

Atualidades

USUFRUTO E SUPERFÍCIE NO DIREITO EMPRESARIAL

GUSTAVO KLOH MULLER NEVES

Usufruto: configuração tradicional e crítica. Usufruto de empresa e de estabelecimento. Usufruto de cotas e ações. Usufruto como alternativa ao arrendamento. Usufruto como alternativa ao comodato e outras modalidades de cessão. Usufruto como alternativa ao "trust". Superfície: considerações gerais. Superfície como método de planejamento tributário. Superfície e incorporação imobiliária. Superfície como negócio de garantia. Conclusão. Bibliografia.

Usufruto: configuração tradicional e crítica

O aproveitamento das utilidades de uma coisa por quem não é dono pode ser exercido por efeito de relação contratual, como no arrendamento e no comodato, em que o titular exerce o seu direito em nome do proprietário ou pode ser de direito próprio de ser exercido em nome do titular não-proprietário.¹ Este direito que se exerce em nome próprio sobre coisa alheia, e que resulta na faculdade de usá-la e de gozá-la, recebe o nome de usufruto.

No direito justinianeu, o usufruto era considerado uma servidão pessoal, ou seja, uma forma de aproveitamento das utilidades de coisa alheia, independente da relação entre prédios.² Desta distinção inicial, deriva uma característica essencial do usufruto, que é o seu caráter pessoal. Cumpre ressaltar que, diferentemente do Código Civil de 1916 (art. 713), o Código Civil de 2002 prescindiu de uma conceituação legal do usufruto. A lei anterior dispunha que

"constitui usufruto o direito real de fruir as utilidades de frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade".

A principal característica do usufruto consiste no fato de ele ser sempre temporário. A razão da necessidade da fixação de prazo para esse direito real reside no fato de que faculdades elementares que ele encerra – o uso da coisa e a percepção dos frutos – são quase tão extensos quanto os do titular da coisa.³ Considerando-se que o *jus in re aliena* no qual se constitui o usufruto não deve servir de meio para a perda da propriedade, o que ocorreria na prática se este durasse para sempre (daí o fim da previsão legal da enfiteuse), o art. 1.410 do Código Civil prevê a duração temporária do usufruto.

Além destas características, verifica-se que usufruto é direito limitado e não exclusivo.⁴ Real e limitado porque abrange apenas os frutos e as utilidades de um determinado bem ou patrimônio, nos limites do art. 1.394 do Código Civil. E ele não é

1. Lacerda de Almeida, *Direito das Causas*, v. I, p. 347.

2. Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, p. 647.

3. M. I. Carvalho de Mendonça, *Do Usufruto, do Uso e da Habitação*, p. 29.

4. Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, p. 649.

exclusivo porque a exclusividade é um atributo específico da propriedade. Melhor: o usufruto é o direito referido a uma coisa que implica sempre a existência de um outro direito real sobre a mesma coisa, o qual se usufrui.

Como afirma Darcy Bessone,⁵ historicamente o usufruto tem função alimentar. Quase sempre é instituído para proporcionar meios de subsistência ao usufrutuário, muito embora a gratuidade não seja da sua essência. Todavia, alguns autores, como Orlando Gomes⁶ e o próprio Darcy Bessone⁷ são especialmente radicais ao analisar tal caráter do direito, negando mesmo qualquer utilidade maior do usufruto na contemporaneidade.

Por outro lado, alguns autores, como Manuel Inácio Carvalho de Mendonça⁸ e Marco Aurélio Viana⁹ entendem que é perfeitamente admissível a figura do usufruto instituído a título oneroso. Não lhes parece em nada estranho o instituto, bem como não parece a nós, por algumas razões que passamos a expender.

Em primeiro lugar, se o Código Civil admite a cessão onerosa do usufruto,¹⁰ no qual terceiro é legitimado no exercício dos direitos dele decorrentes, quem dirá a constituição onerosa do usufruto. Em segundo lugar, comparando-se a redação dos arts. 1.412 e 1.414 do Código Civil, que tratam dos direitos reais de uso e de habitação, verificamos que os referidos têm, efetivamente, um caráter *intuitu familiae*. O art. 1.412 exige, para o adequado exercício do direito de uso, que este seja feito em atendimento das necessidades do “usuário e da sua família”. No art. 1.414, o titular do direito real de habitação pode simplesmente residir em uma casa “com sua família”.

Nada semelhante é encontrado no capítulo de usufruto no Código Civil.

Arnoldo Wald¹¹ lembra que a admissão do usufruto em favor de pessoa jurídica (Código Civil, art. 1.410, III) também é excelente indicativo de que esta visão antiga do instituto do usufruto não pode mais prevalecer, em especial diante de um Código Civil que expurgou a figura do usufruto viável.¹² Desta feita, uma série de utilizações empresariais do usufruto podem ser implementadas, sendo o citado direito real mais uma técnica a ser empregada na implementação das mais diversas atividades empresariais, como veremos a seguir.

Usufruto de empresa e de estabelecimento

Inicialmente, cumpre salientar que a figura descrita nos arts. 716 e ss. do Código de Processo Civil não corresponde nem à penhora de dividendos nem à penhora de cota.¹³ O usufruto de empresa¹⁴ é modalidade de pagamento,¹⁵ e não de execução

11. “Do regime jurídico do usufruto de cotas de sociedade de responsabilidade limitada e de ações de sociedades anônimas”, *RDM* 777.

12. Neste sentido, Orlando Gomes, *Sucessões*, p. 67.

13. Para maior aprofundamento na distinção, o trabalho de Uinie Caminha, “Penhorabilidade de cotas sociais nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada”, *RDM* 112/104-126.

14. São esses os artigos do Código de Processo Civil que disciplinam o tema: “Art. 726. Nos casos previstos nos arts. 677 e 678, o juiz concederá ao credor usufruto da empresa, desde que este o queira antes da realização do leilão. Art. 727. Nomeado o administrador, o devedor far-lhe-á a entrega da empresa. Art. 728. Cumpre ao administrador: I – comunicar à Junta Comercial que entrou no exercício das suas funções, remetendo-lhe certidão do despacho que o nomeou; II – submeter à aprovação judicial a forma de administração; III – prestar contas mensalmente, entregando ao credor as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida. Art. 729. A nomeação e a substituição do administrador, bem como os seus direitos e deveres, regem-se pelo disposto nos arts. 148 a 150”.

15. Não se confunde em nada com o instituto do Código Civil, tendo regramento jurídico diverso.

5. *Direitos Reais*, p. 288.

6. *Sucessões*, p. 334.

7. *Ob. e loc. cit.*

8. *Ob. cit.*, p. 91.

9. *Comentários ao Código Civil*, v. XVI, p. 622.

10. Art. 1.393.

forçada, sendo essencial que haja requerimento do credor para a sua implementação, dispensando-se todavia a anuência do executado,¹⁶ resultando esta interpretação de um cotejo entre os arts. 726 e 722, que, no usufruto de imóvel, a exige especificamente, enquanto no art. 726 não há menção alguma. *De lege ferenda*, imagino que a mesma anuência deveria estar prevista, mas não é possível no nosso entender a interpretação extensiva; o que se pode, sem sombra de dúvida, é cogitar da possível inconveniência da medida, donde se deflui que o deferimento do usufruto de empresa não é direito subjetivo, e pode ser indeferido pelo magistrado, em especial diante da gravidade das consequências que poderão advir da aplicação do art. 727 do Código de Processo Civil, não se podendo olvidar dos princípios que regem a execução processual, especialmente os da execução menos gravosa e o da utilidade.¹⁷

De acordo com art. 727, o magistrado nomeará o administrador do usufruto, entregando-lhe a empresa. Da consulta efetuada na doutrina processual, mesmo diante das palavras do Mestre José Carlos Barbosa Moreira, resta claro que a preocupação incessante com o controle da empresa passa ao largo do pensamento processualista, mormente diante do possível conflito de interesses entre administrador e titular da empresa, em muitos casos, credor e devedor. Pensamos que, diante de qualquer possibilidade de conflito, o usufruto de empresa perde a utilidade, que é pressuposto de qualquer técnica executória; assim, somente em situações nas quais se evidencie o interesse do credor em se pagar pelo usufruto (lembramos que é necessário o requerimento, e os termos do mesmo serão parâmetro para tanto), e não haja nenhuma pos-

sibilidade de o administrador lucrar mais com a derrocada da empresa, o que violaria o princípio da menor gravosidade para o devedor, será possível a utilização do usufruto de empresa.

Outra questão que acompanha a primeira é a de como interpretar e aplicar o art. 50 da Lei de Recuperação Judicial,¹⁸ que considera o usufruto de empresa como meio de recuperação judicial, que para Waldo Fazzio Júnior representa expediente moderno de conservação da atividade da empresa.¹⁹ Todavia, falar é fácil, e a administração dos interesses contrapostos²⁰ pode levar a uma série de impasses, particularmente se o usufruto abranger o do estabelecimento.²¹ A mesma lógica deve sempre reger a declaração desse meio como hábil à recuperação, que é a extraída dos princípios contidos no art. 47 da Lei de Recuperação: “a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”. Havendo qualquer dúvida se o usufruto de empresa poderá inviabilizar a consecução dessas metas, deve ser ele evitado como meio de recuperação. De qualquer modo, pode ser lembrado o parâmetro que anteriormente citei, e que vale também para as hipóteses de administração compartilhada (*step in*): se for evidente que

18. Lei 11.110/2005: “Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: (...); XIII – usufruto da empresa”.

19. *Nova Lei de Falência e Recuperação Judicial de Empresas*, p. 150.

20. P. ex., a contraposição entre o pagamento de dividendos obrigatórios aos sócios (previsto no art. 202 da Lei das S/A) e o pagamento dos credores interessados, *in casu* administradores da sociedade.

21. Manoel Bezerra Filho entende que o dispositivo autoriza também o usufruto de cotas e ações como meio de recuperação judicial, em *Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada*, p. 143.

Por todos, José Carlos Barbosa Moreira, “Aspectos do usufruto de imóvel ou de empresa no processo de execução”, in *Temas de Direito Processual Civil*, 3ª Série, p. 149.

16. Araken de Assis, *Manual do Processo de Execução*, p. 763.

17. Araken de Assis, *ob. cit.*, p. 764.

o soçobramento do empreendimento é benéfico aos credores, não se pode entregar a eles a administração. Nada justificaria isso, sendo mais recomendável, *verbi gratia*, a venda em bloco ou outro expediente previsto no art. 50 do referido diploma.

É ainda possível que o usufruto de empresa e estabelecimento seja contratualmente instituído, na forma dos arts. 1.143 e 1.144 do Código Civil. Neste caso, é de se ter especial atenção para relevância do inventário, previsto no art. 1.400 do Código Civil,²² como meio de garantia da incolumidade dos bens entregues em usufruto, que deverão ser listados e restituídos em sua inteireza; se consumíveis, serão substituídos por bens de igual valor.

Usufruto de cotas e ações

Também é perfeitamente admissível, no Direito pátrio, o usufruto de cotas ou de ações, pois é típico do usufruto que possa recair sobre os mais variados tipos de bens, desde os mais determinados até as universalidades.²³ É extremamente comum a sua utilização nestes termos em acordos de separação, bem como a sua instituição por via testamentária, como forma de garantia de renda ao herdeiro, ou mesmo por ato *inter vivos*.²⁴

A primeira dúvida a se avizinhar sobre o usufruto de cotas é se há necessidade

de autorização prévia do contrato social para a sua realização. Quanto às sociedades anônimas, consta a previsão expressa no art. 40 da Lei das S/A. Arnaldo Wald,²⁵ ainda sob a égide do Código anterior, defendeu a aplicação subsidiária das Lei das S/A às limitadas. Atualmente, não é mais tão simples a questão, pois o art. 1.053, parágrafo único, do Código Civil, estabelece que o contrato social poderá prever a regência supletiva pela Lei das S/A; *a contrario*, se nada prever, não se pode aplicar o art. 40 da Lei das S/A.

Entretanto, não concluímos *ab initio* pela impossibilidade de constituição de usufruto sobre a cota no silêncio do contrato social. Se o direito do usufrutuário for encarado tão-somente no seu caráter frutuário, é possível a constituição do usufruto no silêncio do contrato, não se caracterizando, contudo, o usufrutuário como administrador dos bens, sendo inaplicável no caso o art. 1.394 do Código Civil. Entendemos que o controle, como regime de gestão contratual e patrimonial, é exceção natural ao princípio da livre disposição patrimonial – ademais, usufrutuário não é sócio, e não será, portanto, sujeito do controle, a não ser que motivo outro o justifique. Apenas é necessário ressaltar que o exercício do controle não pode embarçar os direitos frutuários do usufrutuário, sob pena de abuso dos direitos decorrentes do controle.²⁶

22. Ob. cit., p. 8.

22. Oscar Barreto Filho, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, p. 271.

23. Código Civil, art. 1.390: "O usufruto pode recair em um ou mais bens, móveis ou imóveis, em um patrimônio inteiro, ou parte deste, abrangendo-lhe, no todo ou em parte, os frutos e utilidades".

24. STJ, REsp 64.403-SP, Rel. Ministro Waldemar Zveiter: "*Processual e civil. Inventário. Capacidade sucessória provada por documentos. Devido processo legal. Dissolução de adoção. Usufruto de ações de sociedade. (...) III – Renda do usufruto de Ações de S/A tem seu termo a quo, a partir da Assembléia que determinou a liberação de dividendos. IV – Pensão vitalícia à viúva herdeira incapável, se aquinhoadada esta com usufruto de renda de alto valor e proveniente de ações da companhia (...)*".

26. TJRJ, AC 1993.001.00618, Rel. Desembargador Gustavo Kuhl Leite: "*Sociedade limitada. Usufruto das cotas. Possibilidade. Reserva do direito de voto que não pode ser usado contra os interesses do usufrutuário, ex-empregado a quem se concedeu usufruto dos direitos à percepção dos lucros durante período certo em contemplação dos trabalhos realizados em favor da empresa. 1. A possibilidade de a quota social ser gravada com usufruto está prevista no art. 40 da Lei 6.024 (Lei das Sociedades Anônimas) que se aplica a limitada, subsidiariamente, por força do art. 18 do Decreto 3.708/1919. Reconhece-se que medram na doutrina e na jurisprudência divergências quanto à possibilidade de ser dada em usufruto, em penhor ou ser penhorada quota de sociedade limitada. Todavia, conside-*

Outra questão diz respeito ao exercício do direito de voto: entendemos que permanece com o acionista. Usufrutuário, como vimos, não deve exercer controle, de modo que a situação do usufruto de ações representa exceção ao art. 1.394 do Código Civil. Ressalva-se apenas que o exercício desse direito é condicional, nos termos do art. 114 da Lei das S/A, que impõe o prévio acordo entre o nu-proprietário e o usufrutuário.

Aprofundando a questão, Luiz Gastão Paes de Barros Leães²⁷ defende que “o poder de administrar não corresponde necessariamente ao poder de voto, já que o estatuto pode deixar de conferi-lo, ou conferi-lo com restrições a certa espécie de ação, e nem por isso priva o usufrutuário do direito de administrá-la. Por outro lado, o voto proferido em assembléia pode ultrapassar, e freqüentemente ultrapassa, a administração ordinária, afetando a estrutura da sociedade e modificando o conteúdo da ação, em desacato à sua substância, que remanesce com o proprietário”.

Consideramos o argumento de grande definitividade; o poder de voto realmente tem abrangência muito distinta da mera administração. O que o legislador tentou evitar, mesmo que de modo em nosso entender imperfeito, foi o exercício do direito de voto que viesse a esvaziar os direitos do usufrutuário. Por isso a necessidade de acordo.

Em outro turno, Arnaldo Wald defende que o direito de voto deve ser exercido pelo usufrutuário, posição da qual discordamos. O autor, em ilações sobre a natureza do controle, conclui que o usufrutuário

re-se que pode ser objeto de usufruto tanto bens corpóreos, como incorpóreos, daí porque se admite recaia esse direito real sobre o próprio lucro societário que decorre das quotas em poder dos únicos sócios. 2. Todavia, constitui-se abuso do exercício do direito de voto, que ficou reservado aos sócios, impedir-se a distribuição dos lucros, capitalizando-os, com o fim claro de prejudicar o empregado-usufrutuário”.

27. “O direito de voto de ações gravadas com usufruto vidual”, *RTDC* 14/240.

deve ser equiparado ao verdadeiro controlador, sendo o titular da ação um portador de direito futuro.²⁸ Entendemos sua afirmação de que o controle é uma situação de fato; todavia, o controle não se confunde com o direito ao voto, que existe independente dele. Demais disso, o direito de voto, como corretamente observou Barros Leães, importa em *jus abutendi*, em direito de dispor, modificando o conteúdo da ação, o que é incompatível com o instituto do usufruto.

Usufruto como alternativa ao arrendamento

Uma outra utilização possível do usufruto no direito empresarial ocorre quando ele é apresentado como alternativa ao arrendamento. Pouco utilizado no direito pátrio, em Portugal encontra grande relevo, pois a legislação portuguesa é particularmente severa com o locador, restringindo-lhe gravemente os direitos sobre o bem locado.²⁹ Inspirando-se na obra de António Lessa, pudemos vislumbrar algumas situações nas quais o usufruto pode ser uma opção interessante ao arrendamento.

Em primeiro lugar, o usufruto pode ser utilizado como alternativa à impossibilidade de cobrança da verba locatícia em parcela única, que parece impossível diante da mera leitura da Lei 8.245/1991.³⁰ O usufruto oneroso poderia ser cobrado em verba única, sem que houvesse o receio da não percepção de alugueres futuros.

Outra vantagem adviria da impossibilidade de exercício da pretensão renovatória em locações não-residenciais, prevista no art. 51 da Lei de Locações. O usufruto dar-se-ia por prazo certo e determinado, e extinguir-se-ia no seu termo, na forma do art. 1.410, II, do Código Civil. Não se pode

28. Ob. cit., p. 13.

29. Para excepcional panorama sobre o tema, António Luiz Lessa, *Usufruto e Arrendamento, passim*.

30. Em sentido oposto, em nosso entender injustificável, Venosa, *Contratos*, p. 139.

ignorar que seria invocado, em alguns casos, o intuito de fraudar lei imperativa, o que resultaria na conversão substancial do negócio jurídico (art. 170, Código Civil), à guisa da possível nulidade decorrente da fraude. Não pensamos assim, todavia. A realidade empresarial é por demais dinâmica para que se possa pré-julgar situação como essa. Em adição, lembramos que a abusividade contratual não pode, como qualquer outra hipótese de abuso, ser aferida em abstrato, dependendo diretamente do caso concreto para a sua configuração.

O usufruto seria, também, em razão da maior estabilidade, mais adequado à utilização em situações nas quais são construídos imóveis justamente com o intuito de deles se valer o ocupante, em um fenômeno hoje conhecido como *built to suit*. A locação vem sendo a escolha preferencial dos ocupantes desses bens, que vão desde a Petrobras S/A, na operação Imboassica e Ibetiba,³¹ à notória loja de artigos de luxo Daslu. No entanto, atualmente os empreendedores correm o risco da rescisão a destempo,³² mesmo que se obtendo uma restrição prevista no art. 473, parágrafo único, do Código Civil, que autoriza a rescisão apenas depois de recompostos os investimentos.³³ No usufruto, o risco inexistiria e o pagamento poderia ser feito antecipadamente, sem prejuízo de cláusula resolutiva expressa para o caso de não-pagamento.

Usufruto como alternativa ao comodato e outras modalidades de cessão

O usufruto pode ainda ser alternativa ao comodato e a outras modalidades de cessão. Em uma série de contratos empre-

31. Escritura envolvendo Petrobras e Rio Bravo S/A, lavrada no Cartório do 23º Ofício de Notas da Cidade do Rio de Janeiro, livro 8.398, fl. 084. Nessa escritura, também foi instituído direito de superfície, e ela será novamente analisada.

32. Lei 8.245/1991, art. 4º.

33. Em interessante anúncio veiculado pela internet, a Griffio Investimentos, por meio do asso-

sariais, ocorre a cessão de bens, sem que haja contraprestação diretamente vinculada à entrega da posse dos mesmos. Tradicionalmente, os redatores de contrato, em situações análogas, apõem ao instrumento cláusula prevendo comodato em contrato empresarial. Ora, de acordo com o princípio da onerosidade do direito empresarial,³⁴ não se pode admitir um verdadeiro comodato em contrato empresarial, sendo que tal cláusula demanda re-qualificação, à luz dos princípios que regem a qualificação dos contratos,³⁵ de modo que as parcas responsabilidades do comodatário seriam insuficientemente desproporcionais para reger a responsabilidade numa relação como essa.

Tomemos o notório exemplo do contrato de operação de posto de gasolina, que possui, geralmente, cláusula prevendo o comodato das bombas.³⁶ Não é razoável se imaginar a distribuidora respondendo nos limites dos contratos gratuitos, na forma do art. 392 do Código Civil, apenas se agir com dolo.

Por outro lado, é perfeitamente possível a repartição de responsabilidades no contrato de usufruto, da maneira que se quiser, minando qualquer abusividade de cláusulas de não indenizar e possibilitando melhor controle do uso da coisa e de eventuais deteriorações.

Usufruto como alternativa ao "trust"

O *trust* é negócio jurídico sem paralelo exato no direito brasileiro, sendo figura

ciado Thiago Augusto Monteiro, dá como certa ao investidor a garantia do art. 473, parágrafo único, do Código Civil. Não nutrimos o mesmo entusiasmo. Em http://www.griffo.com.br/fundos/pdf_imob/artigo_ago2_04.pdf.

34. Como lembra João Eunápio Borges, *finis mercatorum est lucrum*, em *Curso de Direito Comercial Terrestre*, p. 9.

35. Sobre o tema, por todos, Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos, passim*.

36. Para maiores detalhes sobre o tema, o a monografia inédita de Patrícia Cardoso, *A Oponi-*

de larga utilização no direito anglo-saxão. O *trust* pode ser definido como a situação na qual alguém é “investido do direito de propriedade sobre um bem ou direito, mas para realização de objetivo especial, exercendo essa propriedade em confiança, em benefício de outra pessoa”.³⁷ Não há, em princípio, formas de implementar, com exatidão, a figura em operações em território nacional. Algumas alternativas já foram levantadas em outros momentos, como a constituição de renda e o fideicomisso. Essas restrições são consonantes com a escolha do legislador, que limitou a afetação patrimonial a situações previstas expressamente em lei,³⁸ valendo sempre a regra geral da unicidade do patrimônio (art. 91, Código Civil).³⁹ O regime da propriedade fiduciária do Código Civil também não nos socorre, pois admite a sua constituição somente para fins de financiamento na aquisição da propriedade.⁴⁰

O usufruto pode ser uma dessas alternativas, desde que a escritura, ao constituir o usufrutuário (que fará às vezes de *trustee*), preveja uma série de controles a serem efetivados pelo proprietário dos bens (que fará às vezes de *settlor*); não há nenhuma restrição legal à limitação dos poderes de administração por parte do usufrutuário, representando o art. 1.394 regra que pode ser contratualmente modificada. Neste caso, o uso do bem seria determinado pelo nu-proprietário, nos termos em que desejasse, podendo ser extinto o usufruto sempre que violadas as disposições contratuais.⁴¹ Nes-

se caso o usufruto comportar-se-ia como negócio fiduciário.⁴²

Superfície: considerações gerais

Durante muitos anos, vigeu de modo absoluto no ordenamento brasileiro o princípio da acessão. Este princípio estabelece que tudo aquilo que adere ao solo passa a ser propriedade de seu titular (art. 1.225, Código Civil). Paralelamente a isto, vários ordenamentos jurídicos estrangeiros já admitiam a figura da *superfície*, oriunda do direito justinianeu.⁴³ Os modernos códigos italiano e português a prevêm expressamente, além da admissão no direito espanhol, por força da regra do *numerus apertus* lá reinante. O direito de superfície pode ser, inicialmente, definido como o direito autônomo, temporário ou perpétuo, de fazer e manter construção ou plantação sobre ou

é legal e cessou o fato que o justifica, ou ainda o usufruto foi estabelecido sob condição (Bevilacqua, *Código Civil EUB*, v. III, p. 242).

42. Admitindo a atipicidade do negócio fiduciário: STJ, REsp 155.242-RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: “Direito civil. Negócio fiduciário. Simulação. Compra e venda de imóvel, com promessa de devolução. Pagamento de parte do financiamento pelo vendedor. Enriquecimento sem causa. Negócio real e não aparente. Arts. 102, 103 e 104, Código Civil. Valores jurídicos. Hermenêutica. Recurso provido. I – O negócio fiduciário, embora sem regramento determinado no direito positivo, se insere dentro da liberdade de contratar própria do direito privado e se caracteriza pela entrega de um bem, geralmente em garantia, com a condição, *verbi gratia*, de ser devolvido posteriormente. II – Na lição de Francesco Ferrara, ‘o negócio fiduciário, como querido realmente, produz todos os efeitos ordinários, ainda que entre si os contratantes assumam a obrigação pessoal de usar dos efeitos obtidos unicamente para o fim entre eles estabelecido’ (A *Simulação dos Negócios Jurídicos*, São Paulo, Saraiva, 1939, p. 76). III – No negócio simulado há uma distância entre a vontade real e a vontade manifestada, ao contrário do negócio fiduciário, no qual a vontade declarada corresponde à realidade. IV – No cotejo entre dois valores protegidos pelo Direito, cabe ao julgador prestigiar o de maior relevo e que no caso se manifesta com maior nitidez”.

43. Menezes Cordeiro, ob. cit., p. 707.

bilidade do Contrato de Operação de Posto de Gasolina em Relação a Terceiros, Faculdade de Direito da UERJ.

37. Melhim Chalhub, *Trust*, p. 25.

38. É natural em sistemas romano-germânicos a associação do *trust* à afetação patrimonial. V. Melhim Chalhub, *Trust*, pp. 91 e ss.

39. Há notícia de duas admissões: o patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias (Lei 10.931/2004) e os fundos de investimento regulados pela Lei 4.728/1965.

40. Código Civil, art. 1.361.

41. A extinção do usufruto pela causa que o origina pode ocorrer em duas hipóteses: ou usufruto

terreno alheio; além disso, consistirá na criação da propriedade sobre a construção ou plantação.⁴⁴

Em se tratando de direito de construir ou plantar sobre solo alheio, fica claro que o direito de superfície representa exceção ao chamado princípio da acessão. O direito de superfície pode então ser desmembrado em duas realidades: consistirá no direito de utilizar o domínio útil do solo alheio, excluído o subsolo, e também resultará na criação de uma propriedade superficiária, que terá por objeto a construção ou plantação lançada ao solo alheio. O direito de superfície é, portanto, o direito real sobre coisa alheia, e também uma forma de criação de propriedade resolúvel (art. 1.375). Portanto, para que se produzam os efeitos esperados, é vital a sua consignação no Registro de Imóveis.

O instituto não foi introduzido no Direito brasileiro, todavia, pelo Código Civil de 2002. A previsão inicial do direito de superfície se deu no chamado Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001. O direito de superfície se encontra regulado nos arts. 21 e ss. deste diploma legal, que tem por objetivo servir de instrumento para a criação de políticas urbanas nas cidades brasileiras. A superfície, neste quadro, insere-se com o objetivo de “democratizar o acesso à terra urbana e o de dinamizar o mercado imobiliário, permitindo a separação do direito de construir do direito de propriedade, barateando o processo de construção civil e fomentando a produção habitacional”.⁴⁵ A superfície, com efeito, facilita o adequado cumprimento da idéia de função social da propriedade, porque elemento dinamizador da ocupação do solo urbano, evitando, em

muitos casos, o ônus excessivo decorrente da compra do terreno, e possibilitando a renovação urbanística, dado que sempre temporária (art. 1.374, Código Civil; Estatuto da Cidade, art. 21).

Ocorre que esta superposição de regimes legais é problemática. Alguns, por exemplo, poderiam afirmar que a entrada em vigor do Código serve de meio de revogação dos dispositivos do Estatuto da Cidade atinentes ao direito de superfície. Os comentadores do Estatuto fazem entender que a superfície urbana será regrada pela Lei especial, enquanto a rural será normatizada pelo Código Civil. Por exemplo, vejamos a opinião de Maria Sylvia Di Pietro: “uma primeira conclusão, portanto, é no sentido de que o direito de superfície, tal como disciplinado nessa lei, não abrange imóveis rurais. Já no Projeto de Código Civil a extensão do instituto é maior, por que não distingue propriedade urbana ou rural. O art. 1.368 estabelece que ‘o proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente inscrita no registro de Imóveis’. Uma vez promulgado o novo Código Civil, e entrando em vigor, o direito de superfície poderá ser indistintamente utilizado pelo proprietário rural ou urbano”.⁴⁶

Entendemos que não se trata nem de revogação, nem de especialização legislativa: o Estatuto da Cidade estabelece diretrizes de política urbana. É sabido que os instrumentos urbanísticos (art. 4º, Estatuto) podem ser concretizados por meio da atuação direta de particulares (vide o próprio *caput* do art. 21). Isto, contudo, não retira do Estatuto o seu caráter de lei sumamente administrativa, cujas normas sobre direito privado são aplicadas na falta de dispositivos específicos e por analogia. Assim, se a superfície for instituída através

44. Ricardo Pereira Lira, *Temas de Direito Urbanístico*, p. 14. Em sentido oposto, Henrique Viegas de Lima, *O Direito de Superfície como Instrumento de Planificação Urbana*, pp. 377 e ss.; entendo que não existe propriamente uma propriedade superficiária no Direito brasileiro.

45. Letícia Marques Osório, “Direito de superfície”, in Letícia Marques Osório (org.), *Estatuto da Cidade e Reforma Urbana*, *passim*.

46. “Direito de superfície”, in Adilson de Abreu Dallari e Sergio Ferraz (orgs.), *Estatuto da Cidade*, p. 181.

da intervenção do Poder Público, com o dispêndio de recursos do Erário (art. 4º, § 3º, Estatuto), aplicar-se-ão as regras do Estatuto da Cidade, pois a superfície será instrumento de intervenção urbanística (que depende sempre da vontade estatal); se dois particulares, para o atendimento de seus negócios, sem que haja implicação na estrutura urbana alguma, decidem realizar um contrato superficiário, sem a intervenção e a promoção por parte do Estado, a normatividade aplicável será a do Código Civil.⁴⁷

A superfície não se confunde com o usufruto porque não é *intuitu personae*, fora as demais distinções de efeitos, nem com a servidão, porque prescinde de duplicidade de prédios e representa meio de suspensão do princípio da acessão. De qualquer modo, o regramento da superfície se parece, em muitos casos, com o do usufruto.

Superfície como método de planejamento tributário

Na citada operação Imboassica, a Petrobras, proprietária de terreno, constituiu superfície em benefício da Rio Bravo S/A; a referida, como estatuído na escritura, construiu nos termos avençados com a Petrobras, e locou o bem para ela (locação *built to suit*). A superfície, inicialmente concebida no Estatuto da Cidade como instrumento de planificação urbana, acaba encontrando uso como meio de planejamento tributário, alienando-se à Rio Bravo o dever de arcar com os tributos relativos ao imóvel (Código Civil, art. 1.371). A Petrobras, além disso, arca com o custo decorrente do pagamento do aluguel, restando todo custo imobiliário concentrado no passivo mobilizado, o que é interessante do ponto de vista tributário. Do ponto de vista operacional, também é alternativa benéfica, pois representa alienação de cus-

tos operacionais e de depreciação, pagando-se preço fixo.

A única ressalva fica por conta da possível reconsideração da operação sob os auspícios da norma antielisiva, introduzida com o advento da Lei Complementar 104/2001, passando o art. 116 do Código Tributário Nacional a contar com a seguinte redação: “A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.

A prática de negócios indiretos, objetivando finalidades que desbordem de sua causa, passa a ser desconsiderada no âmbito do Direito Tributário. Contudo, não imaginamos que a superfície no caso em comento tenha por objetivo dissimular nada, porque é, como verifica-se da própria escritura instituída, superfície, e a superficiária, Rio Bravo, não se comporta nem desejará se comportar como proprietária. Desta feita, as vantagens tributárias devem ser asseguradas, porquanto não se tenha buscado encobrir nada, apenas planejar.

Superfície e incorporação imobiliária

A superfície pode ser utilizada ainda para implementar uma incorporação imobiliária, a despeito da opinião contrária de Henrique Viegas de Lima.⁴⁸ Logo, em vez de uma escritura de incorporação nos moldes do art. 32 da Lei 4.591/1964, teríamos uma escritura de constituição de superfície, determinando como seriam exercidos os direitos pelos superficiários, vedada a cobrança de sucessivas verbas pelo dono do terreno, quando da transmissão. Uma vez terminado o prazo da superfície (art. 1.369, Código Civil), retornaria o bem ao dono do

47. Neste sentido, Ricardo Lira, “O direito de superfície e o novo Código Civil”, in *Aspectos Converteidos do Novo Código Civil*, p. 554.

48. Ob. cit., p. 383.

terreno, que daria o destino que considerasse adequado ao mesmo. Reforçando essa opinião, a Medida Provisória 292, de 26 de abril de 2006, reconheceu a possibilidade de financiamento imobiliário nos contratos de aquisição de superfície, em seu art. 6º, dentro do âmbito do Sistema Financeiro de Habitação.⁴⁹ Seria também possível a cumulação da constituição da superfície com a garantia do patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias, que protegeria *in casu* os adquirentes superficiários.⁵⁰

Superfície como negócio de garantia

A admissão da superfície como instrumento de garantia de dívidas esbarra em alguns óbices, que precisam ser necessariamente contornados. Em primeiro lugar, deve se ter em conta se é possível a constituição de superfície por cisão, uma vez que o art. 1.369 menciona o terreno como objeto da superfície, o que poderia ser interpretado como a possibilidade de constituição somente sobre terra nua.⁵¹ Ricardo Lira, em posicionamento diverso, que adotamos, entende possível a superfície constituída por cisão, de modo que o proprietário anterior se torna superficiário, alienando-se a propriedade do terreno para terceiro, ou mesmo a operação ocorrendo inversamente.⁵² O primeiro uso, contudo, é o mais relevante, pois é o que possibilita o uso da superfície em garantia.⁵³

49. "Art. 6º. A concessão de uso especial para fins de moradia, a concessão de direito real de uso e o direito de superfície podem ser objeto de garantia real, assegurada sua aceitação pelos agentes financeiros no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação."

50. Art. 30 da Lei 4.591/1964, com a redação dada pela Lei 10.931/2004.

51. Opinião de Viegas de Lima, ob. cit., p. 379.

52. "O direito de superfície...", cit., p. 543.

53. O Enunciado 250 da 3ª Jornada de Estudos sobre o Novo Código Civil, do Conselho de Justiça Federal, admite que o direito de superfície pode ser constituído por cisão.

Entendemos lícita a superfície por cisão, e seu uso em garantia. A propriedade do terreno seria alienada ao credor, que, em caso de não pagamento, consolidar-se-ia como dono do bem. A tese é compatível com a atipicidade do negócio fiduciário, tantas vezes afirmada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, nos acórdãos por ele relatados no Superior Tribunal de Justiça.⁵⁴ Não se ignora, entretanto, que pensamento diverso pode prevalecer, desde que se ignore o fato de que a abusividade e o caráter usurários dos negócios só podem ser aferidas diante do caso concreto, e que em uma operação entre grandes *players* do mercado, na qual se admitisse figuras limítrofes no direito nacional como a fiança *omnibus* e a assunção fidejussória de dívida, poder-se-ia admitir o uso da superfície como garantia. Não se pode, em caso como esse, imaginar que a superfície é instrumento para burlar a vedação do pacto comissório (Código Civil, art. 1.428), consideração que atiraria a superfície para o campo da fraude à lei.⁵⁵ Infelizmente, a hi-

54. Outro exemplo, REsp 57.991-SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: "*Civil. Negócio fiduciário. Transferência de propriedade de imóvel em garantia de dívida. Pedido de declaração de existência do pacto. Efeito natural de retorno ao estado anterior. Com anulação da escritura. Prescrição. Incidência da norma do art. 177 e não do art. 178, § 9º, V, 'b', Código Civil. Inexistência de ação anulatória e nem mesmo de simulação. Recurso desacolhido.* I – O negócio fiduciário, embora sem regramento determinado no direito positivo, se insere dentro da liberação de contratar própria do direito privado e se caracteriza pela entrega fictícia de um bem, geralmente em garantia, com a condição de ser desenvolvido posteriormente. II – Reconhecida a validade do negócio fiduciário, o retorno ao estado anterior e mero efeito da sua declaração de existência, pelo que o bem dado em garantia de débito deve retornar, normalmente, a propriedade do devedor. III – Inocorre, assim, qualquer pretensão desconstitutiva de contrato, mas sim declarativa de validade, o que afastaria a prescrição definida no art. 178, § 9º, V, 'b' do Código Civil. E nem mesmo se trata de simulação, porque no negócio simulado há um distanciamento entre a vontade real e a vontade manifestada, inexistente no negócio fiduciário".

55. Como na decisão do STJ, REsp 41.233-SP, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro: "*Pacto comis-*

pótese não nos parece distante, sobrelevando-se a cada dia a necessidade de reforço doutrinário sobre a especificidade da interpretação dos negócios empresariais, sempre pautados pela consensualidade.

Conclusão

O Direito Privado vive um dilema na contemporaneidade: como se adaptar à interferência da esfera pública, sem perder as suas características mais essenciais. Uma delas, não nos esqueçamos, é a elaboração social, que ocorre sempre em um processo indutivo. Por conseguinte, institutos originariamente concebidos como instrumentos de proteção da família, ou ainda como instrumentos de planificação urbana, podem ganhar outros usos e contornos, desde que a autonomia privada alce seu vôo e os leve para outras paragens.

Quando a funcionalização dos institutos, questão cara ao direito privado contemporâneo, é utilizada como método de incentivo à atividade empresarial, tende a ser repudiada. Não há, por outro lado, nenhuma associação apriorística entre funcionalização e interesses existenciais. Podem e devem os interesses patrimoniais sofrer os resultados da funcionalização não somente para sua submissão aos interesses existenciais, bem como também para sua otimização e exploração de todas as suas potencialidades, no percurso da livre iniciativa.

Não há como retirar a criatividade do direito privado, pois ela é o seu esteio mais

sório. Simulação a proibição atinge todas as hipóteses em que, para garantir o pagamento de mútuo, se convençione deva o credor ficar com bem de propriedade do devedor. A dação em pagamento é lícita quando visa simplesmente a saldar o débito, não se vislumbrando que a ela se tenha condicionado o mútuo. Hipótese em que isso não ocorreu, pois a renegociação da dívida, com a concessão de novo prazo, vinculou-se a negócio simulado em que o credor recebeu bens e, na mesma oportunidade, prometeu vendê-los ao devedor, mediante pagamentos mensais que, em realidade, correspondiam a amortizações do empréstimo. Nulidade reconhecida”.

firme. E, conquanto existam leituras existenciais dos direitos reais, e sejam elas teoricamente importantes,⁵⁶ não se pode ignorar tão relevante vocação do direito privado, para que haja funcionalização e distribuição da riqueza, mas para haja sobretudo riqueza, potencializada e incrementada pelo direito privado.

Bibliografia

- ARONNE, Ricardo. *Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.
- ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 7ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2001.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Aspectos do usufruto de imóvel ou de empresa no processo de execução”, in *Temas de Direito Processual Civil*. 3ª Série, São Paulo, Saraiva, 1984.
- BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. São Paulo, Max Limonad, 1969.
- BESSONE, Darcy. *Direito Reais*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996.
- BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos EUB Comentado*. v. III, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1956.
- BEZERRA FILHO, Manoel. *Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada*. São Paulo, Ed. RT, 2006.
- BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1964.
- CAMINHA, Uinie. “Penhorabilidade de cotas sociais nas sociedades por cotas de sociedades limitadas”, *RDM* 112/104-126.
- CARDOSO, Patrícia. *A Oponibilidade do Contrato de Operação de Posto de Gasolina em Relação a Terceiros*. Monografia inédita depositada na Faculdade de Direito

56. Além do trabalho de Viegas de Lima, já citado, o livro de Ricardo Aronne, *Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados*, *passim*.

- da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
- CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Do Usufruto, do Uso e da Habitação*. Rio de Janeiro, Coelho Branco Editor, 1922, p. 29.
- CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1976.
- CHALHUB, Melhim. *Negócio Fiduciário*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- _____. *Trust*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.
- FAZZIO JR., Waldo. *Nova Lei de Falência e Recuperação Judicial de Empresas*. 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2005.
- GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- LACERDA DE ALMEIDA. *Direito das Causas*. v. I, Rio de Janeiro, J. Ribeiro Santos, 1910, p. 347.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. "O direito de voto de ações gravadas com usufruto vidual", in *RTDC* 14/240.
- LESSA, António Campos. *Usufruto e Arrendamento*. Coimbra, Almedina, 1984.
- LIMA, Frederico Viegas de. *O Direito de Superfície como Instrumento de Planificação Urbana*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.
- LIRA, Ricardo César Pereira. *Temas de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro, Renovar, 1998.
- _____. "O direito de superfície e o novo Código Civil", in *Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil*. São Paulo, Ed. RT, 2003.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Direitos Reais*. Lisboa, Lex, 1993.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Direitos Reais*. 5ª ed., Coimbra, Coimbra, 1993.
- OSÓRIO, Letícia Marques (org.). *Estatuto da Cidade e Reforma Urbana*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 2002.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. v. IV, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra, Almedina, 1995.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. v. 3, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2003.
- VIANA, Marco Aurélio. *Comentários ao Novo Código Civil*. v. XVI, Rio de Janeiro, Forense, 2003.
- WALD, Arnaldo. "Do regime jurídico do usufruto de cotas de sociedade de responsabilidade limitada e de ações de sociedades anônimas", *RDM* 77/7.