

O DIREITO DE SUPERFÍCIE NA ALEMANHA E O SEU CARÁTER SOCIAL¹

Leonardo Estevam de Assis Zanini*

Resumo: O artigo aborda os aspectos mais relevantes do direito de superfície na Alemanha, dando enfoque à sua função social. Inicia as investigações com um breve estudo histórico, no qual são destacadas as particularidades do seu desenvolvimento. Realiza um exame da matéria na Alemanha, com destaque para alguns pontos como: natureza jurídica, utilidade prática, áreas de utilização, caráter social, constituição, transferência e extinção desse direito. Por fim, o trabalho questiona a não utilização do instituto no Brasil, o que pode ser repensado se considerarmos o exemplo alemão, em especial no que toca ao seu possível aspecto social.

Palavras-Chave: Direito de superfície. Direitos reais. Direito alemão. Função social.

ABOVE-GROUND RIGHTS IN GERMANY AND ITS SOCIAL CHARACTER

Abstract: The article discusses the most important aspects of the above-ground rights in Germany by focusing its social

¹ O presente trabalho foi elaborado durante pesquisa de pós-doutorado no *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* e revisado pelos Drs. Jan Peter Schmidt e Anton Geier.

* Pós-doutorado em Direito Civil pelo *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* (Alemanha). Pós-doutorado em Direito Penal pelo *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (Alemanha). Doutor em Direito Civil pela USP, com estágio de doutorado na *Albert-Ludwigs-Universität Freiburg* (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal. Professor Universitário. Pesquisador do grupo *Novos Direitos CNPq/UFSCar*. Autor de livros e artigos publicados nas áreas de direito civil, direitos intelectuais, direito do consumidor e direito ambiental.

function. It initiates the investigations with a brief historical study, in which are highlighted the peculiarities of its development. The work conducts an examination of the matter in Germany, highlighting some points such as: legal nature, practical use, areas of use, social character, establishment, transfer and extinction of that right. Finally, the work questions the non-use of the institute in Brazil, which can be rethought if we consider the German example, especially with regard to its possible social aspect.

Keywords: Above-ground rights. Real rights. German law. Social function.

Sumário: 1. Introdução - 2. Histórico - 2.1. Das origens romanas ao final do século XIX - 2.2. Da entrada em vigor do Código Civil alemão à Lei do Direito de Superfície - 3. Caráter social - 4. Outras áreas de utilização - 5. Significação prática - 6. Natureza jurídica - 7. Conceito - 8. Definição de construção e de edifício - 9. A superfície e outros institutos similares - 10. Objeto (Belastungsgegenstand) - 11. Conteúdo legal (Gesetzlicher Inhalt) - 12. Conteúdo contratual (Vertraglicher Inhalt) - 13. Surgimento e transferência (Entstehung und Übertragung) - 14. Tratamento semelhante ao do direito de propriedade - 15. Renda do direito de superfície (Erbbauzins) - 16. Término do direito de superfície (Beendigung des Erbbaurechts) - 16.1. Rescisão (Aufhebung) - 16.2. Extinção por decurso de prazo (Zeitablauf) - 16.3. Reversão (Heimfallrecht) - 16.4. Destruição da edificação (Untergang des Bauwerks) - 17. Considerações finais - Bibliografia

1. INTRODUÇÃO



presente artigo objetiva apresentar breves considerações sobre o direito de superfície na Alemanha, examinando seus aspectos mais relevantes. Não se trata, obviamente, de uma análise exaustiva ou minuciosa do tema, o que é feito pela doutrina alemã em trabalhos que consomem, muitas vezes, mais de quinhentas páginas. De qualquer forma, nosso estudo dará ao leitor uma visão geral desse instituto, permitindo também sua comparação com a legislação brasileira.

A proposta decorre da curiosidade de se saber como o direito de superfície é regulado e utilizado em um ordenamento jurídico que já o conhece há muito tempo. Tal curiosidade se deve ao fato de que, em nosso país, dada a sua recente reintrodução na legislação civil, a utilidade prática do instituto ainda não se revelou.

A falta de relevância prática pode decorrer de diversos fatores, como o seu desconhecimento pela população, a ausência de tradição na sua utilização, ou mesmo por desconfiança, pelo fato de criar um direito real sobre um terreno alheio, que certamente dá muitas garantias ao superficiário.

Diferentemente do Brasil, na Alemanha, como veremos, a superfície não é um instituto sem utilização, existindo um número considerável de imóveis construídos sobre terrenos de terceiros. Além disso, é de se notar que ela foi um instrumento fundamental para a organização de espaços urbanos, para a reconstrução do país após as duas grandes guerras, bem como para o cumprimento da função social da propriedade.

Desse modo, acreditamos que algumas considerações a respeito do direito de superfície na Alemanha podem permitir reflexões acerca do papel desse instituto não somente no âmbito jurídico brasileiro, mas também no que toca à sua possível utilização socioeconômica.

2. HISTÓRICO

2.1. DAS ORIGENS ROMANAS AO FINAL DO SÉCULO XIX

O direito de superfície, presente no Código Civil brasileiro de 2002 (arts. 1.369 a 1.377) e no ordenamento jurídico de muitos países ocidentais, não é nenhuma novidade. Suas origens remontam ao Direito Romano, que previa o instituto da *superficies*.

Originariamente, a *superficies* não era um direito real, mas sim uma espécie de contrato de locação por longo prazo, que tinha como partes Roma e um particular (*perpetuarius*), objetivando a regulação das relações decorrentes de construções que esse particular havia erigido em solo público (*superficiariae aedes*), o que incluía o pagamento de uma contraprestação, chamada de *solarium*. Para imóveis rurais também havia um instituto correspondente, denominado *ager vectigalis*².

Entretanto, com o passar do tempo, o instituto, concebido inicialmente como um contrato integrante dos direitos obrigacionais (pessoais), passou a receber, por obra pretoriana, proteção dos interditos, tornando-se, paulatinamente, um direito real.

Na Idade Média, a superfície, apesar de conhecida, não foi muito utilizada, dando espaço ao desenvolvimento de outros institutos muito próximos, como é o caso da chamada “*städtische Bauleihe*” (ou *Bodenleihe*)³. Tal instituto jurídico foi bastante importante para o desenvolvimento de muitas cidades alemãs, possibilitando a concessão de um direito real sobre um terreno, uma espécie de propriedade útil (*dominium utile*) sobre a construção nele realizada, surgindo como contrapartida o pagamento de uma prestação, normalmente anual.

² BALLIF, Alban. *Le droit de superficie. Eléments réels, obligations propter rem et droits personnels annotés*. Zürich: Schulthess, 2004, p. 1.

³ INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. XXI.

Esse direito era transmissível por herança, mas não podia ser alienado⁴.

A despeito da semelhança com a superfície, assevera-se que a *Bauleihe* surgiu pelo fato de que as casas na Alemanha eram consideradas como propriedade distinta do solo, como bens móveis. E isso se explica porque na maioria das vezes eram construídas em madeira e tinham poucas fundações, o que permitia que fossem desmontadas e construídas em outros lugares. Por consequência, dada a facilidade de retirada da casa, o instituto da superfície perdia a razão de existir⁵.

Mais tarde, com o processo de recepção do direito romano na Alemanha (*Rezeption des römischen Rechts*), o princípio da acessão, que tinha se perdido, passou a ser aplicado a tudo aquilo que se ligava ao solo de maneira durável (*superficies solo cedit*), particularmente às plantações, e não somente às construções⁶.

Em função da mudança, foi incorporada a *superficies* romana ao direito vigente, mas houve uma parcial mistura do instituto romano com a “*städische Bauleihe*”⁷. Assim, a partir da fusão entre o instituto romano e o germânico, surgiram direitos (híbridos) que receberam várias denominações, como *Superfiziarrecht*, *Platzrecht*, *Baurecht* ou *Kellerrecht*⁸⁻⁹.

Com a Revolução Francesa, as raízes romanas da pro-

⁴ OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 13.

⁵ BALLIF, Alban. *Le droit de superficie*, p. 2.

⁶ INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. XXI.

⁷ DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1394.

⁸ RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 4.

⁹ Vale notar que, no âmbito dos países de língua alemã, o instituto da superfície não tem denominação uniforme, diferentemente do que ocorre nos países de língua neolatina. Na Áustria, por exemplo, o instituto é denominado *Baurecht* (IRO, Gert. *Bürgerliches Recht. Sachenrecht*. Wien: Springer, 2000, v. IV, p. 173).

priedade foram recobradas, passando-se a uma concepção individualista. Em virtude dessa concepção, o direito de superfície foi visto como um corpo estranho e colocado em segundo plano, uma vez que as ideias revolucionárias não se adaptavam a qualquer instituto que remetesse ao período medieval: ao direito feudal e seus privilégios. A dogmática da época era contra institutos jurídicos que desmembrassem o direito de propriedade¹⁰, como era feito na Idade Média, o que levou à utilização bastante reduzida da superfície no século XIX¹¹⁻¹².

2.2. DA ENTRADA EM VIGOR DO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO À LEI DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

A despeito da orientação francesa pregando sua abolição, o Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB), em vigor desde 1.1.1900, não chegou a excluir a superfície de suas disposições. Entretanto, a matéria foi tida pela codificação como sem importância, sobretudo como um corpo estranho no âmbito da propriedade, tendo sido regulamentada de forma incompleta nos §§ 1012 a 1017 do BGB¹³.

Contudo, após a entrada em vigor do BGB, houve, no início do século XX, um grande aumento da população, o que conduziu, conseqüentemente, a uma elevação na demanda por moradias e a uma valorização do preço dos imóveis. Em função dessas mudanças socioeconômicas, viu-se a necessidade da

¹⁰ OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 14.

¹¹ RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 4.

¹² O mesmo não ocorreu, por exemplo, na Inglaterra, onde houve a expansão de instituto com raízes semelhantes, a chamada “*building lease*” (OEFELE, Helmut Freiherr von. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2009, v. 6, p. 1505).

¹³ OEFELE, Helmut Freiherr von. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2009, v. 6, p. 1505.

utilização do instituto da superfície (*Erbbaurecht*), que na prática não vinha encontrando uso, para o combate à especulação dos preços dos imóveis, bem como para dar oportunidade à população mais carente de adquirir uma propriedade¹⁴.

Assim sendo, como a regulamentação pelo BGB era insuficiente, praticamente não permitindo o uso do instituto, a única solução encontrada para resolver o problema foi a elaboração de uma nova legislação para cuidar de toda a matéria atinente ao direito de superfície. Com isso, os §§ 1012 a 1017 do BGB foram substituídos pela Ordenança sobre o Direito de Superfície (*Verordnung über das Erbbaurecht - ErbbauVO*), que entrou em vigor em 22.1.1919 e regulou a matéria de forma detalhada¹⁵.

De qualquer forma, conforme o § 38 da referida legislação, os §§ 1012 a 1017 do BGB continuaram em vigor, particularmente no que toca às superfícies constituídas até a entrada em vigor da ErbbauVO. Posteriormente, com uma Lei de 23.11.2007, houve a alteração da denominação da ErbbauVO, que passou a ser chamada de Lei do Direito de Superfície (*Erbbaurechtsgesetz – ErbbauRG*). Contudo, a alteração promovida foi apenas no nome do instituto, não sendo realizada nenhuma reforma no conteúdo propriamente dito da legislação¹⁶.

3. CARÁTER SOCIAL

O direito de superfície foi estabelecido na Alemanha com a finalidade de promover a construção de moradias, particularmente para as classes sociais menos favorecidas, e tam-

¹⁴ OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 14.

¹⁵ VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 599.

¹⁶ BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*, p. 382.

bém como instrumento de combate à especulação imobiliária¹⁷.

Nessa linha, o direito de superfície tem considerável importância social, uma vez que permite a construção de casas para moradia, sem que haja necessidade de dispêndio de dinheiro para a aquisição do terreno. Assim, a pessoa pode deixar de empregar o capital na aquisição do terreno e, em contrapartida, simplesmente paga uma espécie de remuneração (*Erbbauszins*) correspondente apenas ao valor da utilização do terreno¹⁸. Logicamente referida remuneração também não pode ter caráter especulativo, devendo estar ao alcance daqueles que pretendem construir seu imóvel.

Com isso, há uma redução no custo total que seria empregado na aquisição de uma casa, visto que aquele que pretende realizar a construção não precisará se privar de suas economias com a compra do terreno, necessitando se preocupar apenas com a construção de sua moradia¹⁹. E mesmo no que toca à construção, é interessante observar que na Alemanha, como regra, é possível a obtenção de financiamento com taxas de juros bem reduzidas, muito diferentes das cobradas no Brasil.

Vale ainda notar que a propriedade da edificação não está ligada, pelo menos do ponto de vista jurídico, à propriedade do terreno. Assim sendo, tanto o proprietário do terreno onerado como o superficiário participam da valorização imobiliária proporcionada pela construção²⁰.

Ademais, em razão de eventual contratação por um prazo bastante amplo, o superficiário chega mesmo a ter a impressão de que é o proprietário não somente da edificação, mas também do terreno, já que muitas vezes o acordo pode vigorar

¹⁷ OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 15.

¹⁸ BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*, p. 382.

¹⁹ PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 379.

²⁰ VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 599.

por duas ou três gerações²¹.

Outrossim, na hipótese de concessão estatal do direito de superfície, com o decurso do prazo da contratação é possível que o terreno venha a ter outra finalidade pública, isto é, a construção que lá ficou pode ser posteriormente utilizada pelo ente estatal, por exemplo, para ser sede de um órgão público. Ainda, a superfície pode ser renovada em condições favoráveis, sem ser considerada a sua valorização.

Por outro lado, é de se notar que na Alemanha os governos locais também passam por dificuldades orçamentárias, de modo que não é tarefa fácil a aquisição de grandes áreas, relativamente caras, para o posterior estabelecimento do direito de superfície em favor daqueles que estão incluídos na política habitacional. Isso sem falar na necessidade do estabelecimento de remuneração razoável pelo direito de superfície²².

Por conseguinte, ainda que existam dificuldades, não se pode deixar de apontar a importância da superfície na facilitação do acesso à moradia, bem como na organização da política urbana, em função do loteamento de imóveis para tal finalidade. Desse modo, a concessão do direito de superfície continua, na atualidade, tendo significação social na Alemanha, havendo, nesse sentido, especial atenção dos governos locais e das instituições religiosas²³.

4. OUTRAS ÁREAS DE UTILIZAÇÃO

Como foi visto, após a entrada em vigor da Ordenança sobre o Direito de Superfície (ErbbauVO), iniciou-se a concessão desse direito, principalmente por parte dos entes estatais e de instituições religiosas, que em razão de considerações de

²¹ PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 379.

²² OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 15.

²³ DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1394.

ordem social, procuraram auxiliar famílias carentes a ter um imóvel para moradia²⁴.

Vale notar, entretanto, que o instituto não ficou limitado à construção de moradias, sendo possível sua instituição para construção de áreas, por exemplo, para prática de esportes, com fins comerciais ou industriais, bem como para instituições científicas ou de ensino²⁵.

Aliás, nos casos em que normalmente o Poder Público brasileiro realiza uma contratação por um longo prazo, cedendo um terreno em comodato para determinada instituição, na Alemanha temos, na mesma situação, a utilização do direito de superfície, que dá maior proteção para aquele que irá realizar a construção no terreno, isto é, há maiores garantias por se tratar de um direito real e não meramente obrigacional²⁶.

Ademais, a superfície também é utilizada por particulares que querem aproveitar economicamente seus terrenos, permitindo, assim, a realização de construções para fins não somente residenciais, mas também comerciais ou industriais²⁷, como é o caso da utilização de um terreno para construção de usinas de energia eólica ou para a edificação de um centro de compras.

Destarte, a superfície pode ser utilizada não somente para construção de moradias, mas para todo tipo de edificação a ser realizada em terreno alheio, tendo relevância tanto pelo seu aspecto social como econômico.

5. SIGNIFICAÇÃO PRÁTICA

²⁴ VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 599.

²⁵ BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*, p. 383.

²⁶ Nesse ponto, podemos citar, por exemplo, o caso do *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, que recebeu o direito de superfície sobre um terreno da municipalidade de Hamburgo para a edificação de sua sede.

²⁷ BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 387.

O direito de superfície é um instituto que encontra reflexo no tráfego jurídico alemão. Em um primeiro momento houve o aumento de sua utilização no início do século XX, em função da demanda por moradias. Posteriormente, houve forte expansão da sua utilização no período que se seguiu ao término na Segunda Guerra Mundial, em virtude dos trabalhos de reconstrução do país²⁸.

De fato, conforme dados oficiais relativos a pesquisas realizadas nos registros imobiliários dos estados da Baviera e de Hessen, em 1970 existiam 39.278 direitos de superfície na Baviera, enquanto que Hessen contava com 19.556. As pesquisas ainda apontaram que nos livros de registro de imóveis o volume do direito de superfície correspondia a 1,7% das propriedades na Baviera e a 1,41% em Hessen. Ademais, em outra pesquisa, realizada em bancos hipotecários (*Hypothekenbanken*), foi verificado que 3% do total dos empréstimos foram realizados para fins de superfície²⁹.

Outrossim, a importância do instituto fica ainda mais evidente quando nos deparamos com um estudo da “*Initiative Erbbaurecht*”, de 2008, o qual apontou que cerca de 5% das áreas de moradia na Alemanha foram constituídas com a existência do direito de superfície. E a expansão tem contado mais recentemente com áreas cada vez maiores e com a concessão não apenas pela Igreja, por entes estatais ou ligados ao Estado, mas também por proprietários particulares³⁰.

Por conseguinte, o direito de superfície na Alemanha não é um instituto sem utilidade, meramente previsto no BGB e na legislação. Trata-se de instituto que realmente tem aprovei-

²⁸ OEFELE, Helmut Freiherr von. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2009, v. 6, p. 1506.

²⁹ OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 18.

³⁰ OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 19.

tamento prático.

6. NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica do direito de superfície no Direito alemão apresenta discussão doutrinária. Em realidade, o debate decorre da própria forma de estruturação desse direito, que difere da existente no Código Civil brasileiro, onde, até pela localização da matéria, está claro se tratar de um direito real sobre coisa alheia.

Inicialmente, deve-se observar que, conforme o disposto no § 12 da ErbbauRG, não vigora em face do direito de superfície o princípio de que toda edificação que se liga ao solo passa a ser componente integrante do imóvel (*superfícies solo cedit*) e, por conseguinte, propriedade de seu titular.

Nesse contexto, segundo parte da doutrina, como a legislação alemã considera que o superficiário se torna proprietário da edificação, a superfície não consistiria em um desdobramento da propriedade e nem em um regime de copropriedade.

Desse modo, asseveram os estudiosos que a superfície concede a possibilidade de alguém ser proprietário de um edifício, sem ser, ao mesmo tempo, proprietário do imóvel onde foi erigida a construção, de maneira que não somente no aspecto econômico, mas também no âmbito jurídico o proprietário do imóvel e o proprietário da construção estão separados, são titulares de direitos não idênticos³¹.

Assim, conforme tal linha de raciocínio, a superfície pode ser tratada como um direito de propriedade, de forma que pode ser transferida, onerada e registrada em livro próprio no registro de imóveis, denominado *Erbbaugrundbuch* (§ 14 ErbbauRG)³².

³¹ INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. XXI.

³² VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 600.

Aliás, como se concede não somente a propriedade sobre a construção, mas também um direito real à utilização de um terreno pertencente a outra pessoa, não estaríamos, conforme entendimento de parte da doutrina, diante de um direito real limitado. Tratar-se-ia, então, de um direito *sui generis*, situado entre as servidões pessoais e a propriedade fundiária.

Por outro lado, há estudiosos que afirmam ser um direito real sobre um terreno alheio, que, com determinadas exceções, é tratado como o direito de propriedade, sobretudo pelo fato de poder ser onerado³³. Argumentam que a concepção da superfície como um direito real sobre coisa alheia deflui do texto legal, o qual menciona que: “um terreno pode ser onerado do modo...” (§ 1 ErbbauRG). Ora, tal expressão seria a mesma utilizada nos direitos reais limitados, ou seja, nos §§ 1018, 1090, 1094, 1105, 1113, 1191 do BGB, o que levaria à conclusão de se tratar de um direito real limitado³⁴.

De qualquer modo, não obstante a existência dos mencionados entendimentos, não há dúvida que, do ponto de vista do proprietário do terreno, o direito de superfície é um direito real limitado, que onera sua propriedade. Ademais, é certo que tal direito real limitado é tratado de forma assemelhada a uma propriedade imobiliária³⁵. Por isso, a maioria da doutrina considera que esse direito tem dupla natureza jurídica (*Doppelnatur*).

7. CONCEITO

O direito de superfície é um direito real de utilização e

³³ STÜRNER, Rolf. Verordnung über das Erbbaurecht. In: *Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 13. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2007, v. 15-1, p. 302.

³⁴ OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 23.

³⁵ BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 385.

edificação em um terreno alheio³⁶. A concessão desse direito é, do ponto de vista jurídico, uma forma de onerar a propriedade de um terreno com um direito real limitado³⁷.

Conforme a definição extraída do § 1 da ErbbauRG³⁸, o direito de superfície é um direito concedido a uma pessoa, alienável e transmissível por sucessão³⁹, que grava um terreno, permitindo a realização de construções sobre a sua superfície e no seu subsolo. Possibilita, assim, a edificação em um terreno de propriedade de outra pessoa, bem como sua utilização por determinado prazo⁴⁰.

Destarte, trata-se de um direito que, salvo exceções previstas pelo § 11, está submetido às disposições concernentes aos imóveis. Assemelha-se ainda à propriedade pelo fato de possuir registro próprio no registro imobiliário, bem como por poder ser cedida e gravada independentemente da propriedade do terreno.

8. DEFINIÇÃO DE CONSTRUÇÃO E DE EDIFÍCIO

³⁶ RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 3.

³⁷ INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. 231.

³⁸ Como já foi mencionado, a matéria não encontra atualmente regulação no BGB, mas eventuais superfícies constituídas até 22 de janeiro de 1919 continuam sendo tratadas apenas pelos §§ 1012 a 1017 do BGB. Também vale notar que a ErbbauVO recebeu importante complementação pela Lei de alteração do direito das coisas, de 21.9.1994 (SachenRÄndG). Ademais, pelo art. 25 da Lei de 23.11.2007 houve a alteração do nome da legislação, que passou a ser *Erbbaurechtsgesetz* (PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 372).

³⁹ O nome do instituto no idioma alemão decorre justamente do fato de se tratar de uma construção (ou edificação) transmissível por herança, daí a expressão *Erbbaurecht*, que seria, em uma tradução literal para o português, um direito de construção herdável (RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 3).

⁴⁰ VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 599.

A legislação faz uso dos conceitos de construção (*Bauwerk*) e edifício (*Gebäude*), no entanto, não apresenta uma definição legal. Com isso, esses preceitos necessitaram ser extraídos da linguagem geral e dos usos do tráfico jurídico⁴¹.

No que toca à expressão construção (*Bauwerk*), podemos encontrar várias definições na doutrina, mas ainda é usual a utilização da concepção apresentada pelo antigo Tribunal do Império (*Reichsgericht*), que a considerava como a coisa imóvel (ligada ao solo) e produzida com a utilização de trabalho e materiais estranhos ao solo. Tal concepção é ainda hoje adotada pela doutrina majoritária⁴².

O conceito de edifício (*Gebäude*) dado pelo *Bundesgerichtshof* - BGH⁴³, por seu turno, considera se tratar de uma construção delimitada espacialmente e protegida contra a influência exterior, cuja entrada de pessoas demanda autorização⁴⁴.

Por conseguinte, no âmbito do direito de superfície estão incluídas todas as espécies de edificação, localizadas na superfície ou no subsolo (*auf oder unter der Oberfläche*)⁴⁵. Como exemplos, extraídos da prática, podemos citar: moradias, garagens subterrâneas, instalações portuárias e ferroviárias, prédios, postos de gasolina, quadras esportivas, *playgrounds*, monumentos e instalações relacionadas ao tráfico, como pontes e viadutos. Nessas hipóteses, a edificação é considerada um

⁴¹ DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1398.

⁴² Transcrevemos a definição no original: “*eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache*” (DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1398).

⁴³ O BGH é um tribunal alemão que corresponderia, no Brasil, ao STJ.

⁴⁴ Transcrevemos a definição no original: “*eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache*” (DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1398).

⁴⁵ RAPP, Manfred. *Gesetz über das Erbbaurecht*. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 23.

componente do direito de superfície, fazendo parte da propriedade do superficiário e não do dono do terreno⁴⁶.

9. A SUPERFÍCIE E OUTROS INSTITUTOS SIMILARES

No âmbito dos direitos reais, o usufruto (*Nießbrauch*) não se adequa às mesmas finalidades da superfície. De fato, conforme o § 1061, 1 do BGB, o usufruto se extingue com a morte do usufrutuário, sendo intransferível (§ 1059). Também é intransferível o direito de habitação (*Wohnungsrecht*), conforme estabelecem os §§ 1092 e 1093 do BGB⁴⁷.

O direito alemão igualmente distingue a superfície do contrato de locação (*Mietvertrag*) ou do arrendamento (*Pachtvertrag*). Realmente, enquanto a superfície cria um direito real, a locação ou o arrendamento constituem apenas um direito obrigacional. Além disso, o superficiário pode alienar ou onerar seu direito, o que não é admitido na locação ou no arrendamento. Outro ponto de divergência é o prazo de duração, pois a superfície pode ser concedida por longo prazo, já no contrato de locação os prazos são, em geral, mais reduzidos, podendo ser admitida a contratação por até 30 anos ou pelo tempo de vida do locatário (§ 544 do BGB)⁴⁸.

10. OBJETO (*BELASTUNGSGEGENSTAND*)

O objeto a ser onerado é o imóvel em sua integralidade, isto é, um terreno (*Grundstück*). Não pode se tratar apenas de uma parte do terreno ou de uma parte de uma copropriedade, visto que é necessário que uma parte real (e não ideal) seja

⁴⁶ WEBER, Ralph. *Sachenrecht. Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 35.

⁴⁷ BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*, p. 382.

⁴⁸ RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 3-4.

objeto de registro imobiliário⁴⁹. Todavia, o exercício da superfície pode ser limitado a uma parte do imóvel. Ademais, também se admite a constituição de um direito de superfície sobre mais de um terreno (*Gesamterbbaurecht*)⁵⁰.

Não é permitido onerar um condomínio edilício com a superfície, pois no caso não se trata de um terreno para edificação. Além disso, sobre o terreno do condomínio igualmente não seria possível, visto que não se permite o estabelecimento de superfície quando haja uma propriedade especial ou uma utilização especial dessa propriedade decorrente da regulamentação do condomínio. Todavia, essa última questão é discutível⁵¹.

Outrossim, a doutrina alemã se divide quanto à admissão de uma sobrelevação ou subsuperfície (*Untererbbaurecht*)⁵². Nesse caso, não seria onerado propriamente um terreno, mas sim uma outra superfície. Entretanto, a legislação sobre registro de imóveis (*Grundbuchordnung* - GBO) reconhece a possibilidade em seu § 6, 2, mencionando-a expressamente.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, não cabe na Alemanha o direito de superfície para fins de plantação⁵³. Para remediar essa impossibilidade, as partes do imóvel que não forem necessárias para a construção da edificação podem ser usadas para tal finalidade, como é o caso de jardins de ornamentação. Em todo caso, a edificação continua sendo o objeto principal⁵⁴.

⁴⁹ STÜRNER, Rolf. Verordnung über das Erbbaurecht. In: *Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 13. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2007, v. 15-1, p. 302.

⁵⁰ PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 375.

⁵¹ RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 24.

⁵² Vale notar que o BGH reconhece a subsuperfície (BGHZ 62, 179 = NJW 1974, 1137).

⁵³ No Direito brasileiro, a constituição de superfície para fins de plantação está expressamente prevista no art. 1.369 do Código Civil.

⁵⁴ RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3.*

11. CONTEÚDO LEGAL (*GESETZLICHER INHALT*)

O conteúdo legal da superfície deve existir, pois caso contrário não haverá o surgimento desse direito. A matéria é definida pelo § 1 da ErbbauRG, que inclui como conteúdo obrigatório a existência de um direito real sobre a superfície de um terreno ou ao seu subsolo, permitindo-se a realização de edificações. Consequentemente, o titular do direito de superfície torna-se proprietário das obras realizadas no imóvel⁵⁵.

A superfície constitui, no Direito alemão, o maior ônus que pode ser imposto sobre uma propriedade, visto que o proprietário do terreno perde a sua posse direta e o superficiário pode erigir uma construção, ocupá-la, utilizá-la, destruí-la e substituí-la. De qualquer forma, vale observar que na concessão do direito de superfície deve ser prevista, de forma mais ou menos clara, como a edificação será realizada⁵⁶.

De fato, o gênero da construção e a sua extensão devem necessariamente ser definidos, visto que um direito real deve ser suficientemente determinado (*Bestimmtheitsprinzip*). Aliás, é esse conteúdo determinado que levará à aquisição, por parte do superficiário, da propriedade sobre a construção.

Outrossim, a cessibilidade (*Veräußerlichkeit*) e a transmissibilidade por herança (*Vererblichkeit*) fazem parte dos elementos característicos obrigatórios do direito de superfície. Por fim, além do direito de edificação como elemento principal, também se garante eventual direito acessório de uso sobre áreas não edificadas.

12. CONTEÚDO CONTRATUAL (*VERTRAGLICHER*

Sachenrecht. Berlin: Sellier, 2009, p. 26.

⁵⁵ VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 601.

⁵⁶ VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 601.

INHALT)

O conteúdo legal do direito de superfície não é suficiente para regular as relações entre superficiário e o proprietário do terreno. Ao lado do conteúdo legal, o § 2 da ErbbauRG dispõe que as partes podem, contratualmente, criar outros direitos e obrigações, o que na prática é muito comum⁵⁷.

Como regra, tal contratação deveria ter efeito meramente obrigacional, não valendo contra qualquer sucessor, particularmente se este não teve conhecimento do vínculo obrigacional. Contudo, no que toca ao conteúdo do direito de superfície, a legislação protege a contratação com eficácia real. Assim sendo, ficam vinculados ao estabelecido tanto os atuais como os futuros proprietários do terreno e superficiários⁵⁸.

O possível conteúdo contratual é enumerado, de forma não taxativa, pelo § 2 da ErbbauRG, podendo abranger disposições sobre: 1) a construção, a manutenção e a utilização da edificação; 2) o seguro da edificação e sua reconstrução em caso de destruição; 3) a responsabilidade por encargos públicos e privados; 4) a obrigação do superficiário, se preenchidas determinadas condições, de transferir a superfície ao proprietário do terreno (reversão – *Heimfall*); 5) responsabilidade do superficiário pelo pagamento de multas contratuais; 6) concessão de direito de preferência ao superficiário para a renovação da superfície depois de decorrido seu prazo; e 7) a obrigação do proprietário do terreno de vendê-lo ao superficiário⁵⁹.

⁵⁷ PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 373.

⁵⁸ PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 373.

⁵⁹ § 2 da ErbbauRG: “Zum Inhalt des Erbbaurechts gehören auch Vereinbarungen des Grundstückseigentümers und des Erbbauberechtigten über: 1. die Errichtung, die Instandhaltung und die Verwendung des Bauwerks; 2. die Versicherung des Bauwerks und seinen Wiederaufbau im Falle der Zerstörung; 3. die Tragung der öffentlichen und privatrechtlichen Lasten und Abgaben; 4. eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten, das Erbbaurecht beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen auf den Grundstückseigentümer zu übertragen (*Heimfall*); 5. eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten zur Zahlung von Vertragsstrafen; 6. die Einräumung eines

Além disso, pode ser também estabelecido, como conteúdo contratual, a necessidade do consentimento do proprietário do terreno para a alienação da superfície pelo superficiário, bem como para o estabelecimento de hipoteca (*Hypothek*), de dívida imobiliária (*Grundschuld*), de dívida imobiliária em forma de renda (*Rentenschuld*) ou de ônus reais (§ 5 da ErbbauRG). Ficam sem validade eventuais obrigações estabelecidas sem a observância do necessário consentimento do proprietário do terreno (§ 6 da ErbbauRG).

Portanto, pode-se notar que vários elementos previstos legalmente como integrantes do direito de superfície no Brasil, como é o caso do direito de preempção, não são concedidos pela legislação alemã, sendo necessário seu estabelecimento pela via contratual. Há então uma maior autonomia no Direito alemão no que toca à constituição de direitos e obrigações das partes.

13. SURGIMENTO E TRANSFERÊNCIA (*ENTSTEHUNG UND ÜBERTRAGUNG*)

A concessão e a transmissão do direito de superfície seguem os princípios gerais atinentes à propriedade imobiliária (§§ 873 e ss do BGB). O surgimento da superfície não segue, entretanto, a forma estabelecida para alienação da propriedade imobiliária, mas sim as disposições atinentes à sua oneração⁶⁰.

Pressupõe a existência de dois contratos. O primeiro negócio jurídico, um contrato no qual alguém se obriga a fazer a concessão (ou transmissão) do direito de superfície, deve seguir a forma estabelecida no § 311b 1 BGB e deve ser reali-

Vorrechts für den Erbbauberechtigten auf Erneuerung des Erbbaurechts nach dessen Ablauf; 7. eine Verpflichtung des Grundstückseigentümers, das Grundstück an den jeweiligen Erbbauberechtigten zu verkaufen".

⁶⁰ RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 41.

zada perante o notário. Trata-se de um contrato regido pelo direito obrigacional, que cria obrigações para as partes, semelhante ao contrato de compra e venda⁶¹.

Contudo, é necessário, conforme o § 873 do BGB, um segundo negócio jurídico, que constitui um acordo real de cumprimento (*dingliches Erfüllungsgeschäft*). Até a entrada em vigor da ErbbauVO, tal acordo tinha a forma da *Auflassung* (§ 925 do BGB)⁶², mas essa forma não é mais prescrita (§ 11, 1 ErbbauRG). Por fim, há o registro imobiliário (*Eintragung im Grundbuch*), surgindo então o direito de superfície⁶³.

Outrossim, também existem outras formas de surgimento, como: a desapropriação (*Enteignung*), que sucede em função da legislação federal ou dos estados⁶⁴ e; a usucapião tabular (*Tabularersitzung*), conforme o § 900, 2 do BGB, que ocorre se a superfície ficou durante 30 anos erroneamente registrada no registro imobiliário e aquele que a registrou a possuiu durante esse tempo como se fosse sua, não se fazendo necessária a prova de boa-fé⁶⁵.

A superfície é duplamente registrada no registro de imóveis, o que é feito no livro referente à propriedade do terreno e em um livro específico, atinente ao direito de superfície⁶⁶. No registro imobiliário do imóvel gravado é feito o registro

⁶¹ PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 374.

⁶² No Direito brasileiro não há um tipo de negócio jurídico como a *Auflassung*. Ela constitui um acordo de transferência da propriedade relativa a um imóvel, que segue a forma prevista no § 925 do BGB (JAYME, Erik; NEUSS, Jobst-Joachim. *Wörterbuch Recht und Wirtschaft. Deutsch-Portugiesisch*. 2. ed. München: C.H. Beck, 2013, t. 2, p. 20).

⁶³ INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. 231.

⁶⁴ DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1401.

⁶⁵ RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 42.

⁶⁶ STÜRNER, Rolf. Verordnung über das Erbbaurecht. In: *Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 13. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2007, v. 15-1, p. 345.

acerca da sua criação, extinção ou alteração de conteúdo, o que tem efeito constitutivo⁶⁷. Tais atos devem ser realizados no local onde foi registrada a propriedade do terreno a ser onerado, sendo então evidente ser a circunscrição imobiliária do local do terreno a competente para o registro⁶⁸.

Além disso, o conteúdo, a transferência e eventuais ônus sobre a superfície devem ser registrados em um livro específico, chamado *Erbbaugrundbuch*, conforme dispõe o § 14 da ErbbauRG. Seja como for, esse último registro não é constitutivo do direito, mas tão somente uma formalidade do registro imobiliário⁶⁹.

14. TRATAMENTO SEMELHANTE AO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

O direito de superfície é um direito real (*dingliches Recht*) ao qual é dado um tratamento semelhante ao direito de propriedade imóvel⁷⁰, com exceção das normas atinentes à *Auflassung* (§ 11, 1 da ErbbauRG). Assim sendo, vigoram para a superfície, por exemplo, as regras sobre o regime patrimonial de bens entre os cônjuges (*ehelichen Güterrecht*) e as regras do direito das sucessões⁷¹.

O tratamento assemelhado ao direito de propriedade também leva à constrição da superfície, da mesma maneira que a propriedade, no decorrer de um processo judicial de execução (*Zwangsvollstreckung*). E não poderia ser diferente no que toca aos ônus, sendo admissível sua instituição sobre a superfície,

⁶⁷ PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 375.

⁶⁸ VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 600.

⁶⁹ VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 600.

⁷⁰ RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 18.

⁷¹ PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 375.

ainda que se trate, conforme entendem parte da doutrina e o BGH, da constituição de outra superfície (superfície de segundo grau ou subsuperfície), ou seja, uma superfície onerando uma superfície (*Untererbbaurecht*)⁷².

Por fim, em caso de esbulho ou turbação, o superficiário, tal qual o proprietário, dispõe de pretensões para a proteção de seu direito, previstas nos §§ 985 e 1004 do BGB (direitos de restituição e de abstenção de distúrbios).

15. RENDA DO DIREITO DE SUPERFÍCIE (*ERBBAUZINS*)

O proprietário do imóvel gravado obtém uma contraprestação em dinheiro, relativamente moderada, conhecida como *Erbbauzins* (*solarium*), que é paga pelo superficiário. Tal remuneração é devida pelo fato de ter sido concedido o direito de superfície pelo proprietário do imóvel, que abriu mão de sua posse direta e da possibilidade de sua utilização (§ 9 ErbbauRG)⁷³.

De acordo com a legislação alemã, tanto o montante como o prazo da *Erbbauzins* devem ser fixados antecipadamente, para toda a duração da superfície, o que certamente representa um risco para o proprietário do imóvel. Realmente, a necessidade de projeção dos valores a serem pagos (§ 9 ErbbauRG) pode ser um fator bastante complicado se houver instabilidade econômica, mesmo porque não existe na Alemanha o instituto da correção monetária⁷⁴.

Na prática, no entanto, desenvolveram-se cláusulas obrigacionais de adequação, as quais possibilitaram o aumento e a redução da *Erbbauzins*, o que, por outro lado, passou a ameaçar o caráter social da superfície. Para contornar a situação, procurando-se assegurar o caráter social do instituto, foi

⁷² PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 376.

⁷³ VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 601.

⁷⁴ PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 373.

introduzido o § 9a da ErbbauRG, que previu ser possível que se estabeleça, obrigacionalmente, a modificação da *Erbbauzins* para a sua adequação à alteração de circunstâncias. Aliás, no caso de elevação, o § 9a da ErbbauRG prevê restrições para a proteção do caráter social da superfície⁷⁵.

Por derradeiro, vale observar que a obrigação de pagamento do *Erbbauzins* não é propriamente conteúdo do direito de superfície, mas um ônus em favor do proprietário do imóvel que a concedeu. Para que seja assegurada eficácia absoluta à remuneração a ser paga, é necessário seu registro como um ônus real (§§ 1105 e ss do BGB)⁷⁶.

16. TÉRMINO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE (*BEENDIGUNG DES ERBBAURECHTS*)

16.1. RESCISÃO (*AUFHEBUNG*)

O direito de superfície pode ser rescindido, conforme estabelece o § 875 do BGB, mas é necessária a declaração do superficiário no sentido de que está renunciando a seu direito, bem como o consentimento do proprietário do terreno (§ 26 da ErbbauRG)⁷⁷.

O § 26 da ErbbauRG trata então de uma forma de extinção do direito de superfície através de um negócio jurídico, que depende da declaração de vontade do superficiário e do proprietário do terreno. Isso significa que a superfície, nessa hipótese, somente se extinguirá com a manifestação do proprietário do terreno, não tendo efeito jurídico uma renúncia apenas

⁷⁵ OEFELE, Helmut Freiherr von. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2009, v. 6, p. 1506.

⁷⁶ VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 601.

⁷⁷ WEBER, Ralph. *Sachenrecht. Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 42.

por parte do superficiário⁷⁸.

Deve-se notar ainda que a rescisão não se confunde com uma condição resolutiva, mesmo porque, conforme o § 1, 4 da ErbbauRG, não é permitida a constituição de superfície na qual se estabeleça que o superficiário renunciará ao seu direito caso haja a ocorrência de determinadas condições⁷⁹.

Em todo caso, deve-se observar que a declaração do superficiário pode ser emitida diante do registro imobiliário ou do proprietário do terreno. O consentimento do proprietário, que é irrevogável, é provado através de documento público ou com fé pública. Ademais, eventualmente também será necessário o consentimento de terceiros que tiverem outros direito reais sobre a superfície, como um direito real de garantia (e.g. hipoteca)⁸⁰.

Por fim, a extinção demanda seu registro no registro imobiliário, o que é feito tanto no livro onde está registrado o terreno (*Grundbuch*) como no livro especial de registro da superfície (*Erbbaugrundbuch*).

16.2 EXTINÇÃO POR DECURSO DE PRAZO (*ZEITBLAUF*)

A superfície se extingue normalmente com o decurso de determinado prazo estabelecido no negócio jurídico⁸¹, matéria que é regulada pelos §§ 27 a 30 da ErbbauRG. Na prática, os

⁷⁸ RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 171-172.

⁷⁹ RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 171-172.

⁸⁰ RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 171-172.

⁸¹ WEBER, Ralph. *Sachenrecht. Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 42.

prazos de contratação variam entre 30 e 100 anos, sendo muito comum a fixação do prazo de 99 anos⁸². Contudo, como não há um prazo limite estabelecido pela legislação⁸³, entende-se que é possível sua contratação por prazo indeterminado (*ewiges Erbbaurecht*)⁸⁴.

Decorrido o prazo, encerra-se a superfície automaticamente, sem necessidade de uma declaração de vontade específica. Com isso, a propriedade sobre a construção passa também automaticamente ao proprietário do terreno⁸⁵.

Nesse contexto, em função do decurso do prazo, fica o registro imobiliário incorreto, sendo necessária a sua retificação (*Grundbuchberichtigung*). O proprietário do imóvel pode, conforme o § 894 do BGB, exigir o consentimento do superficiário para a regularização do registro imobiliário, caso o próprio superficiário não tenha já tomado tal medida (§ 22, 2 da Ordenança de Registro Imobiliário – *Grundbuchordnung* - GBO)⁸⁶.

Extinta a superfície pelo decurso de prazo, cabe ao titular do direito de superfície, contra o proprietário do imóvel, uma pretensão legal ao pagamento de indenização (§ 27 I *Erbbaurecht*)⁸⁷. As partes podem deliberar, como conteúdo da superfície, acerca do valor da indenização ou sobre sua exclusão, o que terá eficácia real sobre o imóvel e sobre a superfície (§ 27, I, 2 da *Erbbaurecht*). Na falta de referida disposição em sentido contrário, a própria obrigação legal de indenizar tam-

⁸² PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 377.

⁸³ No Brasil, o direito de superfície, regulado pelo Código Civil, deve ser concedido por prazo determinado (art. 1.369 do CC). No Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), por outro lado, a concessão do direito de superfície poderá ser por tempo determinado ou indeterminado (art. 21).

⁸⁴ DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1400.

⁸⁵ INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. 309.

⁸⁶ INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. 309.

⁸⁷ WIELING, Hans Josef. *Sachenrecht*. 5. ed. Berlin: Springer, 2007, p. 383.

bém terá a mesma eficácia⁸⁸.

Ademais, para evitar o pagamento de indenização, o proprietário do terreno pode oferecer ao superficiário, antes do decurso do prazo, a possibilidade de prorrogação de seu direito pelo tempo de vida previsível da edificação. Em caso de recusa do superficiário, há então a extinção do dever de pagamento da indenização⁸⁹.

Por derradeiro, o § 29 da ErbbauRG prevê ainda que o credor titular de um direito de garantia sobre a superfície, mesmo com o decurso do prazo da superfície, ainda se beneficia dessa garantia no que toca ao valor da indenização paga.

16.3. REVERSÃO (*HEIMFALLRECHT*)

A chamada reversão se distingue da extinção da superfície, pois nesse caso o superficiário está obrigado a transferir seu direito ao proprietário do terreno. Assim, não há propriamente extinção da superfície, cabendo ao proprietário do terreno decidir se depois irá extinguir ou transferir a superfície a um terceiro⁹⁰. Também não há extinção dos direitos reais de garantia (*Grundpfandrechte*) que oneram a superfície, permanecendo sua existência, desde que eles não caibam ao proprietário do terreno (§ 33 da ErbbauRG).

A reversão é acordada pelo proprietário do terreno e pelo superficiário (§ 2, 4 da ErbbauRG), como regra, já no momento em que a superfície é constituída. Trata-se de uma espécie de direito real de aquisição (*dingliches Erwerbsrecht*), que onera o direito de superfície e se liga inseparavelmente à propriedade do terreno (§ 3 da ErbbauRG)⁹¹.

As razões para a ocorrência da reversão podem ser acordadas livremente pelas partes, mas devem ter relação obje-

⁸⁸ PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 377.

⁸⁹ WIELING, Hans Josef. *Sachenrecht*. 5. ed. Berlin: Springer, 2007, p. 383.

⁹⁰ PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 377.

⁹¹ WIELING, Hans Josef. *Sachenrecht*. 5. ed. Berlin: Springer, 2007, p. 384.

tiva com o direito de superfície⁹². Nessa linha, o principal caso é o atraso no pagamento do *solarium* (*Erbbauzins*), mas a pretensão à reversão somente será cabível se pelo menos dois anos de *solarium* estiverem em atraso (§ 9 IV ErbbauRG)⁹³. Outras hipóteses normalmente acordadas são o atraso na construção, a alteração não autorizada do uso, a negligência na manutenção, a insolvência do superficiário, bem como a morte do proprietário do terreno ou do superficiário⁹⁴.

Com o preenchimento da pretensão de reversão, há a transferência da superfície e o superficiário perde a propriedade sobre a construção, que em regra ele mesmo construiu. Não é permitido ao superficiário, com a reversão ou com a extinção da superfície, a retirada da construção ou a apropriação de parte dela (§ 34 ErbbauRG). Em contrapartida, o superficiário tem uma pretensão de reembolso, senão o proprietário do terreno se enriqueceria às suas custas (§ 32 ErbbauRG)⁹⁵.

Os valores são, como regra, fixados antecipadamente na contratação feita entre as partes (§ 32 I 2 ErbbauRG). É possível a exclusão da pretensão de reembolso em favor do superficiário, mas é raro isso ocorrer⁹⁶.

16.4. DESTRUIÇÃO DA EDIFICAÇÃO (*UNTERGANG DES BAUWERKS*)

A destruição da edificação não causa a extinção do direito de superfície, matéria expressamente regulamentada pelo § 13 da ErbbauRG⁹⁷. De fato, como se considera que o direito de superfície possibilita a construção de um edifício, não seria

⁹² WEBER, Ralph. *Sachenrecht. Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 43.

⁹³ PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 378.

⁹⁴ WIELING, Hans Josef. *Sachenrecht*. 5. ed. Berlin: Springer, 2007, p. 384.

⁹⁵ PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 378.

⁹⁶ PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 378.

⁹⁷ § 13 ErbbauRG: “*Das Erbbaurecht erlischt nicht dadurch, daß das Bauwerk untergeht*”.

nenhuma condição jurídica a existência da edificação para o surgimento do direito de superfície⁹⁸.

Por conseguinte, não existindo vinculação entre a existência da edificação e o direito de superfície, a destruição da primeira não leva à extinção do segundo.

17. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A superfície é um importante instrumento de política do solo, que infelizmente não tem encontrado grande utilização no Direito brasileiro. Os entes públicos podem, através dela, promover a urbanização e o aproveitamento de bens públicos dominicais (terras estatais sem uso), mesmo porque muitas vezes o Poder Público, apesar de possuir patrimônio, não tem recursos para a sua utilização, em especial quando se trata de edificação.

Nesse contexto, a superfície, ao lado dos tradicionais contratos de concessão ou de comodato, muito difundidos quando um ente público autoriza outro ente público a edificar em terreno de sua propriedade, bem como a utilizá-lo por determinado prazo, poderia ser uma opção à disposição daqueles que pretendem uma contratação com maior segurança, cujos efeitos jurídicos não são meramente obrigacionais, mas reais.

Ademais, na mesma senda, também é possível seu uso em empreendimentos particulares, nos quais, aqueles que vão realizar edificações em propriedade alheia, não pretendem estar garantidos por mera contratação, sendo muito mais segura a constituição de um direito real de superfície.

Por conseguinte, considerando essa análise do Direito alemão, parece-nos que no Brasil esse direito real precisa ser melhor utilizado, o que permitirá, retomando mesmo suas origens romanas, seu emprego para uma mais adequada realização

⁹⁸ WEBER, Ralph. *Sachenrecht. Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 44.

do princípio da função social da propriedade.



BIBLIOGRAFIA

- BALLIF, Alban. *Le droit de superficie. Eléments réels, obligations propter rem et droits personnels annotés*. Zürich: Schulthess, 2004.
- BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015.
- BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.
- DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3.
- INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001.
- JAYME, Erik; NEUSS, Jobst-Joachim. *Wörterbuch Recht und Wirtschaft. Deutsch-Portugiesisch*. 2. ed. München: C.H. Beck, 2013, t. 2.
- OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*. 5. ed. München: C.H. Beck, 2012.
- OEFELE, Helmut Freiherr von. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2009, v. 6, p. 1504-1647.
- PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014.
- RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sa-*

- chenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 1-210.
- STÜRNER, Rolf. Verordnung über das Erbbaurecht. In: *Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 13. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2007, v. 15-1.
- WEBER, Ralph. *Sachenrecht. Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015.
- WIELING, Hans Josef. *Sachenrecht*. 5. ed. Berlin: Springer, 2007.
- WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 30. ed. München: C.H. Beck, 2015.