



Direito de superfície dará segurança a novos empreendimentos imobiliários

A passos crescentes, o direito de superfície vem se tornando importante instrumento não só na realização de empreendimentos imobiliários, mas como na implantação de empreendimentos outros, em geral de grande porte, que exigem maior segurança quanto ao tempo de fruição do bem imóvel, sem contudo depender de investimento em ativo imobilizado, o que possibilita a destinação de recursos a investimentos geradores de maior retorno de riqueza.

Recentemente, em 13 de julho, o Município de São Paulo publicou o Decreto 51.627, Regulamento do Imposto sobre Transmissão de Imóveis – ITBI, cuja importância maior está em revelar o entendimento do Poder Executivo do Município de São Paulo sobre a aplicação das leis do ITBI, inclusive no que se refere à incidência sobre as operações relativas ao instituto de direito de superfície.

Foi com a Lei Municipal 14.125, de 30/12/2005, artigo 6º, que a legislação de São Paulo tratou expressamente da incidência do ITBI sobre a transmissão do direito de superfície, alterando a redação dos artigos 2º, 6º. e 7º. da Lei 11.154/1991, ambos diplomas regulamentados pelo Decreto 51.627, de 13/07/2010.

Inicialmente, o direito de superfície, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por ocasião da publicação do Estatuto da Cidade, Lei Federal 10.257, de 10/07/2001, como instrumento de viabilização da função social da propriedade, objetivava os imóveis urbanos. Foi através do Código Civil Brasileiro, Lei 10.046, de 10/01/2002, artigos 1.369 a 1.377, que se estendeu esse direito aos imóveis rurais.

O direito de superfície é o direito de fruição sobre terreno, que pode ser cedido pelo proprietário a terceiro para o fim de construir ou plantar. No final do contrato, a propriedade plena volta ao proprietário, incluindo a construção ou plantação, independentemente de indenização, salvo estipulação em contrário. Caracterizando-se como direito real, a sua transferência necessita da lavratura de escritura pública e do respectivo registro no Cartório de Registro de Imóveis.

O direito de superfície pode ser concedido a título oneroso ou gratuito e pode ser transmitido por ato inter vivos ou causa *mortis*.

Tratando-se, portanto, de direito real passível de ser transmitido, como fato revelador de riqueza, a concessão de direito de superfície se enquadra no fato eleito pela Constituição Federal como possível de ser objeto de norma de incidência tributária de competência dos Municípios, o ITBI, previsto no artigo 156, inciso II: “(...) III- transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; (...).

Por ocasião da introdução do direito de superfície no nosso ordenamento jurídico, surgiu a questão sobre a necessidade de lei tributária municipal específica para a cobrança do ITBI sobre a transmissão do direito de superfície, uma vez que, quando da promulgação da Constituição Federal e das leis municipais

que lhe seguiram, não existia esse direito.

Especificadamente no Município de São Paulo, essa transmissão, em tese, subsumia-se ao critério material amplo da hipótese de incidência do ITBI previsto na Lei Municipal 11.154, de 30/12/1991, inciso XII: “ O imposto sobre transmissão Inter Vivos de bens imóveis e de direitos reais sobre eles tem como fato gerador: I – a transmissão Inter Vivos, a qualquer título, por ato oneroso : a) de bens imóveis, por natureza ou acessão física; (...)”. E completa a norma, o disposto no artigo 2º, inciso XI: “Estão compreendidos na incidência do imposto: (...)XII- todos os demais atos onerosos translativos de imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis.”

Porém, surgiram questionamentos quanto à falta de previsão dos demais critérios necessários para a cobrança do ITBI, em especial, os relativos à definição do sujeito passivo e à apuração da base de cálculo.

Pretendeu cumprir essa função a Lei 14.125/2005, lei tributária municipal, que explicitamente referiu-se ao ITBI incidente sobre as transmissões decorrentes do direito de superfície.

Com efeito, indicou como fato gerador do imposto a instituição e a extinção do direito de superfície e como contribuintes os superficiários e os cedentes, respectivamente, nas instituições e nas cessões do direito de superfície. Porém, nada dispôs quanto ao sujeito passivo na hipótese de sua extinção, apenas mencionou-a como fato gerador.

Em princípio, confirma a intenção do legislador em alcançar a extinção distintamente porque ao definir a base de cálculo, no parágrafo 4º, do artigo 7º, da Lei nº 14.125/2005, dispôs que: “(...) Parágrafo 4º Na extinção e na cessão do direito de superfície, deverá ser considerada na composição da base de cálculo, além do valor do terreno, nos termos do parágrafo 3º, as benfeitorias e acessões introduzidas no imóvel pelo superficiário ou cedente” (grifo nosso).

Diante da omissão do legislador em indicar expressamente o sujeito passivo tributário na relação jurídica tributária decorrente da extinção do direito de superfície, questionamo-nos se o legislador, de fato, pretendeu eleger como hipótese de incidência tributária distinta a extinção do direito de superfície, submetendo o proprietário à regra geral de contribuinte como adquirente e, portanto, sujeito passivo nos tributos incidentes sobre a transmissão onerosa de bens imóveis. E, se assim pretendeu, poderia tê-lo feito?

Em outras palavras, poderia a extinção do direito de superfície ser eleita como critério material da hipótese de incidência do ITBI? Parece-nos que não.

O critério material do ITBI é a transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis por natureza ou acessão física, e direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, assim como cessão de direitos à sua aquisição.

Evidencia-se que o núcleo do critério material é a transmissão. Na extinção do direito de superfície há transmissão? E havendo esta, ela é onerosa? Representa uma riqueza para o proprietário relativamente ao terreno, capacitando-o a ser eleito como sujeito passivo com observância do princípio da capacidade



contributiva?

Como causa de extinção do direito de superfície podemos citar: termo final do contrato; inadimplemento do superficiário (que por vezes a hipótese poderá ter sido objeto de cláusula resolutória); pela renúncia do direito pelo superficiário; pelo distrato; pelo perecimento do terreno; pela desapropriação; etc.

Salvo as hipóteses de desapropriação e perecimento, nas demais modalidade de extinção do direito de superfície, a coisa superficiária se incorpora ao solo/terreno do proprietário.

Quanto à coisa superficiária, construção ou plantação, entendemos que a sua transferência para o proprietário do terreno, como signo de riqueza, poderia configurar a hipótese de incidência do ITBI, porém, não vislumbramos necessariamente a onerosidade.

A onerosidade da operação nem sempre estará presente, como por exemplo, no caso do contrato em que as prestações foram cumpridas no decorrer do prazo contratual com a resolução automática por ocorrência do termo final. Essa extinção decorrente do termo final do contrato, segundo o nosso entendimento, isoladamente, não é onerosa. As contraprestações a que se obrigaram as partes teriam sido cumpridas no decorrer da execução do contrato.

Por outro lado, se quanto à coisa superficiária pode admitir-se, em tese, a transmissão na extinção, certamente não podemos afirmar o mesmo quanto ao terreno.

Com a extinção do direito de superfície por ocorrência do termo final, a propriedade do terreno se reverte ao alienante de pleno direito, independentemente de qualquer ato de transmissão ou do respectivo registro no Cartório de Imóveis. E, também nesse caso, evidencia-se a ausência de onerosidade na extinção do direito de superfície.

Através desses questionamentos, verifica-se que o instituto do direito de superfície, sob o aspecto tributário, demandará ações dos contribuintes para garantirem o seu direito de somente se sujeitar aos tributos que tenham todos os elementos de sua hipótese de incidência e de sua relação jurídico tributária previamente definidos em lei, principalmente no que se refere à incidência do ITBI na extinção do direito de superfície.

Date Created

27/11/2010