

AS CONSEQUÊNCIAS DA INOBSERVÂNCIA DO DIREITO DE PREFERÊNCIA ENTRE SUPERFICIÁRIO E PROPRIETÁRIO NO DIREITO REAL DE SUPERFÍCIE

Alexsandro Ladislau Bessow

Discente do Curso de Direito. Faculdade Dom Alberto.

Anna Lucia Noschang da Silva

Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (PPGD/UFSM); pesquisadora do Núcleo de Direito Constitucional (NDC) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Pós-graduada em Direito Processual Civil Latu Sensu pela Universidade Anhanguera – Uniderp; Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, Secção do Estado do Rio Grande do Sul sob o nº 88.781; Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA).

Resumo:

O presente artigo versa sobre instituto jurídico do Direito de Superfície, que após um período sem figurar nos diplomas legais, retorna ao ordenamento jurídico pátrio com o objetivo de fomentar e reger os direitos reais e resolúveis sob a propriedade alheia, estando devidamente postulado no Estatuto da Cidade e no Código Civil de 2002. O estudo se iniciará pela conceituação, evolução histórica e reingresso do direito de superfície às leis brasileiras, da mesma forma, fazendo uma análise do tema referente à prelação ou direito de preferência recíproca em caso de pretensão de venda pelo proprietário/concedente ou pelo superficiário, tendo como objetivo responder o seguinte questionamento: Quais as consequências jurídicas da inobservância do direito de preferência recíproco entre o superficiário e o proprietário do imóvel, uma vez que a Lei institui a regra da preferência, mas não esclarece como se procede em caso de desrespeito a norma? E por fim, analisará as consequências jurídicas advindas da referida inobservância da regra de preferência, demonstrando as formas de resolução sugeridas pelas correntes doutrinárias. Em relação ao método procedimental, o estudo valeu-se do método dedutivo e como técnica de pesquisa utilizou a pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Consequências. Direito de Superfície. Inobservância. Preempção.

Abstract:

Revista de Direito Faculdade Dom Alberto, 2019, v. 08, n. 01, p. 100-119.

This article deals with a legal institute of Surface Law, which after a period without appearing in the legal texts, returns to the legal order of the country with the purpose of promoting and regulating the real and resolvable rights under the property of others, being properly postulated in the Statute of the City and in the Civil Code of 2002. The study will begin with the conceptualization, historical evolution and re-entry of the surface right to the Brazilian laws, in the same way, making an analysis of the subject regarding the prelation or right of reciprocal preference in case of pretension of sale by the owner / grantor or by the landlord, with the purpose of answering the following question: What are the legal consequences of non-observance of the reciprocal preferential right between the landlord and the owner of the property, since the Law establishes the rule of preference but does not clarify how to proceed in case of breach of the rule? Finally, it will analyze the legal consequences arising from the above-mentioned non-observance of the rule of preference, demonstrating the forms of resolution suggested by doctrinal currents. Regarding the procedural method, the study was based on the deductive method and as a research technique used the bibliographic research.

Key words: Consequences. Surface Law. Non-observance. Pre-emption.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo o entendimento dos dispositivos legais pertinentes ao instituto do Direito de Superfície, mais precisamente no que se refere às consequências da não observância do direito de preferência recíproco, instituído em lei, onde uma das partes, seja ela o proprietário/concedente ou o superficiário, sempre terão a obrigação de respeitar em favor da outra parte, o dever de ofertar, em primeiro plano, aquilo que se pretende alienar ou ceder, conforme os preceitos legais contido no art. 22 do Estatuto da Cidade e no art. 1.373 do Código Civil de 2002.

A conceituação do tema do presente artigo será consolidada pela demonstração da evolução histórica do direito de superfície e seu reingresso ao ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando às negociações imobiliárias de caráter temporal, o enquadramento como um direito real e seus efeitos perante terceiros, diante da possibilidade de anotação nos Ofícios de Registro de Imóveis.

O tema central irá girar em torno das consequências da não observância do direito de prelação ou preferência que, uma vez constante no Estatuto da Cidade e no Código Civil, que tratam do tema, condicionam as parte envolvidas na transação, ao cumprimento recíproco dos preceitos legais inerentes a mútua preferência.

Uma vez entendido o instituto do direito de superfície e a norma obrigacional do direito de preferência recíproco, o estudo trará uma abordagem sobre o eventual descumprimento da norma que trata da questão preferencial que proprietário/concedente tem sobre o superficiário, e vice versa, sempre que um ou outro pretender alienar ou ceder o que lhe é de direito.

Diante da inobservância dos preceitos legais da preferência recíproca e na falta de legislação que resolva a questão, serão demonstrados os posicionamentos doutrinários a respeito do tema, de forma a nortear a implantação de procedimentos que resolverão as eventuais disputas. Neste sentido serão apresentadas três vertentes doutrinárias e seus posicionamentos, sempre levando em consideração o ditar da regra contida do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que preconiza a analogia com os costumes e os princípios gerais do direito, sempre que a lei for omissa.

Nos posicionamentos doutrinários serão destacados, inicialmente, um primeiro posicionamento, que defende a aplicação de reparação civil por meio de perdas e danos com base no art. 518 do Código Civil; depois, um segundo posicionamento, que defende a aplicação do prazo de trinta dias para o aviso da intenção de venda e do prazo de seis meses para o depósito em juízo e a consolidação da propriedade plena e, por fim, o posicionamento que defende a aplicação do preceituado no art. 504 do Código Civil, que entende que, mediante a alienação ou cessão sem comunicação prévia, será necessário apenas o depósito do valor pago pelo terceiro, no prazo de cento e oitenta dias, a contar da ciência da alienação, para que seja possível a anulação da transação feita de forma precária.

Por fim, no que tange aos métodos de pesquisa, o presente estudo se valeu do método dedutivo e como técnica de pesquisa utilizou-se a pesquisa bibliográfica.

2 A ORIGEM E O CONCEITO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE E SEU REINGRESSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Direito de Superfície consolidou-se ao longo dos anos como uma alternativa legal e capaz de atender às novas práticas comerciais envolvendo os imóveis, seus proprietários e aqueles que pretendiam somente construir ou plantar sobre o bem, tendo como único objetivo, a exploração comercial destes implantados por um período de tempo, sem a pretensão de ser o dono do imóvel. Diante da contribuição dada ao ordenamento jurídico brasileiro, o instituto do direito de superfície é merecedor de um estudo mais aprofundado a fim de se buscar uma maior compreensão de seus postulados.

A História possui forte ligação com o Direito, logo, não haveria de ser diferente com o Direito de Superfície, que teve sua primeira fase no direito romano, onde vigorava o princípio de que o solo e a superfície faziam parte da mesma coisa, levando a se formar a expressão *superficies solo cedit*, que significa, a superfície segue o solo. Havia o entendimento de que a superfície era parte integrante do solo e quem deste fosse dono, também o seria de tudo que se erguesse sobre ele, e não sendo possível a transferência de um sem o outro (RIZZARDO, 2004, p.861).

Já no curso do Século II depois de Cristo, passou-se a admitir que particulares utilizassem o solo alheio para constituição de moradias na superfície (superfícieários), assim como a utilização para plantações, merecendo inclusive a proteção do Pretor – título concedido pelo governo da Roma Antiga a homens que atuavam com comandante de um exército ou magistrado – que concedia ao superfícieário, sempre que ofendido em sua posse, um interdito de afastamento da perturbação, vindo mais tarde, já no período pós-clássico, o Direito de Superfície a tornar-se um preceito (RIZZARDO, 2004, p.861).

O Direito de Superfície inicia seu processo de perda de características de um simples direito pessoal obrigacional, passando a ter uma proteção real, pois diante da importância do arrendamento, que vinha sendo auferido através da *locatio*, por conta de sua longa duração, cria em favor do superfícieário, um *interdictum de superficiebus*, que reside no fato de proteger alguém que tenha o gozo e a fruição de uma superfície conforme os termos estabelecidos num contrato que era chamado de “contrato de constituição do desfrute da superfície em imóvel alheio” (LIMA, 2005, p. 23).

A natureza do Direito de Superfície tinha como objetivo permitir o plantio em terras públicas e se tornar uma prática do direito privado no formato de uma locação do solo em caráter mais amplo, pois a vontade do construtor era ser proprietário da construção, mas encontrava resistência no conceito do *superficies solo cedit*. Neste momento, eis que surge o

Pretor, como organizador da relação, vindo a conceder o interdito, possuindo, a partir de então o aspecto de Direito Real (BENASSE, 2002, p.23).

Na criação do Código Civil Francês e no Código Civil Português, o instituto do Direito de Superfície foi deixado de lado, pois se entendia que era uma forma de manutenção da propriedade feudal e que mantinha os privilégios da Nobreza. Porém, pouco a pouco, já na época moderna, o direito de superfície ganha consistência e espaço em várias legislações, principalmente como instrumento de política urbanística, onde o proprietário do solo, também chamado de fundeiro, mantém a substância da coisa, pertencendo-lhe, além do imóvel, a expectativa de receber o implante no futuro, e ao superficiário, pertencia o direito de construir ou plantar sobre este imóvel durante o período que durasse tal negociação. (VENOSA, 2008, p. 418)

Já no ordenamento jurídico brasileiro, após a independência do Brasil, esse manteve-se fiel a legislação Portuguesa até 1864. Durante este período, o Direito de Superfície não fora sequer mencionado nos postulados legais, sendo apenas tratado no Código Civil de 1867, onde era denominada acessão imobiliária, sendo mais tarde, no Código Civil de 1916, totalmente banido do ordenamento jurídico, ficando por longo período em desuso (REZENDE, 2010, p. 30-32).

Assim, o Direito de Superfície figurou apenas nos anteprojetos do atual Código Civil, que teve início em 1963, por iniciativa de Orlando Gomes, onde não se manteve quando convolado em projeto de lei. Veio a ser novamente reintroduzido no projeto de 1972, elaborado por Miguel Reale, que o inseriu como um dos diversos institutos que auxiliavam no cumprimento da função social da propriedade (REZENDE, 2010, p. 30-32).

O direito de superfície fora um instituto que o sistema jurídico retirou das cinzas do passado para disciplinar as relações jurídicas impostas por novas práticas comerciais, com as cessões de uso do proprietário/concedente ao superficiário, por tempo determinado ou indeterminado, de forma gratuita ou onerosa, o direito de construir ou plantar em seu terreno urbano ou área rural, respectivamente, ou seja, “trata-se, como menciona a lei, de uma concessão que o proprietário faz a outrem, para que se utilize de sua propriedade, tanto para construir como plantar”. (VENOSA, 2008, p. 424)

Antes da entrada em vigência do Código Civil de 2002, os dispositivos legais equiparados ao direito de superfície estavam contidos no art. 7º do Decreto Lei nº 271/67 que disciplinava a concessão de uso de terrenos públicos e particulares, seja na forma onerosa ou

gratuita onde poderiam se atribuir um prazo certo ou indeterminado e na forma de direito resolúvel. Poderiam ser aplicados para fins de urbanização, industrialização, edificação, cultivo de terra ou outra forma utilização que fosse de interesse social, tratando-se de um direito de uso muito semelhante ao Direito de Superfície. Podendo ser contratado por concessão mediante termo administrativo ou por contrato particular ou público, sendo inclusive, permitido a concessão do espaço aéreo. (DINIZ, 2010, p. 471- 472)

No Brasil, o Direito de Superfície está contemplado em duas legislações relacionadas ao setor urbanístico e voltados ao desenvolvimento urbano e rural, quais sejam, o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) o Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002, artigos 1.369 a 1.377). Apesar da aparente prevalência de uma norma sobre a outra, face a redação do artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹, há uma harmonização entre as duas normas, pois fica claro que, enquanto o Estatuto da Cidade é utilizado para regular as políticas urbanas envolvendo o particular e o poder público, o Código Civil é utilizado quando se tratar de imóvel urbano e rural ou quando ambos contratantes forem particulares.

Neste sentido corrobora com tal entendimento o pensar de Marcus Vinícius dos Santos Andrade, que entende que o Código Civil não revoga o Estatuto da Cidade, e defende em três pontos a manutenção de ambos os postulados.

[...] primeira possibilidade, eis que o art. 2.045, do Código Civil, explicitamente, declara revogadas a Lei 3.071, de 01.01.1916 – Código Civil – e a parte primeira do Código Comercial, Lei 556, de 25.06.1850, menção alguma fazendo à Lei 10.257/01. O segundo traço, que seria a incompatibilidade da lei posterior com a anterior, igualmente, não se verifica. Ao Contrário, os assuntos se ajustam, versando, praticamente, os mesmos conteúdos. O terceiro tópico, é aquele que, em princípio, pode operacionalizar a existência da norma de revogação, visto que a lei posterior regula, inteiramente, a matéria de que tratava a anterior. (ANDRADE, 2009, p. 81)

Todas as ponderações remetem ao convencimento de que as duas leis, mesmo com suas peculiaridades e diversidades, complementam-se de forma subsidiária, frente aos diversos casos possíveis sem exclusão de uma ou de outra (ANDRADE, 2009, p. 82).

¹Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

Uma vez elucidada o aparente conflito de normas, segue a demonstração dos postulados do Direito de Superfície constantes nos diplomas mencionados, iniciando-se pelo Estatuto da cidade, art. 21, §1º e §2º, que prevê que um proprietário urbano poderá conceder a outrem (superficiário), por meio de Escritura Pública devidamente registrada no Cartório Imobiliário do local do imóvel, o Direito de Superfície de forma onerosa ou gratuita, o seu terreno urbano, por tempo determinado ou indeterminado, podendo abranger o subsolo e o espaço aéreo relativo ao terreno. (LIMA, 2005, p. 216)

O Estatuto da Cidade preceitua em seu art. 22³, que, em caso de alienação do terreno ou do Direito de Superfície, seja respeitada a reciprocidade da preferência entre concedente e superficiário em igualdade de condições em relação a eventuais ofertas de terceiros. Já no que concerne a extinção do Direito de Superfície pelo cumprimento do prazo ou pelo descumprimento contratual por parte do superficiário, o proprietário irá recuperar o domínio do seu bem imóvel, composto por todas as eventuais benfeitorias introduzidas ao imóvel, assim como, também poderá ser extinto em caso de destinação diversa a que fora acordada, devendo tal extinção ser averbada no Cartório de Registro de Imóveis, conforme prescrito nos art. 23 e art. 24, § 1º e 2º⁴ do Estatuto das Cidades. (ANDRADE, 2009, P.79)

O Código Civil de 2002 institui o Direito de Superfície como um Direito Real autônomo e distinto da propriedade, sendo possível a construção ou a plantação em terreno alheio e por prazo determinado, jamais perpétuo, nas formas gratuita e onerosa, podendo utilizar o solo, porém desautorizado a usar e explorar o subsolo, salvo quando for à essência da concessão, sendo o superficiário obrigado a arcar com o pagamento dos tributos e encargos que incidirem sobre o imóvel. (NERY JUNIOR; NERY, 2013, p.1258).

² 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

³ 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.

⁴ 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. (BRASIL, 2001)

Poderá ocorrer a transmissão a terceiros, e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros legítimos e testamentários, sendo vedado estipular, ao concedente, a qualquer título, pagamento pela transferência. Assim como, em caso de alienação do solo ou do direito de superfície, tanto concedente quanto superficiário, poderão exercer a preferência em igualdade de condições perante terceiros conforme constante nos artigos 1.369 a 1.373⁵ do Código Civil de 2002. (ANDRADE, 2009, P.80)

A resolução do direito de superfície poderá ocorrer se o superficiário não der ao terreno a destinação a que o instituto foi concedido, sendo que neste caso o proprietário voltará a ter a propriedade plena do imóvel, juntamente com todas as eventuais benfeitorias. Quando se tratar de desapropriação, a indenização deverá levar em conta o valor das benfeitorias e do terreno, na medida em que cada um ficou privado do seu direito, cabendo ao poder Público indenizar os dois titulares na proporção das restrições impostas, conforme confortado no Código Civil de 2002 nos Art. 1.374, 1.375 e 1.376⁶. (NERY JUNIOR; NERY, 2013, p.1260).

Observa-se que, tanto no Estatuto da Cidade quanto no Código Civil, existe a possibilidade de alienação do terreno por parte do proprietário/concedente e do Direito Real de Superfície por parte do superficiário, devendo ser oportunizado à ambas as partes, o direito de aquisição daquilo que não lhe pertence, tornando-se possível a constituição da propriedade

⁵ 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. (BRASIL, 2002)

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. (BRASIL, 2002)

⁶ 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. (BRASIL, 2002)

plena, evitando assim, o ingresso de um terceiro estranho à relação comercial já instituída. Tal dispositivo legal, trata-se de o instituto da preferência conforme se conceitua a seguir.

3 CONCEITO E APLICABILIDADE DO DIREITO DE PREFERÊNCIA OU DE PREEMPÇÃO

O legislador introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, regras de proteção referente à preferência, prelação ou preempção, nos contratos decorrentes das transações imobiliárias nas mais diversas modalidades, como por exemplo, compra e venda, locação, arrendamentos, comodatos e também, Direito Real de Superfície.

O Direito de Preferência nasce pela vontade unilateral ou pela imposição de texto legal, e impõe a uma das partes, não o dever de vender, mas sim de oferecer a outra parte, o que se pretende vender. Ou seja, é a impossibilidade do vendedor de ofertar o que quer a quem quer, pelo preço que quiser, sem antes colocar em posição privilegiada, jurídica e contratualmente definida, a frente a qualquer outro, o sujeito a quem fora dado a preferência, como nas palavras de Pontes de Miranda, “direito de preferência é o direito que alguém tem de preferir a outrem. Quem opta não prefere. Não há outra pessoa com que se enfrente, como mesmo intuito, e a que ela fira antes (pré-fira)” (MIRANDA, 1998, p. 324).

A preempção nos negócios jurídicos é a outorga de direitos de preferência, que é dado ao outorgado o direito de, se o outorgante alienar o bem a um terceiro, substituir-se a este em igualdade de condições em que este adquiriria o bem. Normalmente utilizado nos contratos de locação, onde o locatário assume a condição de adquirente caso o proprietário aliene o bem a um terceiro estranho a transação original. Trata-se de um direito legal de preempção, também utilizado nos casos em que a divisão do bem, tornaria seu uso impróprio, como nos condomínios pro-indivisos (MIRANDA, 2005, p. 275).

O direito de preempção ou preferência se estabelece por convenção entre as partes e pela forma legal obrigatória. A primeira é um pacto firmado livremente entre os sujeitos da transação, onde o comprador de uma determinada coisa móvel ou imóvel se submete a obrigatoriedade de ofertar ao vendedor, em caso de pretender vendê-la ou dá-la em pagamento, oportunizando ao antigo proprietário, a compra da coisa em igualdade de condições frente a propostas de terceiros. Desta forma o vendedor fará constar em contrato, mediante a concordância do comprador, que este dará a preferência ao primeiro, em caso de

pretender vender o bem, conforme prevista no art. 513 do Código Civil e pode ser encontrado nos contratos de compra e venda. E a segunda, trata-se da preferência por imposição de lei, conforme previsto no art. 27 da Lei 8.245/91⁷, onde o locatário terá direito de preferência caso o Locador/Proprietário intencione vender o imóvel objeto da locação (GONÇALVES, 2010, p, 256).

De acordo com o direito de preferência, o comprador quando for vender o bem adquirido, terá a obrigação de ofertar ao vendedor primitivo, para que este faça uso da preferência caso tenha a intenção na aquisição, pelo mesmo valor que seria posto a venda a um terceiro. Neste sentido é de primordial importância que o proprietário atual informe ao antigo proprietário de forma eficaz, para que este possa fazer jus ao seu direito de preferência, que é por sua vez um direito personalíssimo e intransferível, pelo prazo de cento e oitenta dias se o bem for móvel ou pelo prazo de dois anos se o bem for imóvel, conforme previsão legal expressa no art. 513 e Parágrafo Único do Código Civil de 2002⁸. O que é pactuado é a obrigação do comprador de dar ciência ao vendedor da sua intenção de venda, não sendo, em hipótese alguma, uma obrigação de vender o bem caso não intencione, neste sentido esclarece Silvio Salvo Venosa.

[...] O preferente não tem no negócio outro direito senão o de recomprar a coisa. Compra novamente se o desejar. É direito; não obrigação. Entretanto, o comprador não está obrigado a vender. Se o fizer, deve afrontar o vendedor primitivo. Para que esse direito se torne exercitável, é absolutamente indispensável que o comprador tenha decidido revender ou dar em pagamento o objeto da compra e venda primitiva. (VENOSA, 2010, p. 63)

Outro dispositivo legal previsto é o art. 27 da Lei 8.245/91, que introduz o direito de preferência na forma de imposição de lei e trata sobre a preferência legal que o Locatário, residencial ou comercial, tem no caso do imóvel, objeto da locação vir a ser pretendido

⁷ Art. 27. No caso de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de direitos ou dação em pagamento, o locatário tem preferência para adquirir o imóvel locado, em igualdade de condições com terceiros, devendo o locador dar - lhe conhecimento do negócio mediante notificação judicial, extrajudicial ou outro meio de ciência inequívoca.

Parágrafo único. A comunicação deverá conter todas as condições do negócio e, em especial, o preço, a forma de pagamento, a existência de ônus reais, bem como o local e horário em que pode ser examinada a documentação pertinente.

⁸ Art. 513. A preempção, ou preferência, impõe ao comprador a obrigação de oferecer ao vendedor a coisa que aquele vai vender, ou dar em pagamento, para que este use de seu direito de prelação na compra, tanto por tanto. Parágrafo único. O prazo para exercer o direito de preferência não poderá exceder a cento e oitenta dias, se a coisa for móvel, ou a dois anos, se imóvel.

vender. Esta preferência dada ao Inquilino, prima pela redução dos riscos de uma simulação de venda que possa romper com a locação, como também tem por objetivo, facilitar a permanência do inquilino no imóvel. (VENOSA, 2010, p. 67)

Há também uma forma de preempção ou preferência no Direito Real de Superfície, onde é estabelecido, de forma recíproca, que o proprietário do imóvel possui a preferência caso o superficiário venha alienar o direito de superfície, assim como também se estabelece que, no caso contrário, o proprietário objetive alienar o bem. Conforme prevê o art. 1.373 do Código Civil de 2002, em caso de alienação do terreno ou do direito de superfície, tanto o superficiário quanto o proprietário, terão direito a de preferência. No mesmo sentido prescreve o art. 22 do Estatuto da Cidade, onde prevê que, em caso de venda do terreno ou do Direito da Superfície, existirá a preferência do superficiário e do proprietário, respectivamente (RESENDE, 2010, p. 101).

O direito de preferência ou prelação recíproca previsto no Direito de Superfície em seus dois diplomas legais – o Estatuto da Cidade e o Código Civil – tratam do tema de maneira que se possibilita a alienação tanto do terreno quanto daquilo que se construiu sobre este, não necessitando de autorização de um ou de outro para que a venda se proceda, sendo obrigatório, em razão dos dispositivos legais, um oferecer ao outro quando houver a intenção de venda, seja do terreno pelo proprietário/concedente, seja do implante por parte do superficiário, conforme prescreve Frederico Henrique Viegas de Lima:

Caso exista a alienação, tanto da superfície, como da propriedade do solo, o superficiário e o concedente não tem que pedir autorização um ao outro para realizar a alienação, senão que esta deve ser precedida do oferecimento a ambas as partes, que têm direito de preempção de direito civil, conhecida de aquisição preferente, contido no artigo 22 do Estatuto da Cidade. Por esta prescrição, as partes devem exercer seu direito de prelação. (LIMA, 2005, p. 218).

Os dispositivos legais que tratam do direito de preferência recíproco no campo do Direito de Superfície e que se encontram anotados no Estatuto da Cidade e no Código Civil, buscam privilegiar os sujeitos originais da transação frente ao risco das indesejadas alienações. Muito embora não exista previsão legal aos eventuais descumprimentos da regra de preferência, os doutrinadores buscam atenuar este impacto de forma análoga a outros dispositivos legais aplicáveis a casos de descumprimento do exercício de preferência.

4 CONSEQUÊNCIAS DA INOBSERVÂNCIA DO DIREITO DE PREFERÊNCIA NO DIREITO DE SUPERFÍCIE

No Direito de Superfície, a leitura fria da lei não é suficiente para o entendimento dos dispositivos legais e suas aplicabilidades no campo da inobservância da preferência recíproca em caso de pretensão de venda. Por esta razão, faz-se necessário subsidiar a legislação referente ao tema, com posicionamentos doutrinários que indicam a melhor forma do cumprimento da regra e das formas utilizadas para a solução dos problemas ocasionados pelo não cumprimento da Lei.

A legislação brasileira possui uma sistemática de resolução de questões não precisamente expressas em lei, buscando solucionar as controvérsias pelo viés da aplicação da analogia com outros regramentos específicos, pela utilização dos costumes, pela aplicação dos princípios gerais do direito. A legitimidade para a utilização de qualquer uma das possibilidades está legalmente esculpida no art. 4º da Lei nº 4.657/194⁹, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942).

Dentro da temática do Direito Real de Superfície em relação ao direito de preferência, conforme já foi dito, encontra-se tanto no art. 22 do Estatuto da Cidade, como no art. 1.373 do Código Civil de 2002, e prevê que, se o proprietário desejar alienar o bem, deverá dar preferência ao superficiário e quando este pretender ceder os direitos reais que possui, deverá ofertar primeiro ao proprietário.

Porém, em não havendo o cumprimento da preferência recíproca, surgem correntes doutrinárias que indicam a analogia das leis como forma de compensar e solucionar os impactos causados pela inobservância do dispositivo legal, indicando 3 (três) formas de resolução da questão.

A primeira corrente defende a aplicação do instituto da reparação civil composta por perdas e danos (art. 518 do CC), o segundo entendimento é no sentido de que a solução é a utilização da regra de preferência contida na Lei do Inquilinato (art. 33 da lei 8.245/91), enquanto a terceira corrente defende a aplicação subsidiária da regra de preferência utilizada nos condomínios indivisíveis (art. 504 do Código Civil) (TARTUCE, 2014, p. 341).

⁹ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

A corrente doutrinária defensora da aplicação do art. 518 do Código Civil, entende pela aplicação das mesmas regras da Preempção Convencional, por contrato. Essa corrente, que defende aplicação de perdas e danos, firma posicionamento no sentido de endossar o instituto da preempção ou preferência. Assim, a lei demonstra tendência que, ocorrendo a extinção do direito real sobre coisa alheia por venda ou seção de direitos, consolide-se a plenitude da propriedade em uma só pessoa.

Nesse sentido, obter-se-á a preferência do superficiário e do proprietário concedente em igualdade de condições contra terceiros, tendo por finalidade a consolidação da propriedade em um único titular. Mesmo não estando disciplinada a forma como será dada a ciência da preferência recíproca, esta deverá chegar ao conhecimento do proprietário e do superficiário, para que possam exercer a preferência tanto por tanto, sendo que, em caso de não cumprimento da notificação, Venosa prescreve a aplicação do disposto no art. 518¹⁰ do Código Civil, com a forma de resolução.

Quando não for concedido esse direito de preferência, responderá aquele que deixou de concedê-la por perdas e danos, respondendo também, solidariamente o adquirente, se tiver agido de má-fé (art. 518). Não existe a possibilidade de o preterido na preempção depositar o preço e haver para si a coisa, como autoriza a lei do inquilinato. Não existe na lei nada que autorize a conclusão que o direito de preferência na superfície seja de natureza real. (VENOSA, 2008, p. 424)

A norma do Direito de Superfície admite, a qualquer uma das partes, proprietário e superficiário, o exercício do direito de preferência, evitando o desmembramento do Direito Real de Superfície e da propriedade do imóvel. Muito embora se saiba que é possível a renúncia espontânea do direito de preferência em sede de contratação. Entretanto, quando nada se dispuser acerca do tema e a preferência não for respeitada, a consequência desta omissão gera dúvidas quanto a compensação ou a exigência do cumprimento da preferência (GAGLIANO, 2004, p. 39).

A norma é silenciosa quanto aos efeitos do descumprimento do direito de preferência recíproco contido no art. 1.373 do Código Civil, tampouco prevê uma simples resolução sem antes analisar a eficácia real do descumprimento, pois, com base no princípio da legalidade, deveria constar expressamente no texto legal a obrigação do oferecimento, tanto da propriedade quanto do direito de superfície, não podendo ser presumida. Diante da falta de

¹⁰ Art. 518. Responderá por perdas e danos o comprador, se alienar a coisa sem ter dado ao vendedor ciência do preço e das vantagens que por ela lhe oferecem. Responderá solidariamente o adquirente, se tiver procedido de má-fé.

resposta Pablo Stolze Gagliano, defende a aplicação do art. 518 do CC, entendendo que, “o descumprimento do direito de preferência repercute apenas na esfera obrigacional dos envolvidos, impondo ao infrator o dever de pagar perdas e danos, pelas vias ordinárias” (GAGLIANO, 2004, p. 42).

A segunda corrente doutrinária defende seu pensar através de outro posicionamento, qual seja, a aplicação do art. 33 da Lei do Inquilinato. No Direito de Superfície, existe a possibilidade de ambos os sujeitos da transação, proprietário e superficiário, exercer o direito de preferência na aquisição, seja do Direito de Superfície por parte de proprietário, seja pela propriedade por parte do superficiário, ou seja, ambos poderão haver aquilo que não lhe pertence, de modo a consolidar a propriedade plena, evitando o ingresso de um terceiro estranho na relação comercial.

No entanto, o Código Civil de 2002, conforme dito, não estabelece uma forma de solucionar um eventual descumprimento ou a forma exata de aplicação de um prazo para o exercício da preferência. Neste pensar, Luciano Camargo Penteadado, direciona seu olhar para a previsão legal contida no art. 33¹¹ Lei do Inquilinato.

[...] deve-se entender que é o mesmo da compra e venda de imóveis, com pacto de preempção, qual seja, de sessenta dias, havendo notificação prévia para o exercício do direito potestativo (CC 516), ou não havendo notificação, em analogia com a LI 33, de seis meses do registro da alienação. (PENTEADO, 2012, p.491)

Ou seja, ocorrendo a alienação do imóvel e a cessão do Direito de Superfície, tanto ao proprietário quanto ao superficiário, terão o direito aquisição, face ao direito de preferência recíproco, devendo, aquele que preterir o direito de preferência do outro, indenizar a outra parte por perdas e danos e, além disso, o preterido poderá depositar em juízo o valor pago pelo terceiro (DINIZ, 2008, p. 464).

Esta corrente ganha força e indícios de majoritária quando, na V Jornada de Direito Civil, iniciada em novembro de 2011, no Centro de Estudos Judiciários do Conselho Federal de Justiça (CFJ), sob a coordenação do Ministro Rui Rosado de Aguiar Júnior, aprova o Enunciado 510 com a seguinte dizer:

¹¹ Art. 33. O locatário preterido no seu direito de preferência poderá reclamar do alienante as perdas e danos ou, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado, se o requerer no prazo de seis meses, a contar do registro do ato no cartório de imóveis, desde que o contrato de locação esteja averbado pelo menos trinta dias antes da alienação junto à matrícula do imóvel.

Ao superficiário que não foi previamente notificado pelo proprietário para exercer o direito de preferência previsto no art. 1.373 do CC é assegurado o direito de, no prazo de seis meses, contado do registro da alienação, adjudicar para si o bem mediante depósito do preço. (V JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2012, p. 72)

A terceira corrente doutrinária, por fim, defende a aplicação das regras da Preempção Legal do Condomínio (art.504 do Código Civil¹²), caso em que caberia a adjudicação da coisa. Essa corrente expõe seu entendimento afirmando que, havendo a pretensão de venda do imóvel, será o superficiário o detentor da preferência, e, em caso haja interesse na cessão da superfície, será o proprietário do imóvel o preferente na aquisição. Fica claro que a pretensão da regra da preferência recíproca é consolidar o domínio nas mãos de um ou de outro, evitando a interferência de um estranho. Para tanto, é obviamente necessário que os preferentes tenham condições de efetivar esta aquisição (VIANA, 2003, P.554).

Além do mais, aquele que pretende vender, deverá efetuar um comunicado eficaz por via judicial ou extrajudicial por prazo não inferior a trinta dias, para que a outra parte tenha conhecimento da sua pretensão. Caso não seja dada a ciência da vontade de alienação, aplica-se, por analogia, a regra do art. 504 do Código Civil, podendo, a parte não comunicada, depositar o preço e haver o direito para si, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias (VIANA, 2003, P.554).

As regras pertinentes a alienação do imóvel ou da seção do Direito Real de Superfície entre proprietário e superficiário, trata-se de prelação legal dupla, atingindo a ambos quanto a obrigatoriedade do respeito à norma contida no art. 1.373 do Código Civil e no art. 22 do Estatuto da Cidade. Face a inexistência de um dispositivo que regule o desrespeito a norma, deveria ser aplicado, por analogia, o art. 504 do Código Civil, pela proximidade entre os institutos, sendo atribuído o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da ciência da alienação realizada a um terceiro (LIRA; AZEVEDO; MELO, 2004, p. 597.).

A anotação constante no art. 1.373 do Código Civil e no art. 22 do Estatuto da Cidade, fixa uma regra para a alienação dos respectivos direitos reais, onde uma parte terá o direito de fazer a aquisição do direito da contraparte. Porém, em havendo o desrespeito a esta norma, a

¹² Art. 504. Não pode um condômino em coisa indivisível vendera sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência. Parágrafo único. Sendo muitos os condôminos, preferirá o que tiver benfeitorias de maior valor e, na falta de benfeitorias, o de quinhão maior. Se as partes forem iguais, haverão a parte vendida os comproprietários, que a quiserem, depositando previamente o preço.

inexistência de delineamento procedimental causa embaraços e interpretações distintas quanto a forma a ser aplicada.

Em razão da natureza real do direito de superfície, cumulada a sua grande intimidade com o direito de propriedade, a opção pelo art. 504 do Código Civil, apresenta-se como a mais adequada, não só pela análise técnica do caso, mas pela maior proteção dada aos pactuantes da concessão superficiária ou da alienação do imóvel (MAZZEI, 2007, p. 175 - 178).

Diante dos posicionamentos doutrinários acima elencados, é possível vislumbrar alternativas coerentes para a resolução das controvérsias ocasionadas pelo vácuo da lei. Assim como é plausível crer que, como passar do tempo haverão decisões a nível jurisprudencial ou até mesmo uma adequação aos preceitos legais especificamente pertinentes ao tema, que aclararão e compensarão as eventuais demandas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste trabalho, foi possível a constatação da importância do renascimento do instituto do Direito de Superfície e sua reinserção no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a sua aplicabilidade no campo das negociações envolvendo bens imóveis. Além de se somar a outros institutos que regem as práticas transacionais na esfera imobiliária, como a locação, relações condominiais e a compra e venda, também contribuem, mesmo que singelamente, para o cumprimento da função social da propriedade.

O Direito de Superfície é o mais amplo dos Direitos Reais de Gozo ou Fruição porque o Superficiário tem direitos que nenhuma outra parte tem, a exemplo do direito de preferência. Assim, o artigo 1.373 estabelece o direito de preferência (preempção ou prelação legal) recíproco entre Proprietário-Fundieiro e Superficiário. A lei reconhece o direito de preferência, mas o problema é que não prevê qual é a consequência se esse direito for preterido.

Dessa forma, as posições doutrinárias construídas a partir do conflito ocasionado pela imprevisibilidade legal em caso de desrespeito à norma contida no art. 22 do Estatuto da Cidade e no art. 1.373 do Código Civil - que não estabelece as consequências da não observância do direito de preferência - sugerem três meios de solucionar a controvérsia, já elencados no bojo do artigo,

Conforme foi destacado, para a solução da temática apresentada, a primeira corrente defende a aplicação das mesmas regras da Preempção Convencional, resolvendo-se a questão com perdas e danos. Já a segunda corrente entende que deve haver a aplicação das mesmas regras da Locação Imobiliária (art.33 da Lei 8.245/1991), sendo cabível a adjudicação ou perdas e danos, tendo em vista que a Lei de Locações prevê adjudicação quando o contrato está registrado, sendo que o Direito Real de Superfície se enquadra nesse caso. Por fim, o pensamento da última corrente é no sentido da aplicação das regras da Preempção Legal do Condomínio (art. 504 do Código Civil), caso em que caberia a adjudicação da coisa.

A pesquisa realizada, responde a problemática causada pela inobservância do direito de preferência recíproco entre o superficiário e o proprietário do imóvel, e neste contexto, há um entendimento de que a corrente doutrinária mais adequada para solucionar o conflito, é a defensora da aplicação do Art. 504 do Código Civil, que prevê que a parte que não fora comunicada da pretensão venda, possa, mediante o depósito do valor da alienação ou da cessão, adjudicar o bem ou o direito para si, no prazo de cento e oitenta dias.

A opção pela terceira corrente se justifica pelo fato do direito de superfície e a relação condominial nos imóveis pró-indiviso, possuem semelhanças quanto a questão da copropriedade imobiliária. No direito de superfície, em tese, há uma relação de copropriedade, pois, tanto o superficiário quanto o proprietário, detém direitos reais sobre o mesmo imóvel. Esta mesma situação está presente na relação condominial quando se trata de imóveis pró-indivisos, onde todos os condôminos possuem direitos reais sobre o mesmo imóvel, e, havendo a intenção de venda da fração ideal pertencente a um determinado condômino, este deverá dar ciência aos demais, para que exerçam o seu direito de preempção.

É inegável que a regra carece de um olhar mais cuidadoso e atento por parte dos legisladores, visando uma maior aproximação da teoria contida nas normas, frente à prática das relações transacionais reguladas pelo instituto estudado. Uma vez que as pequenas lacunas encontradas na norma ampliam as discussões, demandam tempo para se chegar a termo e acabam por sufocar o judiciário com ações, por vezes desnecessárias.

O tema estudado traz uma questão aparentemente simples, mas que pode causar conflitos em caso de desrespeito ao postulado legal que trata especificamente do direito de preferência ou prelação a partir da intenção de alienação do imóvel por parte do proprietário ou da cessão do direito de superfície por parte do superficiário e certamente surgirão inúmeras situações conflitantes, onde o ordenamento jurídico brasileiro será capaz de solucionar,

mediante a aplicação das Leis, ou quando necessário for, mediante a utilização de princípios, posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Marcus Vinícius dos Santos. **Superfície à Luz do Código Civil e do Estatuto da Cidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

BENASSE, Paulo Roberto. **O Direito de Superfície e o Novo Código Civil Brasileiro**. Campina: Bookseller, 2002.

BRASIL. **Lei 10.257, de 10 de julho de 2001**. Dispõe sobre o Estatuto da Cidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 05 jun. 2018.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Dispõe sobre o Código Civil Brasileiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

_____. **Lei 4.657/1942**. Dispõe sobre a Lei de Introdução às normas de Direito <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 05 nov. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume 4: Direito das Coisas. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de Direito Civi Brasileiro**. Volume 4: Direito das coisas – 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direito Civil Comentado**. Volume XIII. Direito das coisas, superfície, servidões, usucapião, uso, habitação, direito do promitente comprador. São Paulo. Atlas. 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume 3. Contratos e Atos Unilaterais. 7.ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

Jornadas de direito civil I, III, IV e V : enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/Livro15.pdf> > .Acesso em: 12 nov. 2018.

LIMA, Frederico Henrique Viegas. **O Direito de Superfície Como Instrumento de Planificação Urbana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LIRA, Ricardo Pereira I; AZEVEDO, Fábio de Oliveira II; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Imobiliário**. Brasil 2. São Paulo: Atlas, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. – 10. ed.: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MAZEEL, Rodrigo Reis. **O Direito de Superfície no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2007. 409 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Dissertação de Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das Ações**. Tomo 3. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves: Campinas: Bookseller, 1998.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXXIX. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves: Campinas: Bookseller, 2015.

PENTEADO, Luciano de Camarco. **Direito das Coisas**. 2.ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Instruções de Direito Civil: direitos reais**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

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

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Direito das Coisas**. 6ª. ed. São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Contratos em Espécie**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VIANA, Marco Aurélio da Silva. **Comentários ao Novo Código Civil: Dos direitos reais**. Vol. XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2003.