desse direito do EC e do Código Civil de 2002 e caracteriza a estruturação legal de empreendimentos baseados no direito de superfície. Em seguida, discute-se as atividades que se enquadram em empreendimentos baseados no direito de superfície, caracteriza sua estrutura financeira e conceitua-se os empreendimentos baseados no direito de superfície.

Com a breve apresentação sobre o valor do direito de superfície e seus vetores que provocam a flutuação do valor, esclarece as influências das condições contratuais no seu valor. Como resultado da análise, procura-se apresentar diretrizes que orientam os superficiários na estruturação dos contratos de concessão eficazes na preservação do valor do direito de superfície. O possível mecanismo de proteção para salvaguardar o valor desse direito que podem ser incorporados aos contratos também será discutido.

2. Direito de Superfície

2.1. Estatuto da Cidade e Código Civil de 2002

O direito de superfície é um instrumento legal muito antigo que tem sua origem no Direito Romano. Esse direito tem sido utilizado amplamente em países europeus desde seu surgimento e está difundido nas outras regiões do mundo. Hoje, vários países adotam o direito de superfície.

O EC veio estabelecer diretrizes gerais da política urbana e o direito de superfície é criado como um dos seus instrumentos e, por consequência, sua aplicação é limitada aos terrenos urbanos. Por outro lado, o direito de superfície do NCC é aplicável tanto para construção ou plantação, em terrenos urbanos ou rurais. O presente trabalho tem enfoque nos empreendimentos na construção civil, abordando-se somente os casos de construções urbanas. Ainda assim, surge a questão sobre a prevalência entre as duas leis. As opiniões se dividem e “a matéria, no entanto, é polêmica e longe está da unanimidade.” (VENOSA, 2002). Portanto, neste trabalho, apresenta-se o direito de superfície tanto do ponto de vista do NCC quanto do EC.

Seguem os dispositivos do direito de superfície.

⁶ No que se refere à arbitragem de valor do direito de superfície, vide AKIYAMA, 2006, p.46-62.

Estatuto da Cidade

Seção VII

Do direito de superfície

Art. 21. O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis.

§ 1º O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística.

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

§ 3º O superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo.

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

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

Art. 22. Em caso de alienação do terreno, ou do direito de superfície, o superficiário e o proprietário, respectivamente, terão direito de preferência, em igualdade de condições à oferta de terceiros.

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

I – pelo advento do termo;

II – pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário.

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

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

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

Código Civil de 2002

TÍTULO IV

Da Superfície

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 1.375. Extinta a concessão, o proprietário passará a ter a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário.

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

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

2.2. Natureza Jurídica do Direito de Superfície Brasileiro

O direito de superfície é um mecanismo em que o proprietário concede a outrem o direito de construir⁷ em seu terreno por tempo determinado⁸ (EC art. 21, NCC art. 1369) e, extinta a concessão, o proprietário passará⁹ a ter a propriedade plena sobre o terreno e as construções (EC art. 24, NCC art. 1375). A natureza jurídica do direito de superfície brasileiro é seguinte:

Em primeiro lugar, o direito de superfície é um direito real.

O NCC incluiu o direito de superfície no rol dos direitos reais, entretanto o EC é muito pouco esclarecedor a esse respeito. Porém, é ponto pacífico na doutrina, o reconhecimento do direito de superfície no EC como um direito real “em decorrência de algumas características que lhe foram imprimidas pela lei”¹⁰ (DI-PIETRO, 2002, p.182).

Em segundo lugar, a superfície é um direito real sobre coisa alheia.

A bibliografia sobre a questão do “domínio ou direito sobre coisa alheia”¹¹ sob a visão NCC é escassa. Entretanto, pode-se permitir a aplicação análoga do texto de Monteiro (2002, p.261) sobre a enfiteuse: “o artigo 1.231¹² torna absolutamente impossível a coexistência de dois direitos de propriedade sobre a mesma coisa” (MONTEIRO, 2003, p.261). Assim sendo, chega-se à conclusão mais coerente: a superfície é o direito real sobre coisa alheia. Este princípio pode ser aplicado ao direito de superfície do EC.

Em terceiro lugar, as construções ou plantações resultantes do exercício da concessão do direito de superfície são propriedade do superficiário, em caráter resolúvel. A propriedade resolúvel é, segundo o art. 1.359 do NCC, aquela que se resolve pelo implemento da condição ou pelo advento do termo.

Muitos autores¹³ compartilham da idéia de que o superficiário é proprietário das construções e plantações, admitindo “uma exceção à regra de que acessório segue o principal”¹⁴, ou seja, nessa hipótese não se aplica o princípio de *superficies solo cedit*” (MONTEIRO, 2003, p.252). Porém, essa propriedade superficiária é “resolúvel ou temporária, posto que subordinada a uma condição resolutiva que pode ser o termo final contido no título constitutivo ou mesmo uma causa a este superveniente” (BARBOSA, 2001, p.93).

No caso, estipulada a indenização na extinção do direito de superfície, surge a seguinte dúvida quanto ao pagamento da indenização: já que a natureza jurídica da indenização no final da concessão pode ser considerada como contrapartida pelo repasse das propriedades das construções, o pagamento dessa pode se constituir numa condição resolutiva? Lembrando a finalidade do direito de superfície é oferecer a estrutura legal que garante a recuperação de propriedade plena do terreno para o fundeio no final da concessão e volta ao princípio de *superficies solo cedit*. Portanto, seria mais correto considerar como Figueira (2002, p.1.215) observa: “tudo o que o superficiário vier a incorporar ao solo, via de regra, passará a pertencer ao proprietário concedente, sem qualquer ônus, após a extinção da concessão, isto é, independentemente de indenização”.

3. Análise dos Dispositivos do Direito de Superfície e Estruturação Legal de

⁷ No art. 21 do EC, o objeto de concessão é direito de superfície.

⁸ O EC também admite o tempo indeterminado.

⁹ O EC utiliza a expressão “recuperará. A discussão sobre a interpretação dos dispositivos causada pela divergência das expressões entre as duas leis será analisada posteriormente.

¹⁰ Os juristas com a mesma opinião são BARBOSA (2001, p.138); ALMEIDA (2002, p.115), TEIXEIRA (2001, p.49).

¹¹ Devido à vasta utilização do direito de superfície em vários países, a natureza jurídica do direito de superfície se divergem. Alguns países o consideram como um direito real sobre coisa alheia (configuração romana) e outros o tratam como propriedade autônoma distinta da propriedade do dono do solo (configuração germânica). Nota-se que esta questão se refere somente à superfície e às edificações; quanto ao terreno, obviamente, o superficiário não tem propriedade.

¹² Código Civil de 2002:

Art. 1.231. A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário.

¹³ Por exemplo: TEIXEIRA (1993, p.70), DI-PIETRO (2002, p.183) e DERBLY (2004).

¹⁴ Código Civil de 2002:

Artigo 1.253 Toda construção ou plantação existente em um terreno presume-se feita pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário.

Empreendimentos Baseados nesse Direito

3.1. Modo de Constituição

O contrato de concessão do direito de superfície é a base legal dos empreendimentos baseados no direito de superfície. O superficiário contrata com o proprietário a concessão de um terreno para que ele possa legalmente empreender por certo prazo em terreno alheio. A concessão deve ser feita mediante escritura pública registrada no Cartório de Registro de Imóveis (EC art. 21, NCC art. 1369). Segundo Barbosa (2001, p.101), este registro é um requisito para que esse contrato possa ter validade perante terceiros. Ou seja, o contrato deve ser registrado para se constituir ou transmitir o direito de superfície como um direito real sobre o bem imóvel. O direito de superfície pode também, ser constituído por contrato de doação e disposição de última vontade (BARBOSA, 2001, p.104-108). “Quanto à possibilidade de se verificar a aquisição originária por intermédio de usucapião, podemos dizer que, em tese, é juridicamente possível, desde que comprovados os seus requisitos específicos” (MONTEIRO, 2003, p.253).

Quanto ao elemento subjetivo, são dois sujeitos na relação jurídica: de um lado, o proprietário do solo, denominado proprietário fundeiro; de outro, o superficiário como concessionário. Quem pode conceder tal direito é o proprietário fundeiro, e a quem foi concedido título é o superficiário. O EC restringe como sujeito de concessão os proprietários urbanos, porém não há limitação a esse respeito no NCC.

As duas partes podem ser tanto pessoa física quanto pessoa jurídica e o proprietário fundeiro “pode ser um particular, ou mesmo o Poder Público” (ALMEIDA, 2004, p.171).

A limitação do terreno como objeto da concessão das duas leis já foi vista anteriormente. Existe terminologia de superfície conforme o objeto¹⁵ sobre o qual indica o direito. Ferreira (1954) apud Barbosa (2001, p.82) denomina superfície edilícia aquela relativa a edifícios e construções e superfície agrária a que abrange a propriedade separada de plantações e árvores. A superfície regulada pelo NCC pode ser urbana, rústica, edilícia ou agrária enquanto a do EC deve ser entendida como urbana e edilícia. “As possíveis construções superficiárias são: edifícios, pontes, monumentos, sepulcros, fábricas, armazéns, etc.” (TEIXEIRA, 1993, p.77). No que concerne às plantações, indicam as culturas duradouras (tais como a da vinha ou a da bananeira), as árvores destinadas a corte” (ASCENSÃO¹⁶ apud TEIXEIRA, 1993, p.77).

Segundo art. 1.369 do NCC, o objeto da concessão é o direito de construir e no art. 21 do EC, é o direito de superfície. Um dos pontos controvertidos e polêmicos refere-se às construções pré-existentes. A esse respeito, o NCC não contempla as construções pré-existentes. A expressão do NCC, “o direito de construir ou de plantar em seu terreno”, é entendida como “se o imóvel já possuir construção, não há como ser objeto de (o direito de) superfície. Somente o terreno é que a este direito se subordina” (OLIVEIRA, 2002, p.69). Também o texto do EC não expressa claramente se o direito de superfície pode incluir construções existentes no terreno. As opiniões dos juristas se divergem¹⁷. “Contudo, pode-se deduzir que essa possibilidade (de o direito de superfície referir-se às construções existentes no terreno) não existe, consoante decorre implicitamente do art. 21, que prevê como objeto o ‘direito de superfície do seu terreno’ (caput) e o ‘direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo’. Solo é a ‘porção da superfície terrestre onde se anda, se constrói etc.; terra, chão’¹⁸. Tem-se que entender, portanto, que o direito de superfície não incide sobre construções já existentes na data da concessão” (DI-PIETRO, 2002, p.181).

Vale salientar que não há jurisprudência consolidada, até o momento, que revogue a inclusão de construções pré-existentes no objeto do direito de superfície. Portanto, a discussão está em aberta. Todavia, a justificativa de Di-Pietro supracitada será tomada como sendo pertinente, e o presente trabalho segue sua interpretação. A admissão de construções pré-existentes no terreno no objeto da concessão resulta em formular empreendimentos com outro caráter. Portanto, vale salientar que as propostas do presente trabalho não cabem nos empreendimentos baseados no direito de superfície com construções pré-

¹⁵ Objeto da superfície é “denominado pela doutrina *res superficiaria* ou coisa superficiária” (ASCENÇÃO, José de Oliveira. O direito de superfície Agrícola. In: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, n.4, abril/junho, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978. p.146. apud Barbosa, 2001, p.81).

¹⁶ ASCENSÃO, ob.cit., p.145-171.

¹⁷ Por exemplo, Oliveira (2002, p.69) considera que não apenas o terreno pode ser objeto do direito, o terreno pode possuir construção. A postura de Almeida (2004, p.168) é a mesma. Ao contrário, Barbosa (2001, p.137) analisa que “a superfície contemplada pelo Estatuto também não abrange acessões pré-existentes, restringindo-se àquelas resultantes do exercício da concessão”.

¹⁸ Cf. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, 2ª ed., Nova Fronteira.

existentes. Tais empreendimentos serão estudados mais especificamente no item 6.1.

No que se refere a contraprestação, as duas leis preconizam que a concessão do direito de superfície poderá ser gratuita ou onerosa conforme o acordo entre as partes (EC art. 21.º § 2º, NCC art. 1.370). Segundo Venosa (2002), o pagamento devido ao proprietário, que pode ser periódico ou não, denomina-se “cânon superficiário”. No entanto, uma vez estipulada a concessão onerosa, a falta de pagamento poderá implicar na extinção da concessão.

3.2. Relação Jurídica, Prazo e Obrigações das Partes

Feita a concessão, o superficiário tem o direito de construir no terreno. As construções feitas pelo superficiário são propriedades do superficiário (propriedade superficiária). Messineo (1965, p.546) apud Barbosa (2001, p.81) afirma que as construções podem ser quaisquer obras, fixadas no solo, possuindo caráter de estabilidade.

Quanto à propriedade do terreno, ela pertence ao proprietário fundeiro. O proprietário fundeiro possui domínio direto (direito de dispor) do terreno. De outro lado, o superficiário obtém o domínio útil (direito de usar e gozar) do terreno.

A extensão de superfície é disposta de forma diferente entre as duas leis. O EC permite a utilização do subsolo, superfície e espaço aéreo relativo ao terreno (EC art. 21.º § 1º). Este dispositivo leva à possibilidade de construções somente no subsolo, por exemplo, uma linha de metrô atravessando o terreno, ou no espaço aéreo, tal como a existência de um viaduto sobre o terreno. Barbosa (2001, p.139) aponta a possibilidade de, “em tese, a existência simultânea de até três superficiários, concedendo-se a cada um deles o direito sobre uma fração distinta do imóvel: a superfície, o subsolo e o espaço aéreo¹⁹”. É evidente que a destinação estipulada no respectivo contrato deve atender à legislação urbanística. Por outro lado, quando o contrato se baseia no NCC, a obra está limitada à superfície. A obra do subsolo está permitida somente no caso de ela ser inerente ao objeto da concessão (NCC art. 1.369). Quanto ao espaço aéreo, Monteiro (2003, p.253) entende que o dispositivo do NCC é omissivo: “a utilização do espaço aéreo, por certo, haverá de ser permitida integralmente dentro dos limites definidos no contrato para as plantações ou construções”.

Ainda, vale lembrar que se o terreno-objeto da concessão contiver recursos minerais, inclusive os do subsolo ou as cavidades naturais subterrâneas ou os sítios arqueológicos e pré-históricos, estes bens integrariam o patrimônio da União²⁰ e a utilização do subsolo por parte do concedente estaria excluída.

No que tange ao prazo de concessão, o NCC admite somente prazo determinado (NCC art. 1.369) quando o EC permite o prazo indeterminado (EC art.21). Deve-se ressaltar que tempo indeterminado não é perpétuo²¹. A concessão por tempo indeterminado significa que o prazo continua até a ocorrência de certa causa para seu rompimento. As causas possíveis devem estar estipuladas no contrato. Alguns juristas questionam essa configuração de tempo indeterminado. Barbosa (2001, p.140) lamenta que “o legislador pátrio se afastou da melhor doutrina, que recomenda que seja fixado um limite temporal para a vigência do direito”. Teixeira (2001, p.49) sugere que o prazo de sua concessão não deve ultrapassar cinquenta (50) anos, justificando que a duração indeterminada repugna ao direito contemporâneo e essa temporariedade poderá servir até mesmo como incentivo a novas concessões; nesse sentido, o autor aplaude a exigência da temporariedade do NCC.

Os dispositivos sobre encargos e tributos nas duas leis são divergentes.

Durante o prazo da concessão, o superficiário implanta o empreendimento, opera e recebe o

¹⁹ O Código Civil japonês dispõe “superfície seccional” no seu art. 269-2. Segundo Barbosa (2001, p.81-82), o Código Civil Coreano também contém disciplina equivalente (art. 289-2).

²⁰ Art. 20 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²¹ Almeida (2004, p.172) explica essa questão da seguinte forma: “Tempo indeterminado não se confunde com perpetuidade. Em tese, a distinção entre as duas situações (em casos análogos ao da superfície) diz com a possibilidade, em se tratando do prazo indeterminado, de ruptura do vínculo jurídico em defesa do interesse da parte que não detém o bem. Tal é o caso, p. ex., do comandante (Código Civil de 1916, art. 1.250) e do locador (Lei 8.245/91, art. 46, 47, 50 e 57). Nesses exemplos, o vínculo contratual é estabelecido por prazo indeterminado e pode ser rompido por meio de certos mecanismos à disposição da parte que não detém o bem”.

retorno do seu investimento, respondendo por encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária. O superficiário também é responsável pelo terreno, mas o NCC o responsabiliza pelo terreno inteiro (NCC Art. 1.371) enquanto o EC preconiza somente a parcela de ocupação efetiva sobre a área objeto da concessão (EC Art. 21. § 3º).

Para Figueira (2002, p.1.211), o dispositivo do Código Civil é “incompleto, tendo em vista que deixou de ressaltar a obrigação em grau proporcional à sua ocupação efetiva, com encargos e tributos sobre a área de concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário”. Por isso, há uma sugestão legislativa para alteração do presente dispositivo do NCC.²² As partes interessadas devem ficar atentas às alterações da lei.

3.3. Extinção da Concessão

O EC define a extinção do direito de superfície pelo advento de termo (EC art.23). O NCC não o determina expressamente, mas também à ele não se opõe (NCC, art. 1.374). O EC, através de seus dispositivos sobre a extinção do direito de superfície, é “mais completo e tecnicamente adequado, ao assinalar em seu inciso II (de art. 23) as demais hipóteses de descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário (v.g. não-pagamento da concessão; não-uso do imóvel; danos ao imóvel, não-pagamento dos tributos etc.)²³” (FIGUEIRA, 2002, p.1.214).

Também, antes do termo final do contrato, extinguir-se-á o direito de superfície se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para a qual foi concedida (EC art.23, 24 § 1º, NCC, art. 1.374). Os legisladores pretendem evitar “a burla aos termos definidos no contrato, que é lei entre as partes, sem contar com observância ao princípio de boa-fé. Caso o superficiário deseje modificar, no curso do contrato, a destinação da utilização do terreno, vislumbra-se uma possibilidade de o fazer, desde que assim ajuste em comum acordo com o proprietário concedente, por termo aditivo, em escritura pública, a ser também registrada no Cartório de Imóveis, alterando a cláusula específica precedente. O que a lei não permite é a alteração unilateral²⁴” (FIGUEIRA, 2002, p.1.214).

Além das causas expressas, Barbosa (2001, p.145) complementa as demais causas extintivas dos direitos reais em geral, tais como a confusão, a renúncia e o abandono.

Extinta a concessão, o proprietário fundeiro passará ter²⁵ a propriedade plena do seu terreno e o que o superficiário construiu ou plantou ao solo passará a pertencer ao proprietário fundeiro, sem qualquer ônus, independentemente de indenização. (EC art.24, NCC, art. 1.375). O superficiário terá direito à correspondente indenização se esta for estipulada entre as partes. Porém, conforme já foi observado no item 2.2, considera-se que o pagamento da indenização no final da concessão não pode constituir-se em condição resolutive das propriedades superficiárias. Mesmo que não haja pagamento, o superficiário não terá o direito de retenção dos imóveis, porque o direito de retenção da parte do superficiário não é explícito no dispositivo²⁶.

A extinção da concessão deverá ser averbada no Registro de Imóveis competente segundo o EC (EC art. 24 § 2º), porém o NCC não prevê a matéria.

²² Há sugestão legislativa conforme Figueira (2002, p.1.211). A sugestão foi encaminhada a Ricardo Fiuza, o Relator-Geral do projeto na Câmara dos Deputados, com a redação seguinte: Sugestão legislativa Art. 1.372: O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel, arcando, inclusive, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário.

²³ Por esse motivos, há sugestão legislativa conforme Figueira (2002, p.1.214). A sugestão foi encaminhada ao Deputado Ricardo Fiuza, com a redação seguinte: Sugestão legislativa Art. 1.374: Antes do termo final, resolver-se-á a concessão se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para que foi concedida, bem como pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário.

²⁴ Entretanto, Figueira (2002, p.1.214) salienta que “a mola propulsora do direito de superfície é, sem dúvida, o incremento da função social da propriedade e o seu enquadramento para um determinado fim, concebido num determinado modelo, previamente elaborado pelo seu titular, em sintonia com os preceitos sócio-econômicos, políticos e jurídicos, e com o estado democrático de direito. É justamente nesse quadro matizado por uma pigmentação altamente sociológica da propriedade que não se permite o desvio de função (destinação) previamente definida no instrumento de concessão, seja para mais, seja para menos, independentemente de pagamento pela diferença apurada”.

²⁵ O EC utiliza expressão “recuperará”, que causa outra polêmica jurídica. Vide BARBOSA, 2001 p.93, p.146.

²⁶ Vale salientar que na hipótese de se admitir o pagamento da indenização como condição resolutive, a relação jurídica entre as partes terá configuração diferente na extinção da concessão. Até o momento, não há jurisprudência que oriente a condição resolutive das propriedades superficiárias. Portanto, a discussão está aberta.

No que tange à possibilidade da renovação da concessão do direito de superfície, as leis silenciam.

3.4. Transferência do Direito de Superfície

O direito de superfície pode ser transferido a terceiros (EC art. 21. §4º, NCC art. 1.372). Os terceiros podem ser mais do que uma pessoa. Eles passarão a ter o direito em comunhão²⁷.

Por morte do superficiário, os direitos são transmitidos aos seus herdeiros (EC art. 21. §5º, NCC art. 1.372). Quando houver mais do que um herdeiro, os herdeiros passarão a ter o direito em comunhão.

O proprietário terá direito de preferência, em igualdade de condições à oferta de terceiros (EC art. 22, NCC art. 1.373). Caso o direito de superfície seja transferido ao proprietário, ocorre a confusão e o direito de superfície se extingue. O proprietário recuperará seu domínio pleno (propriedade plena).

Sobre a transferência do direito de superfície, há aspectos que infelizmente não são esclarecidos pelos dispositivos do NCC nem do EC. Assim sendo, surgem as seguintes questões:

A primeira questão refere-se à individualidade de transferência do direito de superfície e as propriedades das construções. A transferência do direito de superfície automaticamente inclui a transferência das propriedades das construções resultantes do exercício da concessão (propriedades superficiárias) (A) ou o superficiário pode alienar apenas o direito relativo à concessão e reter as propriedades das construções (B) e/ou as propriedades superficiárias podem ser alienadas separadamente do direito de superfície (C).

A alienação individual da superfície ou das construções, como os casos (B) e (C), não deve ser permitida, pois as construções perderão seu fundamento legal no terreno. Mesmo supondo que seja permitida, há três partes na estrutura legal do empreendimento: o proprietário do terreno, o superficiário e o proprietário das construções, tornando as relações jurídicas complexas.

Portanto, para evitar a criação de relação jurídica em conflito no futuro, recomenda-se estipular no contrato a cláusula proibitória sobre a transferência individual do direito de superfície e/ou das propriedades superficiárias. Nessas condições, as propriedades das construções e o domínio útil do terreno serão transferidos ao novo superficiário (= superficiário comprador). A ocorrência de transferência proibida pela cláusula é a causa resolutive do contrato e a cláusula deve conter o direito de receber a indenização por parte do proprietário.

A segunda questão se refere à validade de condições contratuais originais entre o novo superficiário e o proprietário fundeio. A transferência do direito significa a sucessão automática do conteúdo do contrato original ao novo superficiário ou há necessidade de se estipular as condições da concessão entre o novo superficiário e o proprietário fundeio?

Os dispositivos das leis não são claros a esse respeito. Não obstante, nos ordenamentos brasileiros, o comprador de um direito real assume a posição do vendedor desse direito. Assim sendo, quando o superficiário original transferiu o direito para o superficiário comprador, o superficiário comprador possui direito de seqüela do contrato original pactuado entre o Proprietário original e o Superfície original. De mesma maneira, os herdeiros assumem a posição do seu antecessor.

O NCC proíbe o pagamento para o proprietário fundeio pela transferência do direito de superfície (NCC art. 1.372) enquanto que, nesse aspecto, o EC silencia.

²⁷ Conjunto de direitos e obrigações sobre a coisa possuída em comum.

3.5. Transferência da Propriedade Fundeira

A propriedade de terreno pode transferir-se a terceiros. Os terceiros podem ser mais do que uma pessoa. Eles passarão a ter o condomínio do terreno. Por morte do proprietário, a propriedade de terreno transmite-se aos seus herdeiros. Caso houver mais de um herdeiro, eles terão o condomínio.

O objeto da transferência é a propriedade do terreno sem domínio útil. O novo proprietário terá o terreno fundeiro, ou seja, somente o domínio direto do terreno, pois o novo fundeiro assumirá ônus real sobre a propriedade do terreno. A existência do direito de superfície devidamente registrado na escritura pública obriga o novo fundeiro a assumir as condições contratuais do contrato original da concessão.

Quando a propriedade fundeira se transfere ao superficiário, o direito de superfície se extingue²⁸. O novo proprietário passará a ter plena propriedade.

Em igualdade de condições, o superficiário terá direito de preferência sobre a oferta de terceiros (EC art. 22, NCC art. 1.373).

3.6. Atividades que se Enquadram em Empreendimentos Baseados no Direito de Superfície

Conforme as leis vigentes no Brasil, duas atividades não podem ser desenvolvidas em empreendimentos baseados no direito de superfície: (1) concessão de serviço público e (2) empreendimentos imobiliários²⁹, aqueles em que o empreendedor remunera seus investimentos através da venda do produto.

Segundo o art. 1.377 do NCC, o direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público interno, é regido pelo NCC, no que não for diversamente disciplinado em lei especial. Se o terreno estiver no objeto da concessão de serviço público, a exploração do terreno deve ser disciplinada com as leis especiais³⁰. Portanto, o direito de superfície não pode ser utilizado nos terrenos destinados ao serviço público³¹.

Entende-se que no empreendimento imobiliário, cuja estrutura baseia-se nas incorporações imobiliárias³², a superfície não se trata do solo em que se constróem os edifícios para incorporações, apesar de os dispositivos não inibirem expressamente a utilização de superfície. A bibliografia desse assunto é escassa, porém segundo Oliveira (2002, p.73), o advogado Pinto Del Mar tocou no assunto na sua exposição na forma seguinte: “entendeu descabido falar-se em incorporação em que o incorporador seja o superficiário, uma vez que tal direito não estaria contemplado naqueles do superficiário”³³.

Conseqüentemente, o superficiário tem que visar a remuneração de seus investimentos através da exploração de uma determinada atividade a ser desenvolvida nesse espaço, durante o prazo da concessão. Isso significa que empreendimentos baseados no direito de superfície têm longo horizonte de maturação, enquadrando-se como empreendimentos de base imobiliária, onde a geração de receita deriva da exploração de atividades esperadas no imóvel, tais como *shopping centers*, hotéis, escritórios para locação, hospitais, *resorts*, parques temáticos, academias. Nesse aspecto, empreendimentos baseados no direito de superfície assemelham-se aos chamados empreendimentos de base imobiliária³⁴.

²⁸ Ocorre a confusão nessa situação.

²⁹ A NBR 14653-4 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) define empreendimento imobiliário como sendo “empreendimento em imóvel destinado ao parcelamento do solo ou construção de benfeitorias, com o objetivo de venda das unidades geradas”.

³⁰ Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

³¹ Entretanto, junto com a concessão do serviço público, o poder público pode conceder o direito de superfície dos terrenos ao redor do terreno-objeto do serviço público, para que o concessionário possa explorar legalmente as atividades além do serviço público disciplinada pela Lei nº 8.987/1995.

³² Incorporações imobiliárias são regulamentadas pela Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964 (Lei de Condomínio e Incorporações) e pelo Código Civil de 2002 (art. 1.331 a 1.358).

³³ Também foi confirmada verbalmente a impossibilidade de utilização de superfície nos empreendimentos imobiliários pelo Prof. Dr. Carlos Alberto Dabus Maluf da Faculdade de Direito de Universidade de São Paulo em 3 de agosto de 2005.

³⁴ A NBR 14653-4 da ABNT define empreendimento de base imobiliária como sendo “empreendimento em imóvel destinado à

3.7. Conceituação de Empreendimentos Baseados no Direito de Superfície

Em face do exposto, empreendimentos baseados no direito de superfície podem ser conceituados como aqueles em que o empreendedor, na qualidade de superficiário, investe na implantação da base física, visando a remunerar seus investimentos através da exploração de uma determinada atividade a ser desenvolvida nesse espaço, em terreno alheio, durante o prazo da concessão do direito de superfície, legalmente instituído tanto pelo EC quanto pelo NCC.

4. Estruturação Financeira de Empreendimentos Baseados no Direito de Superfície

O desenvolvimento de empreendimentos baseados no direito de superfície pode ser caracterizado nos ciclos de formatação, de implantação e operacional. O ciclo de formatação compreende o período em que se estrutura o empreendimento: formula-se o produto e seu projeto e o planejamento para produção e prepara-se o suporte legal para seu desenvolvimento. O ciclo de implantação é a fase de construção e equipamento dos empreendimentos. Nesses primeiros dois ciclos, ocorrem investimentos do superficiário. O ciclo operacional é a fase de desenvolvimento da atividade específica para a qual o empreendimento foi concebido. Nesse ciclo, o superficiário receberá os retornos dos investimentos; o resultado da operação do empreendimento³⁵ e a indenização no final da concessão, caso haja estipulado o recebimento dessa. Durante o ciclo operacional, o empreendimento se mantém capaz de gerar renda em padrões homogêneos, valendo-se da adequação física e funcional contínua nele feita, sem necessidade de investimento em reciclagem. Os recursos para essa adequação física e funcional do empreendimento serão providos pelo Fundo de Reposição de Ativos (FRA). Os recursos para o FRA serão recolhidos da receita do empreendimento durante o ciclo operacional. A particularidade dos empreendimentos baseados no direito de superfície é que o total das extensões dos ciclos de desenvolvimento fica limitado ao prazo da concessão.

5. Valor do Direito de Superfície

A caracterização de fluxo financeiro dos empreendimentos baseados no direito de superfície feita no item 4 mostrou que o superficiário precisa investir nos primeiros anos da concessão e com isso, perde sua capacidade de investimento; a sua recuperação ocorre somente depois do início da operação do empreendimento. Ao investir, os recursos líquidos do superficiário se transformam em outro tipo de ativo cuja liquidez não é imediata: o direito de superfície.

Entretanto, o direito de superfície, como direito real, pode ser transacionado a qualquer momento durante a concessão. Através de sua venda, o superficiário pode esperar a recuperação de sua capacidade de investimento, liquidando os recursos transformados no direito de superfície. Nesse sentido, o valor do direito de superfície é um indicador de segurança do investimento do superficiário. Sua venda deve, do ponto de vista econômico, remunerar o investimento feito pelo superficiário no padrão pretendido. No curso da concessão cujo horizonte é normalmente longo, aparece uma dificuldade natural, a ocorrência de oscilação do valor devido às conturbações na economia e/ou no mercado, entre outras causas.

Os negócios baseados no direito de superfície são condicionados aos seus respectivos contratos da concessão. Portanto, é fundamental que se busquem condições contratuais da concessão do direito de superfície que sejam capazes de proteger o valor desse direito no patamar aceitável para o superficiário durante o prazo da concessão para proteger seu investimento. O valor do direito de superfície é associado à sua transferência, devido a sua transmissibilidade. Portanto, em princípio, o valor do direito de superfície deve ser analisado de dois pontos de vista: superficiário comprador e vendedor.

O superficiário comprador receberá seu retorno pela exploração das atividades do empreendimento durante o ciclo operacional, desde o momento da transferência até o término do contrato.

exploração de comércio ou serviços”.

³⁵ O resultado da operação do empreendimento é denominado Resultado Operacional Disponível (**RODI**).

Portanto, o montante de recursos que o superficiário comprador se disporia a investir para a aquisição do direito deriva da expectativa de geração de renda na exploração da atividade até o final da concessão, considerando um padrão mínimo de atratividade pretendida com o negócio. No entanto, sendo esse investidor não aparente, não há como se reconhecer seu posicionamento diante do risco. Sendo assim, arbitra-se que seu comportamento seja avesso ao risco e conceitua-se o valor máximo para o investimento como sendo o Valor da Oportunidade de Investimento no momento da aquisição desse direito.

Do ponto de vista do superficiário vendedor, ele aceitaria sair do negócio quando a venda do direito em questão permitisse alcançar o padrão aceito por ele. Portanto, o valor mínimo do direito pelo qual ele aceitará vender corresponde ao montante de recursos já investidos, remunerado no padrão mínimo aceitável e compatível com os riscos do negócio, o seu Nível de Exposição nessa data.

O estudo sobre a análise do valor do direito de superfície (AKIYAMA, 2006, p. 63-84) mostra que o nível de investimentos e o nível de retornos são os vetores que provocam a flutuação do valor. As principais condições contratuais que influenciam o valor do direito de superfície são finalidade, prazo e valor da indenização no final da concessão. As variáveis que compõem custo de formatação, implantação e equação de fundos afetam o nível de investimentos e estão presentes no ciclo de implantação³⁶. Os resultados disponíveis obtidos pela exploração das atividades do empreendimento durante o ciclo operacional compõem os retornos do superficiário. Portanto, as variáveis que influenciam o nível de retornos estão presentes no ciclo operacional³⁷.

6. Diretriz para Construção dos Contratos de Concessão e Discussão sobre os Mecanismos de Proteção do Valor

O que caracteriza o valor do direito de superfície é a relação entre o proprietário fundeiro e o superficiário, estipulada em contrato, porque as condições contratuais impõem parte dos parâmetros capazes de influenciar o valor do direito de superfície. Portanto, a construção do contrato é fundamental para proteger seus investimentos. Em primeiro lugar, o valor da concessão deve ser aceito visando à atratividade do negócio. Em segundo lugar, o contrato deve conter mecanismos de proteção para salvaguardar o valor desse direito num patamar aceitável durante o prazo da concessão, providenciando medidas, sempre que possível, para eventuais ocorrências de deformações conjunturais e do mercado ou alterações de condições contratuais.

6.1. Estruturação de Contrato

Em princípio, a estrutura do contrato divide-se em três partes. A primeira parte destina-se à identificação das partes, tendo o proprietário do terreno como concedente e o superficiário como concessionário. A segunda parte trata dos objetos da concessão, tais como a descrição do terreno e a finalidade da concessão. A terceira parte dispõe sobre as condições gerais da concessão do direito de superfície. Vale salientar que o presente trabalho não tem por objetivo apresentar um modelo de contrato da concessão do direito de superfície. Tratam-se aqui, exclusivamente os aspectos que devem ser

³⁶ Os custos de formatação correspondem às despesas pré-operacionais, tais como planejamento, projeto, despesas legais. Os custos de implantação abrangem custos de edificações e equipamentos, despesas para propaganda, marketing, comercialização, gerenciamento de obras, entre outros. A inflação sobre o custo de implantação referente à moeda base também é uma variável que deve ser considerada. As variáveis no ambiente macro-econômico, tais como taxas de juros, afetam o custo financeiro. Para o superficiário comprador que adquiriu o direito de superfície existente, além do valor pago para o superficiário vendedor, os custos da aquisição tais como as despesas legais e comerciais e o valor pago para o proprietário fundeiro compõem seus investimentos. O aumento desses custos de formatação e implantação provoca o aumento do nível de investimentos. Entretanto, o nível de investimentos depende de configuração da equação de fundos do negócio. Pode-se reduzir o nível de investimentos quando o superficiário utiliza recursos de terceiros para a sustentação de uma parte de seu custo de produção, seja com um financiamento de produção, seja com uma captação de recursos do mercado. A programação de produção, propaganda e comercialização durante o ciclo de implantação também pode alterar a configuração da equação de fundos.

³⁷ As variáveis que influenciam o nível do resultado operacional disponível de empreendimentos são: receitas, custos operacionais e administrativos e necessidade de recolhimento de recursos para a atualização do empreendimento. As variáveis que influenciam as receitas referem-se às variáveis conjunturais e de inserção de mercado, mas são divergentes conforme a tipologia de empreendimento. Por exemplo, as variáveis de empreendimentos que geram receitas por aluguéis tais como edifícios de escritórios para locação ou galpão industriais são: nível de aluguéis da região, taxa de ocupação, valor do condomínio, tributos e encargos, entre outros. No caso de shopping center, a área de influência, a população atual e sua projeção na área, seu estrato de renda, o número de público alvo, seu comportamento de consumo, o nível de inserção no mercado são as principais variáveis para arbitrar o potencial de vendas do shopping center. A receita do empreendimento, gerada por aluguéis pagos pelos lojistas do shopping center, varia conforme a flutuação de venda. Desta forma, as variáveis que afetam as receitas são abrangentes e o grau da inserção no segmento do mercado.

considerados na construção de contrato para proteger o valor do direito de superfície concedido no contrato.

Na estruturação de um contrato da concessão do direito de superfície, em primeiro lugar, é essencial esclarecer no contrato da concessão em qual das leis o direito de superfície concedido baseia-se, pois existem pontos controvertidos entre o NCC e o EC.

Também, alguns aspectos jurídicos que não são claros pelos dispositivos tanto do EC quanto do NCC, apontados neste trabalho no item 2, podem causar conflito entre as partes no futuro. Devido à pouca prática do direito em questão, também não há jurisprudência estabelecida sobre ele. Portanto, é necessário tomar algumas providências na estruturação do contrato.

Dentre eles, o aspecto mais controverso que se reflete na relação jurídica e no valor é a admissão das construções pré-existentes no terreno-objeto da concessão, caso o direito de superfície baseia-se no EC. Ao admiti-las, os empreendimentos baseados nesse direito terão outras características legais e financeiras. o ponto de vista de estrutura legal, a propriedade das construções pertence ao fundeiro. O superficiário terá somente o domínio útil do terreno e das construções durante o prazo da concessão³⁸.

Os principais parâmetros contratuais capazes de influenciar o valor do direito de superfície são: finalidade, prazo e valor da indenização no final da concessão.

Quando a concessão for destinada a uma determinada finalidade que é explícita no contrato, ou quando incorporadas ao contrato a obrigação do superficiário em executar um determinado projeto de construção, bem como a restrição sobre a execução de reforma das construções, podem representar limitações significativas à flexibilidade do negócio para o superficiário. Portanto, como medida de proteção para o superficiário, recomenda-se inserir uma cláusula para eventuais necessidades, onde o superficiário guarda o direito de renegociação sobre essas restrições. Contudo, a questão mais importante nesse aspecto é a eficácia do instrumento contratual na preservação do valor do direito de superfície. Para isso, o superficiário deve formatar um empreendimento consistente antes de se fechar um contrato.

No que diz respeito à indenização no final da concessão, sua natureza jurídica é considerada como sendo a contrapartida pelo repasse das construções incorporadas pelo superficiário. Conseqüentemente, o valor da indenização no final da concessão (**INDf**) deve corresponder a esse valor nessa data. Porém, não há como fixar o **INDf** no contrato: o estado das construções entregues influencia seus valores, e antes de tudo, as construções nem existiam no momento do ato. Mesmo que se incorpore o estado das construções que devem ser entregues e também um critério de cálculo ao contrato, não há critério pertinente para calcular esse valor a partir da definição de fração de contribuição das construções para geração de renda do empreendimento. Do ponto de vista econômico do superficiário, a indenização se constitui em uma parte de retornos esperados para o superficiário, como sendo o complemento de retornos. Nesse caso, o **INDf** é calculado a partir do alcance realizado do negócio através do **RODi**. Contudo, seria difícil o proprietário fundeiro aceitar este critério econômico de cálculo do **INDf**, pois sua aceitação significa o compartilhamento dos riscos do negócio do superficiário. Do ponto de vista do objetivo do direito de superfície, o pagamento da indenização no final da concessão pode ser um fator desestimulante de concessão de superfície, pois o pagamento deste desfaz a vantagem econômica da parte do proprietário fundeiro que permite ao proprietário fundeiro utilizar seu terreno sem necessidade de investir seus recursos. Ou, se o proprietário reservar uma parte do pagamento recebido do superficiário durante a concessão para pagar a indenização no final desta, na prática, o próprio superficiário está pagando a indenização, fazendo fundo de reserva na mão do proprietário fundeiro. Se for assim, não há sentido em receber a indenização no final da concessão, pois o superficiário estaria pagando um maior montante para o proprietário fundeiro durante a concessão, estendendo seu prazo de recuperação de capacidade de investimento. Assim sendo, a solução mais saudável seria estipular no contrato que, no final da concessão, o terreno seja devolvido na condição original ou seja, vazio. Se o proprietário fundeiro prefere a devolução do terreno com as construções, o superficiário pode negociar o valor das construções referindo-se o custo de demolição. Nesse caso, o valor das construções não se constitui a indenização; é um outro negócio entre as partes.

Dessa forma, para ambas as partes, o que seria mais coerente e correto é estipular o prazo da concessão, contemplando o ciclo de implantação e o ciclo operacional, visando a compatibilidade com o

³⁸ Conseqüentemente, a estrutura financeira se altera. A concessão do direito de superfície com construções pré-existentes implica em três estruturas financeiras possíveis; assim, o empreendimento poderá ter: (1) o ciclo de implantação a curto prazo e o ciclo operacional; (2) somente o ciclo operacional, com investimento no início do ciclo; (3) somente o ciclo operacional sem investimento. Vide AKIYAMA, 2006, p. 90-92.

alcance econômico pretendido do negócio. A extensão do ciclo operacional deve ser adequada na forma que o superficiário possa alcançar o resultado do negócio desejado, exclusivamente através da operação do empreendimento, sem a indenização no final da concessão.

Outrossim, não é recomendável a concessão do direito de superfície por tempo indeterminado, permitida pelo EC. É totalmente inviável o alcance do negócio do superficiário nessa condição no ato da concessão. Portanto, para que o superficiário possa salvaguardar seu alcance econômico, ele deve guardar o direito de receber a indenização no final da concessão, ou seja, na ocasião de rompimento da concessão. Porém, como discutido agora, não há como definir o valor no contrato, nem seria viável a aceitação da parte do proprietário fundeiro o critério de cálculo do *IND_f* no contrato. Dessa forma, do ponto de vista econômico para o superficiário, a concessão por tempo indeterminado inviabiliza seu negócio. Assim sendo, recomenda-se que a concessão seja por tempo determinado.

O valor da concessão do direito de superfície deve ser arbitrado seguindo o critério e a rotina propostos neste trabalho. O pagamento da concessão pode ser feito à vista ou em parcelas. Quando de em parcelas, seu valor seria aquele equivalente, economicamente, ao valor da concessão à vista. O risco de flutuação da receita pode ser dividido entre as partes quando for estipulado o pagamento da concessão vinculado com a receita do empreendimento.

6.2. Mecanismo de Proteção do Valor

No que se refere ao mecanismo de proteção do valor, propõe-se as seguintes medidas:

Quanto às condições contratuais, do ponto de vista do superficiário, o risco contratual está relacionado com a revisão unilateral do contrato por parte do proprietário fundeiro. Se isso ocorra, o superficiário pode perder o equilíbrio econômico-financeiro. Nessa situação, o superficiário deverá ter direito de resolver o contrato junto com o direito de receber a indenização. Deve haver explicitação a esse respeito no contrato. Também, caso houver transferência do direito de superfície ou do terreno fundeiro, para evitar quaisquer conflitos referentes às condições contratuais com o novo contratante, todas as condições do contrato da concessão do direito de superfície devem ser registradas em escritura pública.

Quanto às variáveis conjunturais³⁹, uma medida prática para o superficiário é determinar e incluir expressamente a base negocial do contrato, esclarecendo as fronteiras das condições conjunturais pressupostas, e reter um direito de renegociação no caso de acontecimento fora dessas fronteiras. Dessa forma, pode-se facilitar a renegociação, permitindo a mitigação de risco mais oportuna para que o superficiário possa manter o lastro do seu direito. Caso ocorra situação extraordinária que não tenha sido incluída na base negocial do contrato, o superficiário pode aplicar a teoria de imprevisão, pedindo a resolução do contrato, a modificação equitativa das condições do contrato ou a redução das prestações ou a alteração do modo de executá-la. O risco de flutuação da receita pode ser dividido entre as partes conforme a configuração da forma de pagamento da concessão. O superficiário deve assumir o risco do mercado integralmente quando o pagamento for à vista ou em parcelas de valor fixo. Ao contrário, quando for estipulado o pagamento da concessão vinculado com a receita do empreendimento, o proprietário fundeiro e o superficiário dividem o risco das eventuais distorções do mercado. Nesse caso, o valor da concessão não é fixo, pois estará sujeito ao desempenho do empreendimento.

Quanto às variáveis estruturais, basicamente, o superficiário pode corrigir distorções no seu curso e deve tomar riscos referentes a esse tipo de variáveis.

Quando ocorre a resolução do contrato acarretada por culpa do proprietário fundeiro, o superficiário terá direito de receber uma indenização. Pela resolução do contrato, o superficiário perde sua oportunidade de rendimento no empreendimento que está sendo implantado ou operado. Portanto, o valor da indenização corresponde ao valor da reposição de perda de oportunidade do superficiário. O critério de cálculo do valor de indenização na eventual ocasião de resolução do contrato também deve ser explicitado no contrato.

³⁹ As variáveis conjunturais e de mercado são aquelas de natureza exógena, geradas no macro-ambiente ou no mercado e devem ser identificadas através de uma análise da conjuntura econômica regional e local e da inserção no segmento do mercado. Essas variáveis são, por exemplo, inflação, taxa de atratividade setorial, juros, tamanho do mercado, taxa de absorção ou inserção do empreendimento no mercado, crescimento de população-alvo que sustenta o empreendimento, nível de receitas e suas projeções de evolução, taxa de ocupação, entre outros.

A última proposta para a introdução de mecanismo de proteção do valor do direito de superfície é a inserção de cláusula compromissória conforme disposta na Lei de Arbitragem⁴⁰. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. A decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal. Portanto, a solução de litígios poderá ser mais ágil, favorecendo aos interessados.

7. Considerações Finais

O presente trabalho foi desenvolvido com enfoque no ponto de vista do superficiário. O valor do direito de superfície pertence ao superficiário e as diretrizes propõem os mecanismos de proteção do valor desse direito. No entanto, os contratos da concessão do direito de superfície são contratos bilaterais, que criam obrigações e deveres para ambas as partes. Do ponto de vista do proprietário fundeiro, conceder o direito de superfície causa a imobilização da superfície do seu terreno por prazo da concessão e como contrapartida disso, recebe um certo valor do superficiário. Assim sendo, o proprietário toma risco do seu próprio negócio ao conceder o direito de superfície. Vale lembrar que, nos contratos bilaterais, as partes chegam ao acordo quando o contrato possui equilíbrio econômico-financeiro para ambas as partes. Dessa forma, um estudo sobre o direito de superfície do ponto de vista do proprietário fundeiro completaria a proposta desse trabalho.

O direito de superfície tem menos de 5 anos desde sua instituição no nosso país e sua utilização não está estabelecida no mercado do setor da construção civil ainda. Suas vantagens e desvantagens, legais e econômicas, tanto para o empreendedor quanto para o proprietário fundeiro foram pouco verificadas na prática até o momento. Não obstante, pela sua característica, é razoável se esperar o aumento de interesse em utilizar esse instrumento jurídico pelos juristas, urbanistas e empreendedores no setor da construção civil. Pode-se esperar a utilização do direito de superfície como uma alternativa aos instrumentos legais tradicionalmente utilizados, como a locação e o arrendamento mercantil, nos contratos do setor da construção civil do tipo *B.O.T. (Build, Operate and Transfer)*, *BTS (Build-to-Suit ou Built-to-Suit⁴¹)*, ou *back-leasing*. O direito de superfície pode ser submetido a processo de securitização, tanto para os Fundos de Investimento Imobiliários (FII)⁴² quanto para os Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRIs)⁴³. A possibilidade de securitização dos empreendimentos baseados no direito de superfície pode oferecer uma configuração financeira alternativa para empreendedores, que também incentiva a utilização desse direito.

Por fim, propõem-se os seguintes estudos que podem propiciar um avanço na utilização do direito de superfície no mercado brasileiro: [i] as análises específicas para diferentes tipologias de empreendimentos provavelmente conduzirão a especificidade nos contratos, com maior nível de detalhe do que o tratado neste estudo, [ii] os estudos de comparação da adoção do direito de superfície com outros instrumentos legais tradicionais como locação, [iii] o presente trabalho estudou a utilização do direito de superfície nos empreendimentos de base imobiliárias. Todavia, podem haver determinadas configurações em particular, onde o direito de superfície também caberia na legislação atual, [iv] uma análise sobre a expansão de utilização desse direito além da legislação atual também pode contribuir para desenhar outras expectativas de sua utilização, por exemplo, incorporações de empreendimentos habitacionais baseados no direito de superfície. Todos esses estudos serão mais completos se houver cruzamento de informações relativas à expectativa por parte do proprietário fundeiro.

A medida que ocorrer aumento de utilização do direito de superfície em nosso meio, poderão sugerir outros problemas que não foram apontados neste trabalho. Ao mesmo tempo, é de se esperar que surjam jurisprudências sobre os problemas ou pontos polêmicos tratados aqui. À vista disso, para aprimorar a utilização do direito em questão, o constante acompanhamento das notícias relativas ao direito de superfície é relevante a todos os envolvidos no assunto.

8. Bibliografia

⁴⁰ Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

⁴¹ Quanto à aplicação do direito de superfície nos contratos de *BTS*, isto depende da interpretação dos dispositivos das leis referentes à inclusão de construções pré-existentes na concessão. Vide item 6.1.

⁴² Os FII são criados pela Lei nº 8.668, de 25 de junho de 1993.

⁴³ Os CRIs são criados pela Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.

AKIYAMA, Yuko. **Valor do direito de superfície: orientação para construção dos contratos de concessão**. Dissertação (Mestrado) - Escola Politécnica, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, 109P.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Comentários: 4 Dos instrumentos da política urbana: Do Direito de Superfície. Art. 21 ao Art. 24. In: MEDAUAR, Odete., ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. (Coor.). **Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001 Comentários**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p.163-186.

AMATO, Fernando Bontorim. **Arbitragem de valor: uma rotina de análise para empreendimentos de base imobiliária**. 2001. 144p. Dissertação (Mestrado) - Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, 2001.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 14653-4: Avaliação de bens - Parte 4: Empreendimentos**. Rio de Janeiro, 2002.

BARBOSA, Diana Coelho. **Direito de superfície: à luz do Estatuto da Cidade**. Curitiba: Juruá. 2001. 171p.

BRASIL. 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jul. 2001. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10256.htm>. Acesso em: 19 set. 2003.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 set. 2003.

DI-PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito de Superfície. In: DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio (Coor.). **Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)**. São Paulo: Malheiros. 2002. p.171-190.

DERBLY, Rogério José Pereira. Direito de superfície. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2543>>. Acesso em: 16 set. 2004.

FERREIRA, Francisco. **La superficie delle piantagioni**. In: Scritti Giuridici, III. Milano: Giuffrè, 1954. p.170

FIGUEIRA JR, Joel Dias. Título IV Da Superfície. In: FIUZA, Ricardo. (Cor). **Novo Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva. 2002. p.1.210- 1.216.

MESSINEO, Francisco. **Manuale di Diritto Civile e Commerciale**. 9ª ed. Riv. E ag., Vol. Secondo, Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1965.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v.3: Direito das coisas. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. 496p.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Comentário ao Estatuto da Cidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TEIXEIRA, José Guilherme Braga. **O direito real de superfície**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 121p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **O direito de superfície no novo Código Civil**. São Paulo: 31 dez. 2002. Disponível em: <http://www.e-juridico.com.br/noticias/exibe_noticia.asp?grupo=5&codigo=10210>. Acesso em: 30 jun. 2004.