



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

**O DIREITO DE SUPERFÍCIE
EM RELAÇÃO AO ESTATUTO DA CIDADE
(LEI Nº 10.257, DE 10 DE JULHO DE 2001)**

RAMON NEPUMUCENO DE AGUIAR CINTRA

São Paulo

2014

RAMON NEPUMUCENO DE AGUIAR CINTRA

**O DIREITO DE SUPERFÍCIE
EM RELAÇÃO AO ESTATUTO DA CIDADE
(LEI Nº 10.257, DE 10 DE JULHO DE 2001)**

Monografia apresentada como parte das atividades para obtenção da Especialização em Direito Imobiliário à banca examinadora da PUC-SP, sob orientação do Professor Dr. Everaldo Augusto Cambler.

São Paulo

2014

AUTOR: RAMON NEPUMUCENO DE AGUIAR CINTRA

**TÍTULO DA MONOGRAFIA: O DIREITO DE SUPERFÍCIE EM RELAÇÃO AO
ESTATUTO DA CIDADE (LEI Nº 10.257, DE 10 DE JULHO DE 2001)**

Monografia apresentada à banca examinadora da PUC-SP, como exigência para
obtenção da Especialização em Direito Imobiliário, sob orientação do Professor Dr.
Everaldo Augusto Cambler.

BANCA EXAMINADORA:

1º Nome do Professor -

2º Nome do Professor –

AVALIAÇÃO:

DATA DA APRESENTAÇÃO:

NOTA DO 1º EXAMINADOR: _____

MÉDIA: _____

NOTA DO 2º EXAMINADOR: _____

Dedico este trabalho ao Grande Arquiteto do Universo,
que proporcionou esta oportunidade ímpar em minha vida,
aos meus pais, Ana Maria e Virgílio, e a minha avó Odete,
por me guiarem sempre pelo caminho do bem.

“Eu entendo que um homem possa olhar para baixo, para a terra, e ser um ateu, mas não posso conceber que ele olhe para os céus e diga que não existe um Deus.”

- Abraham Lincoln -

RESUMO

CINTRA, Ramon Nepumuceno de Aguiar. *O Direito de Superfície em relação ao Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001)*. São Paulo. 2014. Monografia (Especialização em Direito Imobiliário). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

A evolução do Direito Imobiliário de maneira geral fez com que o direito de superfície fosse reintroduzido no ordenamento jurídico brasileiro, sendo desta forma novamente analisado, entretanto sob uma nova ótica, a do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, junto ao Código Civil de 2002, legislações cronologicamente próximas. Tais ordenamentos jurídicos possuem estruturas próprias, com campos de incidência distintos, ocasionando a dificuldade de sua aplicação prática, tendo em vista o emaranhado de normas conflitantes. Cabe ressaltar que o instituto de direito de superfície voltou a ter a sua importância reconhecida haja vista os atuais entendimentos jurídicos, cada vez mais direcionados ao cumprimento da função social da propriedade, estabelecido em nossa Constituição Federal, como instrumento de mudança e valorização das terras, proporcionando novas diretrizes na política urbana e agrária. Este trabalho tem por finalidade uma análise crítica do instituto de direito de superfície em relação aos diplomas legais que o norteiam, objetivando com isso que tal instrumento realmente seja utilizado em nossos dias, de maneira efetiva e eficaz, sendo fonte de estímulo para investimento no país e desenvolvimento na área da construção civil. Por fim, os levantamentos realizados neste trabalho visam fornecer subsídios a todos profissionais do Direito, em especial àqueles do Direito Imobiliário, atendendo as demandas da sociedade brasileira com mais qualidade a cada dia.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO DE SUPERFÍCIE. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. POLÍTICA URBANA E AGRÁRIA. NORMAS CONFLITANTES. DIREITO REAL.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO DIREITO DE SUPERFÍCIE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3 OS SISTEMAS LEGISLATIVOS (ESTATUTO DA CIDADE E O CÓDIGO CIVIL): UMA ANÁLISE COMPARATIVA

4 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

5 TEORIA GERAL DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

5.1 CONCEITO

5.2 ESTRUTURA DO DIREITO SUPERFICIÁRIO

5.3 A AUTONOMIA DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

5.4 FORMAS DE CONSTITUIÇÃO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

5.4.1 O DIREITO DE SUPERFÍCIE CONSTITUÍDO POR USUCAPIÃO

5.5 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

5.6 DIREITOS E DEVERES DO CONCEDENTE E SUPERFICIÁRIO

5.7 FORMAS DE EXTINÇÃO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE E SEUS EFEITOS

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREVIATURAS

Art.	-	Artigo
Arts.	-	Artigos
CF	-	Constituição Federal
CRFB	-	Constituição da República Federativa do Brasil
CC	-	Código Civil
EC	-	Estatuto da Cidade
CCB	-	Código Civil Brasileiro
§	-	Parágrafo

INTRODUÇÃO

Vivemos em um mundo repleto de mudanças sociais, políticas e jurídicas, onde novos paradigmas são estabelecidos em ritmo acelerado. Muitas dessas mudanças são reflexo da Constituição Federal de 88, que norteou outros ordenamentos jurídicos fundados em seus princípios e garantias constitucionais.

Nesse sentido, o legislador infraconstitucional ao tratar do exercício da propriedade, através de seu direito, submete-se à função social, resgatando aos novos tempos o direito de superfície como seu instrumento, que já não era mais utilizado. Com o surgimento do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001), criou-se um instrumento jurídico capaz de realizar uma política urbana e agrária, talvez ainda influenciado pela bagagem ideológica do Código Civil de 1964, que à luz da Constituição da República de 88, fez uma nova releitura do papel do Estado, de suprir o direito fundamental social à moradia, a partir de uma noção democrática do direito de propriedade, o da função social da propriedade.

O Direito de superfície foi reintroduzido no Código Civil de 2002, e com esta última regulamentação, algumas dúvidas foram geradas sobre a utilização do direito de superfície como instrumento de política urbana e agrária. Alguns doutrinadores defendem inclusive a revogação do Estatuto da Cidade com a finalidade de dirimir os conflitos de normas entre os dois sistemas legislativos.

Este trabalho tem como objetivo demonstrar o quão relevante foi o retorno do instituto de direito de superfície para a racionalização do solo urbano, bem como para o desenvolvimento econômico do país, embora seja tal instrumento ainda pouco utilizado nas relações jurídicas.

Para tanto, dividimos o estudo em duas partes. Na primeira parte, depois de estabelecida a premissa metodológica de análise do instituto sobre a perspectiva civil-constitucional e feita a clivagem de seu processo histórico, analisamos os sistemas legislativos para, enfim, aprofundarmos a Teoria Geral do Direito de Superfície com suas respectivas normas conflitantes. Na segunda parte, merece destaque a análise comparada do instituto no Estatuto da Cidade e no atual Código Civil, a fim de desmistificar a questão do conflito temporal de leis.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

As *superfícies* surgiram no período tardio do direito romano, durante o período romano-helênico, quando passou a ser admitida a possibilidade de separação da propriedade superficiária como exceção ao princípio da acessão, até então vigente.

Vigou, portanto, no direito clássico, bem como no direito pré-clássico romano¹, consequência natural e necessária do direito de propriedade, por força da qual o proprietário adquiria o domínio de tudo que viesse a integrar o solo, englobando-se, assim, tanto as plantações quanto as construções.

No início prevaleceu o princípio da acessão – *superfícies solo cedit*, segundo o qual, tudo o que se incorpora ao solo entra para o domínio de seu proprietário, confirmando o critério da absoluta senhoria do dono sobre a coisa – *usque ad sidera et usque ad inferos*, de acordo com o mesmo a edificação erigida sobre o solo não poderia ser de outrem que não o seu dono. Cabe ressaltar, que em época mais remota, os romanos sequer distinguiam as coisas corpóreas, não discriminando a coisa do direito existente sobre ela². Assim sendo, somente a partir do momento em que os romanos admitiram a existência de coisas incorpóreas é que o domínio passou a sofrer certas limitações.

A origem do direito de superfície está nas concessões de solo público, arrendamentos pertencentes aos municípios (do *populus romanus, municipia* e outras comunidades locais) a particulares, dando-lhes a faculdade de nele construir e gozar da construção de modo exclusivo. Contudo, registra Ricardo Pereira Lira, o nascimento do direito de superfície adveio da “necessidade de adaptação às condições sociais dos novos tempos, dando-se paliativo às consequências antieconômicas do conceito romano de domínio”.³ O contrato era por longuíssimo prazo, mediante pagamento de foro anual ao proprietário, chamado de *solarium*.

Posteriormente, portanto, em época que não se pode precisar com absoluta certeza, tornou-se comum a concessão inclusive entre particulares, fato que

¹ MOTA, Mauricio Jorge Pereira da. *O Direito de Superfície no Direito Romano*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro: Renovar, n. 5, 1997. p. 284.

² DERBLY, Rogério José Pereira. *Direito de Superfície*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2543>>. Acesso em 14/10/2014.

³ LIRA, Ricardo Pereira. *O Moderno Direito de Superfície*. In: LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 20.

demonstra a migração desse instituto do direito público para o direito privado. Assim, cedeu-se, lugar aos direitos de quem produzia sobre o solo de outrem com os seus esforços e trabalho. Mister se faz destacar que, no Direito Romano, a natureza da relação entre o concedente e o concessionário nasceu obrigacional, porque o primeiro pagava ao segundo um *solarium*.

A relação era, inicialmente, obrigacional, pois encontrava o superficiário a proteção de seus direitos em uma *actio in personam, ex conducto* ou *ex empto*. Apenas com o trabalho dos pretores é que a natureza jurídica da relação passou a ser real. Bruno Albuquerque Baptista explica que, em relação ao direito de superfície no Direito Romano a natureza jurídica do instituto não era, inicialmente, real e sim obrigacional. “Foi somente a ação dos pretores que permitiu o uso da superfície como direito real, conferindo-lhes defesa possessória por intermédio de um instituto próprio denominado *interditum de superficiebus*”.⁴

Efetivamente o direito de superfície só passou a ter aplicação no período pós-clássico e principalmente durante a fase justinianéia, estendendo-se o instituto aos terrenos particulares e com a concessão de uma *actio in rem*, oponível *erga omnes*, criou-se um novo instituto de direito real sobre coisa alheia. Podia ser transmitida a título gratuito ou oneroso. Em um primeiro momento, assim como a enfiteuse, surgiu como forma de concessão de terrenos públicos, para só posteriormente ser utilizado para a concessão de terrenos privados.

Posteriormente, tornou-se comum a concessão inclusive entre particulares, fato que demonstra a migração desse instituto do direito público para o direito privado. Desta forma, cedeu-se lugar aos direitos de quem produzia sobre o solo de outrem com os seus esforços e trabalho. Na Idade Média o direito de propriedade do superficiário prevalecia sobre o do proprietário do solo quando tivesse por objeto a plantação.

Importante salientar, que nenhum dos primeiros grandes Códigos da Era Moderna contemplou a superfície. Nesse sentido, tal direito era inicialmente de natureza obrigacional, já que assegurava ao arrendatário apenas o direito de usar e fruir. Marcos Alcino Azevedo Torres afirma que somente no período pós-clássico é que foi conferida ao superficiário uma ação real contra o dono do solo,

⁴ BAPTISTA, Bruno de Albuquerque. *Direito Real de Superfície*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2360>>. Acesso em: 14/10/2014.

“transformando então o direito de superfície em um direito real, alienável e transmissível aos herdeiros”.⁵ Destaca-se inclusive que, posteriormente, com Justiniano, o direito de superfície é quase absoluto, não tendo o superficiário obrigações perante o proprietário e, o pagamento do *solarium* deixa de integrar a essência do direito.

O direito bárbaro, por sua vez, não prestigiava o princípio *superficies solo cedit*, ao revés: foi por sua influência que se começou a admitir a separação entre a propriedade do solo e a da plantação ou construção, como regra geral.

E com esta base histórica damos andamento ao presente trabalho, onde discorreremos sobre os antecedentes históricos do Direito de superfície em nosso ordenamento jurídico pátrio.

⁵ TORRES, Marcos Alcino Azevedo. *Direito de Superfície*. Disponível em: <<http://www2.uerj.br/~direito/publicações/diversos/malcino.html>>. Acesso em: 14/10/2014.

2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO DIREITO DE SUPERFÍCIE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito de superfície há muito tempo surgiu no ordenamento jurídico brasileiro, num primeiro momento em função das Ordenações do Reino que aqui tinham vigência. Esse direito se manteve, inclusive, após a independência, até o advento da Lei 1.234/1864, que deixou de enumerar a superfície como um dos direitos reais.

O Código Civil de 1916 não elencou a superfície como um direito real. De acordo com a teoria *numerus clausus*, só é direito real o que é instituído como tal por lei. Recentemente, duas leis tratam da superfície como direito real, são elas: o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01) e o Código Civil (Lei nº 10.406/02), que elenca como direito real, no seu artigo 1225, II.

Alguns autores entendem ter sido o direito de superfície reintroduzido no ordenamento brasileiro sob a forma de concessão de direito real de uso pelo Decreto 271/61. No entanto, Ricardo Lira⁶ afirma ser tal concessão essencialmente diferente da superfície, pois não suspende os efeitos da acessão.

A recepção do Direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro deu-se de maneira não linear e tampouco pacífica, assim sendo, a doutrina, algumas vezes, mostra-se arredia quanto a sua adoção. O Direito de Superfície surgiu no Brasil como propriedade no contexto de desapropriação por interesse social, através da Constituição da República Federativa do Brasil de 1946, cujo seu Art. 147, *caput*, relatava sobre o uso da propriedade assim expondo:

O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no Art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

Conforme já referido, predomina em nosso ordenamento o princípio *superficies solo cedit*, ou da acessão, pelo qual tudo aquilo que se planta ou edifica sobre solo alheio é de propriedade do dono do solo. Esta acessão poderá ser *discreta* ou *contínua*. A primeira refere-se ao resultado de desenvolvimento natural

⁶ LIRA, Ricardo Pereira. *O Direito de Superfície e o Novo Código Civil*. Rio de Janeiro. Revista Forense. n. 364. nov./dez. 2002. p. 262.

da própria coisa, como os frutos da árvore ou a cria de animais. A segunda tem na origem uma união exógena das coisas, algo que se dá de fora para dentro, como por exemplo, na hipótese de uma construção ou de uma plantação.⁷

Não obstante, poderá haver uma *suspensão* do princípio da acessão, quando a relação superficiária for por tempo determinado, ou *interrupção*, na hipótese de ser perpétua.

Este é o resultado do Direito de superfície, cujo conceito, nas palavras de Ricardo Pereira Lira, assim se apresenta:

“É o Direito real sobre coisa alheia, autônomo, temporário ou perpétuo, de fazer uma construção ou plantação sobre ou sob o solo alheio, ficando a construção ou plantação da propriedade de quem constrói ou planta, bem como é o direito de manter essa propriedade sobre solo alheio”.⁸

Silvio Rodrigues define o instituto da seguinte maneira:

“O direito de superfície ocorre quando o proprietário concede a outrem a prerrogativa de construir ou plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Imóveis”.⁹

Assim, por sua autonomia, o Direito real de superfície é transmitido tanto por negócio jurídico *inter vivos*, como por *causa mortis*. Para sua proteção, são utilizáveis todas as ações petórias e possessórias, e, por fim, não faz parte do patrimônio do dono do solo, não sendo por isso, passível de satisfazer eventuais credores deste, por exemplo, em um processo de execução.

No Brasil, o Direito de superfície era contemplado pela legislação até meados do século XIX (Lei Geral de Hipotecas de 1864). Já o Código Civil de 1916 não o incluiu entre os direitos reais, muito embora contivesse institutos que dele se aproximam, de certa forma, como a *enfiteuse*, a *concessão de uso* e o *usufruto*, que, contudo dele se diferem.

O direito de propriedade foi inserido literalmente com a CRFB de 1967, visando atender ao princípio da função social da propriedade. Neste sentido o Art.

⁷ LIRA, Ricardo Pereira. *Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil*: Escritos em Homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. Coordenadores: Arruda Alvim, Joaquim Portes de Ferreira César, Roberto Rosas. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 541.

⁸ LIRA, Ricardo Pereira. Obra citada, p. 542.

⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Direito das Coisas*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007. vol. 5. p. 275.

157 da CRFB expõe que:

A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: Inciso III - função social da propriedade.

Em 1969, com a Emenda Constitucional, o ordenamento jurídico continuou com a forma de defender a propriedade modificando e aprimorando o Art. 157 da CRFB anterior para o Art. 160, onde dispunha que:

A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: Inciso III - função social da propriedade.

Com a conquista da atual CRFB promulgada em 1988, o direito relacionado à propriedade foi consagrado pelo princípio do direito de propriedade e pelo princípio da propriedade e sua função social na ordem econômica. A inovação formou um novo Capítulo, com o Título: Da Política Urbana.

O Princípio do Direito de Propriedade foi relatado na Constituição Cidadã através do Artigo 5º, Inciso XXII e XXIII onde expõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, sendo garantido o direito de propriedade desde que atendida a sua função social.

A doutrinadora Regina de Fátima C. F. Ferreira expõe em seu artigo, sobre o a Conquista do artigo 182 e 183 da CRFB ao assim argumentar:

Da Emenda Popular de Reforma Urbana, construída pelo Movimento Nacional de Reforma Urbana, a Assembléia Nacional Constituinte absorveu apenas dois artigos – os artigos 182 e 183 – que constituem o capítulo sobre a Política Urbana. O artigo 182 incorporou dois princípios fundamentais: a função social da propriedade, submetendo o direito de propriedade ao interesse coletivo e a função social da propriedade, submetendo o direito de propriedade ao interesse coletivo, e a função social da cidade, definindo que a política de desenvolvimento urbano tem como objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades.¹⁰

O Art. 182 da atual CRFB discorre sobre a política de desenvolvimento urbano¹¹, e em relação ao Art. 183 da CF, este descreve sobre qual área é

¹⁰ FERREIRA, Regina Fátima C.F. *A Constituição Cidadã e o Direito a Cidade: 20 anos de luta e muito desafio*. <http://www.fase.org.br/v2/admin/anexos>. 2008. Acesso em 15/10/2014.

¹¹ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme

caracterizada como urbana¹².

Por seu turno, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01), prevê, em seu art. 39, que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta lei.

Do teor dos dispositivos legais supra declinados, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro, ao traçar suas diretrizes para a política urbana, define como ponto essencial garantir o cumprimento da função social da propriedade, e aponta como instrumento fundamental para atingir esta meta o plano diretor, cujas exigências irão indicar como será exercido o direito individual de propriedade, dentro de um contexto que não inviabilize o acesso aos espaços habitáveis daquela expressiva maioria da população que nada tem.

Diante de todo o exposto, criou-se o Estatuto da Cidade, com a finalidade de regulamentar o Capítulo de “Política Urbana” da Constituição Cidadã, bem como,

diretrizes gerais fixadas em lei tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

¹² Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

estabelecer normas de ordem pública e de interesse social que regulam o uso da propriedade. Logo após o surgimento do EC, nasceu o Código Civil, complementando-o, entretanto com isso, eclodiram-se algumas normas conflitantes, que com o estudo detalhado da matéria, veremos que tais legislações podem ser aplicadas de maneira conjunta.

Desta forma, em seguida, serão abordados com maior profundidade os atuais Sistemas Legislativos que regem o Direito Real de Superfície, o Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001), e o Código Civil de 2002, com a observância da função social da propriedade.

3 OS SISTEMAS LEGISLATIVOS (ESTATUTO DA CIDADE E O CÓDIGO CIVIL): UMA ANÁLISE COMPARATIVA

Os atuais Sistemas Legislativos que regem o Direito de Superfície no Brasil são o Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001), e o Código Civil de 2002. E para que possamos aplicar corretamente as normas relativas ao instituto, devemos destrinchar tais sistemas legislativos e compreender de maneira por menorizada os seus contextos políticos, sociais e de ordem econômica.

O Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001, foi criado após 18 anos de luta dos movimentos urbanistas pela aprovação da Emenda Constitucional 26 na qual dispõe sobre o direito social à moradia. O Estatuto da Cidade veio regulamentar os artigos 182 e 183 da CRFB, fortalecendo a legislação sobre áreas denominadas urbanas.

Contudo, o conflito temporal se dá, especificamente, entre os Arts. 21 a 24, da Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e os Arts. 1.369 a 1.377, da Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o Código Civil, uma vez que ambos os diplomas legais regularam de forma completa o instituto do Direito de superfície.

No ordenamento jurídico pátrio, o Direito de superfície ressurgiu tanto no âmbito do Direito Civil como do Direito Urbanístico, deixando de ser considerado como simples figura do Direito romano. Dentre seus principais objetivos, ensina Letícia Marques Osório:

“[...] está o 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”.¹³

Na Lei de Introdução ao Código Civil, a regra defluente do Art. 2º, § 1º¹⁴, prega a revogação da lei anterior quando lei posterior regular integralmente a mesma

¹³ OSÓRIO, Letícia Marques. *Direito de Superfície*. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 176.

¹⁴ “Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

matéria de que tratava a lei anterior.

Circunstâncias históricas fizeram com que o direito de superfície fosse introduzido na legislação brasileira¹⁵ em dois textos distintos e cronologicamente muito próximos, o Estatuto da Cidade e o Código Civil, apresentando unidade estrutural, mas com campos de incidência distintos, além de normas conflitantes, fato que gera alguma dificuldade na sua aplicação.

Necessário, pois, antes de analisar o instituto, solucionar uma questão prévia, consistente em saber se houve ou não revogação do Estatuto da Cidade pelo Código Civil no que toca o regime superficiário.

O problema é tormentoso, impondo-se criar uma solução conciliatória, calcada no bom senso e no pragmatismo. Há quem sustente ter havido revogação do Estatuto da Cidade pelo Código Civil, uma vez que teria regulado a mesma matéria (direito de superfície), na forma do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil. É que o Código Civil, tendo entrado em vigor em 2004, teria revogado, neste particular, o Estatuto da Cidade, que é de 2001.

No tocante à elaboração da escritura pública para constituição do direito de superfície, será utilizado sempre o regime previsto no Código Civil, que abrange tanto a superfície rural como a urbana. Entretanto, nos demais conflitos de normas, serão aplicadas àquelas que melhor se adéquem ao fato jurídico concreto, ora especificadas no Estatuto da Cidade, ora no CCB.

Carlos Kennedy da Costa Leite, por exemplo, comentando a situação antes do CCB entrar em vigor, tece severas críticas contra a regulamentação no Estatuto da Cidade. Asseverando que:

“[...] sendo o Direito de Superfície um instituto de feição eminentemente civil, só deveria ele ser instituído por legislação de natureza civil, como o fez o Código Civil prestes a entrar em vigor. É um atentado ao senso jurídico de qualquer pessoa que tenha um mínimo envolvimento com o direito, vislumbrar o ‘Estatuto da Cidade’, lei de cunho estritamente administrativo, instituindo e

¹⁵ O Código Civil de 1916 não albergou esse direito real. Todavia, no direito primitivo brasileiro, embora não houvesse regramento específico, houve aplicação do instituto. Nesse sentido, veja-se DE LIMA, Frederico Henrique Viegas. *Direito Imobiliário Registral na Perspectiva Civil-Constitucional*. Editora Sergio Antonio Fabris. p. 201. Invocando textos de Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda, que informam ter sido empregado o direito superficiário no século XIX nas plantações de coco, onde os coqueiros não pertenciam ao dono do solo.

disciplinando – porque o texto legal realmente institui e disciplina – o Direito Real de Superfície”.¹⁶

Como variante dessa idéia, J. Miguel Lobato Gómez argumenta que o Código Civil em vigor, além de ter incorporado os princípios da nova ordem constitucional, é uma lei geral posterior, revogando, assim, as anteriores, naquilo em que houver incompatibilidade:

“O Código Civil é posterior à Constituição e, praticamente, a todas as leis especiais vigentes, incluindo o Estatuto da Cidade. Além disso, não cabe dúvida que os princípios fundamentais que inspiram o Código em matéria patrimonial podem considerar-se formal e materialmente, conformes a atual Carta Magna do Brasil, especialmente em matéria de função social da propriedade e do contrato. Portanto, ninguém pode argumentar que o código civil vigente, por mais que seja o resultado de um processo iniciado nos anos setenta, por mais que assuma conceitos, regras e princípios de direito patrimonial já consagrados no vetusto texto de 1916, não teve em conta a Constituição e não respeitou seus princípios fundamentais. Além disso, embora seja uma lei geral, é uma lei posterior que, se não derroga por completo nenhuma lei anterior, ao menos derroga tacitamente todos os preceitos das leis vigentes com antecedência, gerais e especiais, em tudo o que sejam claramente contrárias ou se oponham ao estabelecido nelas”.¹⁷

Em sentido diverso, há aqueles que entendem que o Estatuto da Cidade não é uma legislação de cunho estritamente administrativo. Trata-se de *lei que incorporou o direito constitucional à moradia*¹⁸, porque, ao regulamentar os Arts. 182 e 183 da CRFB, densificou o princípio da função social da propriedade, não merecendo ter seu espectro de abrangência tão limitado.

O Estatuto da Cidade, *instrumento de excelência*, assinala Simone Wolff, tem a inédita proposta de *agregar valores impregnados de justiça, democracia e solidariedade*, inserindo-se:

“[...] em um contexto de barreira à imobilidade e à inércia, representando um marco fundamental de conscientização e mudanças de comportamento a médio e a longo prazos à disposição de todo cidadão brasileiro. Aliando a busca permanente do

¹⁶ LEITE, Carlos Kennedy da Costa. *Direito Real de Superfície: a ressurreição*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3616>>. Acesso em: 19/11/2014.

¹⁷ LOBATO GÓMEZ, J. Miguel. *A disciplina do direito superficiário no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista de Direito Civil número 20 out/dez 2004. Editora Padma. p. 90.

¹⁸ WOLFF, Simone. *Estatuto da Cidade: A Construção da Sustentabilidade*. Revista Jurídica, n. 45, v. 4, fev. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_45>. Acesso em: 12/11/2014, grifo nosso.

desenvolvimento urbano em bases sustentáveis ao esforço contínuo de instauração da justiça social e ambiental nas cidades, o Estatuto opõe-se à destruição do ambiente e ao aviltamento do homem, o que representa um imenso desafio para o País e suas instituições”.¹⁹

No mesmo caminho vem Ricardo Pereira Lira, cujo entendimento é que entrada em vigor do Código Civil em janeiro de 2003, não revogou as disposições relativas ao direito de superfície editadas com o Estatuto da Cidade. Apesar de ser o mesmo instituto, ele têm vocações diversas em cada um dos diplomas legais. O Estatuto da Cidade:

“[...] está voltado para as necessidades do desenvolvimento urbano, editado como categoria necessária à organização regular e equânime dos assentamentos urbanos, como fator de institucionalização eventual da função social da cidade. No Código Civil, o direito de superfície será um instrumento destinado a atender interesses e necessidades privados”.²⁰

Por outro lado, há aqueles que sustentam que o critério da *especialidade*²¹ deve impor-se, uma vez que o Estatuto da Cidade seria um microssistema, tal qual o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Locações (*lex specialis derogat generalis*).

Na verdade, a questão é complexa, inexistindo um critério definitivo, como observa Maria Helena Diniz:

“Em caso de antinomia entre o critério de especialidade e o cronológico, valeria o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, segundo o qual a regra de especialidade prevaleceria sobre a cronológica. Esse metacritério é parcialmente inefetivo, por ser menos seguro do que o anterior, podendo gerar uma antinomia real. A meta-regra *lex posterior generalis non derogat priori speciali* não tem valor absoluto, dado que, às vezes, *lex posterior generalis derogat priori speciali*, tendo em vista certas circunstâncias presentes. A preferência entre um critério e outro não é evidente, pois se constata uma oscilação entre eles. Não há uma regra definida; conforme o caso, haverá supremacia ora de um, ora de outro critério”.²²

Instaura-se, por seu turno, acirrada divergência entre aqueles que

¹⁹ WOLFF, Simone. Obra citada. Acesso em: 12/11/2014, grifo nosso.

²⁰ LIRA, Ricardo Pereira. Obra citada, p. 263-264.

²¹ FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da Cidade Comentado*. Editora Juraez de Oliveira. p. 176.

²² DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. Editora Saraiva. 8 edição, p. 78.

consideram haver uma convivência entre os dois diplomas legais, no que diz respeito a estabelecer qual o critério de determinação da especialidade. A questão, portanto, está em saber qual o aspecto que irá determinar a aplicação de um ou de outro texto.

Em primeiro lugar, existem aqueles que elegem como objeto determinante da especialidade o fator *localização do imóvel*. Desse modo, quando o imóvel sobre o qual se institui a superfície se localizar em área urbana, aplica-se o Estatuto da Cidade, ao passo que o Código Civil estaria reservado aos imóveis rurais.

Outros, por sua vez, consideram que a especialidade do Estatuto da Cidade não seria no sentido de aplicá-lo sempre que o solo fosse urbano, mas sim quando o direito superficiário fosse utilizado como *instrumento de política urbanística*. Destarte, nos casos em que o direito de superfície não fosse utilizado como instrumento de política urbana, mas como simples aproveitamento econômico da propriedade pelos particulares incidiria o Código Civil, mesmo que o solo fosse situado no perímetro urbano. Isto porque o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/01, foi editado para dar cumprimento ao artigo 182 da CF/88, que trata da política de desenvolvimento urbano.

Nesse sentido, veja-se Ricardo Pereira Lira, uma das maiores autoridades nessa matéria:

“Não incide no caso a regra da Lei de Introdução segundo a qual a lei posterior, que regula inteiramente a matéria tratada na lei anterior, a revoga. Isso porque o direito de superfície contemplado no Estatuto da Cidade é um instituto de vocação diversa daquele previsto no Código Civil, voltado aquele para as necessidades do desenvolvimento urbano, editado como categoria necessária à organização regular e equânime dos assentamentos urbanos, como fator de institucionalização eventual da função social da cidade. No Código Civil, o direito de superfície será um instrumento destinado a atender interesses e necessidades privados”.²³

Por fim, invoque-se o artigo 1.377 do CC que estabelece o caráter generalista de suas disposições, prevalecendo disposições de *lei especial* na hipótese de instituição do direito de superfície pelo poder público. Aqui o critério da especialidade é *em razão da pessoa que institui o direito de superfície*²⁴ e não pelo objeto.

²³ LIRA, Ricardo Pereira. Obra citada. p. 251.

²⁴ CORDEIRO, Menezes. *Direitos Reais*. Lex. Editora. p. 709. Observa que em Portugal quando o direito de superfície é constituído por particulares aplica-se o CC, ao passo que incide a legislação

Defendendo essa tese, valem da lição de Francisco Eduardo Loureiro:

“No caso, o CC – bem ou mal –, tratou do direito de superfície sobre bens particulares, de tal modo que não há diferenciação possível com os destinatários das regras do Estatuto da Cidade. Remanesceriam os dispositivos do EC apenas disciplinando os casos de superfície constituídos por pessoa jurídica de direito público interno, como, de resto, ressalva o artigo 1.377 CC”.²⁵

De nossa parte, entretanto, concluímos que o direito positivo brasileiro, a exemplo do alienígena, não contém regras absolutas que resolvam o conflito intertemporal de normas, seja no sentido de acolher o critério da especialidade ou o cronológico. O Código Civil, por sua vez, não revogou expressamente a lei especial anterior, limitando-se a revogar o antigo Código Civil e a primeira parte do Código Comercial, na forma do artigo 2.045.

O aplicador do direito, no atual estágio histórico, deve procurar harmonizar as normas provenientes de múltiplas fontes. Nesse sentido, veja-se a observação de Cláudia Lima Marques:

“Seguirei aqui novamente a teoria de Erik Jayme, que propõe – em resumo – no lugar do conflito de leis, a visualização da possibilidade de coordenação sistemática destas fontes: **o diálogo das fontes**. Uma coordenação flexível e útil (*effet utile*) das normas em conflito no sistema, a fim de restabelecer a sua coerência. Muda-se, assim, o paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico ou do ‘monólogo’ de uma só norma (a ‘comunicar’ a solução justa), à convivência destas normas, ao ‘diálogo’ das normas para alcançar a sua *ratio*, a finalidade visada ou narrada em ambas. Este atual e necessário diálogo das fontes permite e leva à aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes, com finalidades de proteção efetiva”.²⁶

Sendo assim, o correto seria procurar integrar os dois textos que, na verdade, tem a mesma filosofia e estrutura, sendo possível superar supostas contradições. É evidente que o legislador não quis revogar o Estatuto da Cidade, ocorrendo, involuntariamente, a edição de dupla legislação sobre o mesmo tema, como afirma

especial quando é instituído pelo Estado (superfície administrativa em contraposição à superfície civil), grifo nosso.

²⁵ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Alguns Aspectos sobre o Novo Código Civil e o Urbanismo. Temas de Direito Urbanístico 4*. Imprensa Oficial. p. 177.

²⁶ LIMA MARQUES, Cláudia. *Superação das Antinomias Pelo Diálogo das Fontes*. Revista de Direito do Consumidor 51. p. 34-67, grifo nosso.

J.Miguel Lobato Gómez:

“Entretanto, o mais adequado é pensar que ambas as regulamentações se integram em um todo orgânico, o ordenamento jurídico brasileiro, e, em consequência, deve proceder-se a uma interpretação sistemática, única, conjunta e integrada, de todo o complexo normativo relativo ao tema”.²⁷

Ricardo Pereira Lira exemplifica a correlação de ambas as regulamentações:

“Se uma municipalidade, por exemplo, desqualifica o espaço público correspondente a uma praça, convolvendo-o em bem patrimonial, e concede a terceiro, a título de superfície, o subsolo, para instituição de um estacionamento, concedendo o solo a outrem, também a título de superfície, para construção e exploração de um estádio poliesportivo, estará utilizando o direito de superfície urbanístico, previsto no Estatuto da Cidade.

Se um particular, dono de um imóvel residencial, pretende estabelecer no lote contíguo, de propriedade de outrem, um campo de futebol, nele construindo uma pequena sede desportiva, com vestiário, sauna, etc..., para tanto contratando com seu vizinho o direito de construir, a título de superfície, sobre o lote dele, estará constituindo um direito de superfície que será regulado pelo Código Civil, pois o negócio jurídico em tela estará penetrado inteiramente pelo interesse particular, sem qualquer viés urbanístico”.²⁸

Não é outra a conclusão a que chegaram os juristas reunidos na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ.

O Enunciado aprovado sob o nº 93 refere-se ao Art. 1.369 do CCB e professa o seguinte:

“As normas previstas no Código Civil sobre direito de superfície não revogam as relativas a direito de superfície constantes no Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano”.

O primeiro artigo do Estatuto da Cidade estabelece que:

Art. 1º Na execução da política urbana, de que tratam os Arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei.

Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem

²⁷ LOBATO GÓMEZ, J. Miguel. Obra citada, p. 93.

²⁸ LIRA, Ricardo Pereira. Obra citada, p. 264.

coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

Os doutrinadores, Medauar e Almeida, relatam em sua obra sobre a inserção do Estatuto da Cidade na legislação brasileira:

“O Estatuto da Cidade [...] veio preencher uma condição de executoriedade das normas contidas nesse capítulo da Constituição Federal, sobretudo no Art. 182, uma vez que o Art. 183, igualmente disciplinado por esta Lei, já poderia entender-se autoexecutável. [...] De todo modo, a prévia edição da lei federal que ora se comenta era elemento necessário à atuação legislativa dos municípios, ainda que alguns aspectos da previsão do art. 182 da Constituição Federal já pudessem ser diretamente disciplinados por lei municipal”.²⁹

A Política Urbana e suas diretrizes gerais são as principais funções do Estatuto da Cidade, destacada no Art. 2º da Lei 10.257/01. Diante do assunto o doutrinador Carvalho Filho destaca em sua obra para maior compreensão:

A política urbana se constitui do conjunto de estratégias e ações que visam ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana. Assim as estratégias e ações só podem ser consideradas legítimas se estiverem em consonância com as diretrizes gerais.³⁰

Desta maneira, entendemos que a Política Urbana é o mecanismo organizacional das cidades, e possui a função de proporcionar um o crescimento controlado destas cidades através de programas e planejamentos do Poder Público. É também função da Política Urbana propiciar uma melhor qualidade de vida à sociedade.

A política de desenvolvimento urbano perante o Estatuto da Cidade é de responsabilidade municipal por possui maior compreensão e fiscalização com metas de controle urbano. A CRFB em seu Art. 30, Incisos I e II, relata sobre o assunto.

Refletindo sobre a responsabilidade da Política Urbana, o doutrinador João Érico Lucas Coelho transcreve em seu artigo que:

“[...] é no Município que vive o cidadão. É do Município que retira o seu sustento, sua educação. O Município tem a sua base territorial. E esta base territorial tem peculiaridades e características

²⁹ MEDAUAR, O.; ALMEIDA, F. D. M. *Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001*, comentários. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 42.

³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários do Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 21.

próprias: geográficas, hidrográficas, ambientais”.³¹

Carvalho Filho destaca o conceito sobre o que são diretrizes gerais da Política Urbana:

Diretrizes gerais da política urbana são o conjunto de situações urbanísticas de fato e de direito a serem alvejadas pelo Poder Público no intuito de constituir, melhorar, restaurar e preservar a ordem urbanística, de modo a assegurar o bem estar das comunidades em geral.³²

Assim sendo, as diretrizes gerais da Política Urbana são os requisitos para o crescimento e desenvolvimento organizacional das cidades, devendo respeitar a função social da propriedade, bem como, seu equilíbrio ambiental, para que, com isso passe haver o bem estar das populações das áreas urbanas.³³

O Estatuto da Cidade tem a função de dar suporte aos legisladores, administradores públicos e à sociedade, de forma a orientar para que se consiga o fim almejado da Política Urbana. Conforme relata o doutrinador Carvalho Filho:

O Estatuto da Cidade veio a lume para fornecer as diretrizes de desenvolvimento urbano, traçar contornos da função social da cidade e da propriedade imobiliária urbana. Estas diretrizes e contornos refletem o limite dos poderes da Administração Pública na execução de tal desiderato e, notadamente, estabelecem até onde ela pode ir sem ferir os direitos da propriedade por causa da bilateralidade poder-dever dos direitos disponíveis em favor dos administradores e como estão configurados.³⁴

Com esta breve noção de Política Urbana e suas diretrizes gerais, inicia-se o Capítulo I da Lei 10.257/01, que legisla sobre o tema.

O Estatuto da Cidade fixou alguns Instrumentos de Política Urbana para garantir a aplicabilidade das normas constitucionais expressas nos Artigos 182 e 183 da Carta Magna.

O Instrumento de Política Urbana é previsto no Capítulo II do Estatuto da Cidade, esse instrumento permite implementar e garantir a gestão democrática

³¹ COELHO, João Érico Lucas. *Significações do estatuto da cidade no contexto municipal e perspectivas no desenvolvimento regional*. 2004. Disponível em: <http://www.urisantiago.br/nadri/artigos/estatuto>. Acesso em: 20/10/2014.

³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Obra citada, p. 21.

³³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Obra citada, p. 52.

deste instrumento nos debates, audiências e consultas Públicas. O autor Gasparini relata sobre o assunto:

“[...] Instrumentos para esta Lei são todos os meios capazes, conjunta ou individualmente, de propiciar a execução da política urbana”.³⁵

Entre tantos Instrumentos de Política Urbana, o Art. 4º do EC, em seu Inciso V, abarca o instituto do Direito de superfície como um dos seus instrumentos, como podemos observar:

Art. 4º Para os fins desta Lei serão utilizados, entre outros instrumentos:

[...]

V – institutos jurídicos e políticos:

- a) desapropriação;
- b) servidão administrativa;
- c) limitações administrativas;
- d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano;
- e) instituição de unidades de conservação;
- f) instituição de zonas especiais de interesse social;
- g) concessão de direito real de uso;
- h) concessão de uso especial para fins de moradia;
- i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios;
- j) usucapião especial de imóvel urbano;
- l) **direito de superfície**;
- m) direito de preempção;
- n) outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso;
- o) transferência do direito de construir;
- p) operações urbanas consorciadas;
- q) regularização fundiária;
- r) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos;
- s) referendo popular e plebiscito;
- t) demarcação urbanística para fins de regularização fundiária; (Incluído pela Lei nº 11.977, de 2009).
- u) legitimação de posse. (Incluído pela Lei nº 11.977, de 2009).

Já no Código Civil de 2002, discorre sobre o Direito de Superfície nos Arts. 1.369 a 1.377, sendo uma concessão atribuída pelo proprietário do terreno a outrem, para construção e utilização durante certo tempo, salvo para realização de obra no subsolo a não ser que inerente ao objeto da concessão, que pode ser gratuita, ou mediante pagamento de valor fixo à vista ou parcelado.

Pela utilização, o superficiário deverá pagar todos os encargos e tributos que

³⁵ GASPARINI, Diógenes. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: NDJ, 2002, p. 16.

incidam sobre o imóvel como um todo, terreno mais construção, como se proprietário fosse.

Entre particulares, tem-se notícia do emprego do instituto até mesmo por pequenos proprietários que instituem o direito de superfície para que seja construído, por exemplo, um restaurante no seu terreno, voltando o imóvel para a propriedade familiar depois de 20 ou 30 anos, pagando-se o *solarium* no curso do contrato.

A vantagem é que o superficiário poderá, por exemplo, obter crédito com a hipoteca da sua propriedade superficiária e o dono do terreno, ainda terá a vantagem de não estar atado às rígidas, e exageradas normas protecionistas da Lei de Locações.

Esse direito pode ser transferido a terceiros, sem qualquer necessidade de autorização do concedente (proprietário do terreno), transferindo-se também por sucessão. O concedente apenas possui direito de preferência na eventual alienação do direito de superfície, visando primordialmente a consolidação da propriedade. Igualmente, o superficiário tem preferência na aquisição do terreno em caso de sua venda pelo concedente.

Uma vez finda a concessão, a construção passará a ser propriedade do concedente. Essa incorporação dar-se-á independentemente de indenização, a não ser que as partes convençam em contrário no contrato de concessão.

Antes do prazo, a concessão pode se rescindir em caso de destinação diversa ao terreno que porventura venha a ser dada pelo superficiário.

Com a finalidade de realizar uma análise comparativa de maneira papável e prática, foram elaborados dois quadros abaixo aduzidos que auxiliarão nossas observações. O primeiro quadro perfila as normas do Estatuto da Cidade e suas correspondentes previsões no Código Civil. Já o segundo quadro expressa metodologia de análise dos aspectos relevantes e dos divergentes no Estatuto da Cidade e no CCB.

ANÁLISE COMPARATIVA DA LEGISLAÇÃO SOBRE O DIREITO DE SUPERFÍCIE

ESTATUTO DA CIDADE	CÓDIGO CIVIL
Art. 21. O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis.	Art. 1.369. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.
Art. 21. (...) § 1º O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística.	Art. 1.369. (...) Parágrafo único. O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.
Art. 21. (...) § 2º A concessão do direito de superfície poderá ser gratuita ou onerosa.	Art. 1.370. A concessão da superfície será gratuita ou onerosa; se onerosa, estipularão as partes se o pagamento será feito de uma só vez, ou parceladamente.
Art. 21. (...) § 3º O superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo.	Art. 1.371. O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel.
Art. 21. (...) § 4º O direito de superfície pode ser transferido a terceiros, obedecidos os termos do contrato respectivo.	Art. 1.372. O direito de superfície pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros. Parágrafo único. Não poderá ser estipulado pelo concedente, a nenhum título, qualquer pagamento pela transferência.
Art. 21. (...) § 5º Por morte do superficiário, os seus direitos transmitem-se a seus herdeiros.	
Art. 22. Em caso de alienação do terreno, ou do direito de superfície, o superficiário e o proprietário, respectivamente, terão direito de preferência, em igualdade de condições à oferta de terceiros.	Art. 1.373. Em caso de alienação do imóvel ou do direito de superfície, o superficiário ou o proprietário tem direito de preferência, em igualdade de condições.
Art. 23. Extingue-se o direito de superfície: I – pelo advento do termo; II – pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário.	Sem correspondente
Art. 24. <u>Extinto o direito de superfície, o proprietário recuperará o pleno domínio do terreno, bem como das acessões e benfeitorias introduzidas no imóvel, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário no respectivo contrato.</u>	Art. 1.375. <u>Extinta a concessão, o proprietário passará a ter a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário.</u>
Art. 24. (...) § 1º Antes do termo final do contrato, extinguir-se-á o direito de superfície se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para a qual for concedida.	Art. 1.374. Antes do termo final, resolver-se-á a concessão se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para que foi concedida.
Art. 24. (...) § 2º A extinção do direito de superfície será	

averbada no cartório de registro de imóveis.	Sem correspondente
Sem correspondente	Art. 1.376. No caso de extinção do direito de superfície em consequência de desapropriação, a indenização cabe ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito real de cada um.
Sem correspondente	Art. 1.377. O direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público interno, rege-se por este Código, no que não for diversamente disciplinado em lei especial.

ANÁLISE DAS PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE OS SISTEMAS LEGISLATIVOS

QUANTO ÀS SUAS DIFERENÇAS	ESTATUTO DA CIDADE	CÓDIGO CIVIL
Natureza Jurídica	Direito real (CCB, 1.225, II).	
Aplicação	Finalidade urbanística = instrumento de política urbana (E.C. Art. 4º, V, "I").	Finalidade lícita não urbanística.
Formas de constituição	Contrato solene + RGI; não veda disposição de última vontade; não veda usucapião, nem expropriação pelo poder público.	
Prazo	Por tempo indeterminado ou determinado.	Por tempo determinado.
Objeto	Solo, subsolo e espaço aéreo; não havendo direito de superfície por cisão; polêmica da sobrelevação.	Solo; polêmica do espaço aéreo; não havendo superfície por cisão; polêmica da sobrelevação.
Concessão	Gratuita ou onerosa.	
Tributos	Há expressa previsão de que as partes podem pactuar sobre o pagamento de tributos sobre o imóvel.	Não há previsão expressa, o que não inviabiliza eventual acerto.
Modos de transmissão	<i>Inter vivos</i> ou <i>causa mortis</i> .	
Na transferência	Pode ser estipulado um <i>quantum</i> , porque a lei é omissa.	Não pode ser estipulado nenhum valor em razão da transferência.
	Advento do termo; pelo descumprimento das obrigações assumidas	Prevê expressamente o advento do termo e o desvio de finalidade.

Formas de extinção	no contrato; pelo desvio de finalidade.	
Efeitos da extinção	Reversão, em regra, independente de indenização.	
Hipoteca	O Estatuto da Cidade não se refere a ela, que é – contudo – da essência do instituto.	O CC não é expreso, mas se a admite.

Quanto ao *elemento subjetivo* do direito de superfície, há questão que merece enfrentamento. Se o Art. 21, do Estatuto da Cidade refere-se a *proprietário urbano*, o Art. 1.369, do Código Civil não o faz, limitando-se a enunciar que o *proprietário* do solo pode constituir o direito de superfície.

A interpretação que a doutrina³⁶ faz é no sentido de que o direito de superfície urbanístico não abrange os imóveis rurais, ao passo que o direito de superfície do Código Civil pode ser indistintamente utilizado pelo proprietário rural e urbano.

Em que pese a autoridade da argumentação, está com razão Simone Wolff³⁷ que não afasta a incidência do Estatuto da Cidade do campo. Para ela, deve ser, a lei que incorporou o direito constitucional à moradia, efetivamente implementada, no campo ou na cidade. Sublinha que o ambiente rural não foi desprezado pelo instrumento normativo urbanístico que é a Lei nº 10.257/01.

Não se pode confundir área urbana com cidade. Há cidades nas zonas rurais, assim como são encontradas economias tipicamente rurais no perímetro urbano. O dinamismo do contexto urbano e as imbricadas relações que alberga, afastam a ideia de que a cidade seja apenas a soma de propriedades individuais. Todos têm direito à cidade e não só aqueles que são proprietários.

Simone Wolff fala em *direito a cidades sustentáveis*, cujo comando remete à equidade intergeracional, garantindo-se a terra urbana, a moradia, o saneamento ambiental, a infraestrutura urbana, o transporte e serviços públicos, bem como o trabalho e o lazer para todos os que habitam – e deverão habitar – as cidades brasileiras.³⁸

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 180.

³⁷ WOLFF, Simone. Obra citada. Acesso em: 12/11/2014.

³⁸ WOLFF, Simone. Obra citada. Acesso em: 12/11/2014, grifo nosso.

Sustenta-se, portanto, a possibilidade de incidência do Estatuto da Cidade tanto nas cidades localizadas no campo, como naquelas que estão no perímetro urbano. Não se pode limitar a incidência do direito de superfície urbanístico apenas à zona urbana, porque a lei deve ser sistematicamente interpretada e os Arts. 1º e 2º, do Estatuto da Cidade, que desenham o conteúdo do princípio da função social da propriedade urbana, têm a missão densificadora do direito social à moradia, que não pode ser excluído dos habitantes de zonas rurais. O fato de a lei referir-se a proprietário urbano deve ser entendido conforme o fim urbanístico do direito de superfície disciplinado no Estatuto da Cidade, como instrumento de política urbana.

Quanto a sua *aplicabilidade*, coexistem duas regulamentações diferentes para o direito de superfície, devendo uma ou outra ser aplicada conforme a finalidade da constituição daquele direito real.

Se o direito de superfície for instituído como instrumento de política urbana, incide o Estatuto da Cidade. Se for constituído para fim não-urbanístico, aplica-se o Código Civil.

Interessante questão é trabalhada na doutrina, quando se enfoca o direito de superfície urbanístico como instrumento de política urbana (Art. 4º, V, “I”), que visa a garantir o direito constitucional à moradia digna, funcionalizador da propriedade urbana. Marise Pessôa Cavalcanti³⁹ preconiza a possível constituição do direito de superfície compulsoriamente, mediante oponibilidade do direito de superfície a particular, a fim de garantir o direito à moradia.

A autora sustenta a “possibilidade de se estabelecer a superfície de forma compulsória, como ‘obrigação de contratar’, decorrente da não-utilização ou subutilização do solo urbano ou rural, que deixar de cumprir a função social intrínseca ao direito de propriedade.” Seria uma espécie de ‘superfície-sanção’, vez que determinaria o uso a ser dado ao solo, independente de indenização ao *dominus soli*.⁴⁰ Defende que a superfície compulsória seria instrumento mais eficaz que a edificação compulsória. Mas para sua aplicabilidade, seria necessária Emenda Constitucional.

³⁹ CAVALCANTI, Marise Pessôa. *Superfície Compulsória: instrumento de efetivação da função social da propriedade*. Biblioteca de Teses. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 72-81.

⁴⁰ CAVALCANTI, Marise Pessôa. Obra citada, p. 79-80.

Letícia Marques Osório, apesar de reconhecer a autonomia do direito de superfície, prega que um de seus empregos “mais propício ao interesse urbanístico consiste na possibilidade de utilização de terrenos públicos por particulares”.⁴¹ Para fundamentar essa outra forma de ‘superfície compulsória’, oponível ao poder público, busca inspiração na concessão de direito real de uso tratada no Decreto-Lei nº 271/67 e depois, no Estatuto da Cidade vetado e finalmente na Medida Provisória 2.220/02, como concessão de direito real de uso para fins de moradia. A autora assevera que:

“[...] a nova legislação federal prevê um direito subjetivo público ao direito de superfície de áreas de propriedade pública. É direito subjetivo público porque tutelada constitucionalmente, sendo passível de obtenção inclusive contra a vontade do Poder Público proprietário, desde que o beneficiário atenda aos requisitos de tamanho de terreno, tempo e finalidade de ocupação previstos em lei. O exercício do direito de superfície em área de domínio público é previsto no Código Civil, artigo 1.376”.⁴²

Assim, elencam-se dois tipos de “superfície compulsória”:

- (a) oponível pelo Poder Público ao particular, como superfície-sanção, independente de indenização, desde que efetivada por Emenda à Constituição;
- (b) oponível pelo particular ao Poder Público, utilizando por empréstimo os requisitos da concessão de uso especial para fins de moradia, regradada na Medida Provisória 2.220/02, vez que se trata de direito subjetivo público ao direito de superfície de áreas de propriedade pública.

Quanto ao seu *objeto* a superfície urbanística abrange o direito de utilizar o solo, subsolo e espaço aéreo correspondente, nos moldes do art. 21, § 1º, do Estatuto da Cidade. A superfície civil (Art. 1.369, parágrafo único, CC) só abrange o solo, podendo ser utilizado o subsolo, no caso em que a obra nele seja inerente ao objeto da concessão, como por exemplo, uma piscina ou garagem subterrânea de casa construídas em solo dado em superfície para particular construir sua casa de veraneio.

Na superfície urbanística, a despeito da omissão legislativa, a utilização do

⁴¹ OSORIO, Letícia Marques. Obra citada, p. 185.

⁴² OSORIO, Letícia Marques. Obra citada, p. 185.

solo, subsolo e espaço aéreo, pode abranger qualquer construção, obra ou plantação. Como o direito de superfície no Estatuto da Cidade é previsto apenas como instrumento de política urbana, alerta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “fica evidente que sua utilização se dará mais especificamente para construção. Nada veda, no entanto, o uso para plantações, ainda que estas não sejam muito usuais na área urbana”.⁴³

O Código Civil brasileiro, em seu Art. 1.369 refere-se expressamente ao “direito de construir ou plantar em seu terreno”, de modo que não pairam dúvidas sobre a incidência do direito de superfície.

Em nenhum dos dois diplomas está prevista a possibilidade do direito de superfície incidir sobre construções já existentes na data da concessão, configurando a chamada superfície por cisão.

A despeito de a doutrina preconizar que sua possibilidade há de vir expressa em lei, entendemos que o direito de sobrelevação não pode mais tardar para ser admitido no nosso ordenamento jurídico. Assim, há que ser interpretada extensivamente a expressão ‘terreno’ constante nos artigos 21, *caput*, do Estatuto da Cidade e 1.369, *caput*, do CC, para tanto o terreno construído como o terreno sem construções, de molde a admitir-se a superfície por sobrelevação.

Quanto a sua *eficácia temporal* o Estatuto da Cidade (Art. 21, *caput*), dita que o direito de superfície pode ser previsto por prazo determinado ou por prazo indeterminado.

Já no Código Civil (Art. 1.369, *caput*), o direito de superfície só admite previsão por tempo determinado. A lei, contudo, não estabeleceu teto máximo. Assim, podem as partes constituir o direito de superfície por qualquer tempo.

Ainda sobre o tempo, uma observação importante há de ser feita. Questiona-se se seria possível a instituição de superfície perpétua.

A perpetuidade não deixa de ser uma assinação de prazo determinado, *certus an incertus quando*. Como dicionariza Aurélio, determinado é o que é fixo, definido, estabelecido e certo. Assim sendo, nada mais certo, definido, demarcado, decidido e

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 171-190.

estabelecido que a perpetuidade.

Portanto, tanto o direito de superfície civil, como o urbanístico poderão ser instituídos perpetuamente, porque admitem a forma do prazo determinado.

Quanto a sua *transmissibilidade*, não há previsão no Estatuto da Cidade de pagamento de qualquer importância ao proprietário do solo na hipótese de transmissão do direito a terceiro. Já o Código Civil, Art. 1.372, parágrafo único, eiva de nulidade a cláusula contratual que previr o pagamento de valor ao concedente pela transferência do direito de superfície a terceiro.

Considerando que a omissão do Estatuto da Cidade pode ser integrada pela autonomia de vontade das partes na celebração do negócio jurídico, nada obsta que estabeleçam um *quantum* a ser pago na hipótese de transmissibilidade do direito. Teríamos regras diferentes para cada uma das espécies de direito de superfície.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁴, contudo, sustenta que o tratamento diverso sofreu uniformização com a entrada em vigor do CCB. A vedação nele constante alcançou o direito de superfície urbanístico.

Quanto as razões para *hipotecabilidade*, nem o Estatuto da Cidade, bem como o Código Civil, deixam de explicitar, segundo Lira:

“[...] a existência de uma propriedade superficiária, a sua hipotecabilidade e a possibilidade de constituição de outros direitos reais de gozo relativamente à área objeto da concessão, e o destino desses direitos quando da extinção da superfície”.⁴⁵

Contudo, a omissão legislativa não constitui óbice à constituição de hipoteca, uma vez que o operador do direito deve socorrer-se da teoria geral.

Quanto à hipotecabilidade do direito real de superfície, não há dúvidas que é aplicável o Art. 1.473, Inciso I, CC, que trata dos bens imóveis. Sobre a hipotecabilidade do direito real de construir ou plantar sobre coisa alheia, o fundamento legal – enquanto não vier a necessária mudança legislativa – será o Art. 1.473, Inciso III, CC, que trata do domínio útil.

Há consenso de que é possível instituir hipoteca ou alienação fiduciária sobre

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 188.

⁴⁵ LIRA, Ricardo Pereira. Obra citada, p. 264.

a propriedade do fundeiro, independentemente da propriedade superficiária, assim como se admite a oneração da propriedade superficiária sem atingir a propriedade do fundeiro.

Isto, inclusive, é um fator indispensável para que o instituto venha a ter emprego prático como instrumento de política habitacional.

A constituição da hipoteca sobre a propriedade do fundeiro não alcançará a construção ou plantaçoão objeto da superfície anteriormente constituída, derogando, assim, o artigo 1474 do CC.

Logo, a hipoteca não abrangerá todas as acessões e melhoramentos do imóvel, como indica a primeira parte do dispositivo mencionado, incidindo a parte final dessa norma, no sentido de que subsistem os ônus reais registrados anteriormente à hipoteca.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro é categórica ao pontuar que:

“[...] a grande vantagem de se inserir o direito de superfície como propriedade autônoma está na possibilidade de a hipoteca incidir sobre o mesmo, em face do art. 1473 do Código Civil, que, ao indicar os bens hipotecáveis, inclui, no inciso IV, o domínio útil; nesse conceito pode ser inserido o direito que o superficiário exerce sobre o imóvel alheio. Sem a possibilidade de hipoteca o direito de uso do terreno poderia ficar dificultado, pois dificilmente alguma instituição financeira se disporia a financiar a realização de obras, construções ou plantaçoões sem uma garantia hipotecária. Aliás, essa tem sido uma das dificuldades da utilização do instituto da concessão de direito real de uso”.⁴⁶

Sobre o destino dos direitos reais incidentes sobre o direito de superfície, extinguir-se-ão junto com a extinção do direito.

Letícia Marques Osório⁴⁷ sublinha que “no caso de haver a instituição de hipoteca sobre a propriedade superficiária, sua duração não será maior do que o tempo estipulado para a própria concessão da superfície”.

Quanto à *responsabilidade tributária* tanto o Estatuto da Cidade, Art. 21, § 3º, como o CC, Art. 1.371 enunciam que o sujeito passivo da relação tributária será o superficiário quando os tributos incidirem sobre a propriedade superficiária. Mas,

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 183.

⁴⁷ OSORIO, Letícia Marques. Obra citada, p. 182.

apenas o Estatuto da Cidade professa que o superficiário, na omissão do instrumento do negócio jurídico, também será o responsável tributário pelos encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície proporcionalmente à sua parcela de ocupação, sendo silente o Código Civil.

Como se trata de negócio jurídico bilateral, a vontade das partes pode sanar a omissão legislativa. Não é outra a conclusão a que chegaram os juristas reunidos na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ. O Enunciado aprovado sob o nº 94 refere-se ao Art. 1.371 do CCB e dita o seguinte:

94 – Art. 1.371: As partes têm plena liberdade para deliberar, no contrato respectivo, sobre o rateio dos encargos e tributos que incidirão sobre a área objeto da concessão do direito de superfície.

O Estatuto da Cidade no seu artigo 23 preconiza a *extinção do direito de superfície* pelo advento do termo e pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário. No Art. 24, § 1º, daquele diploma está prevista a extinção, antes do termo final, causada pelo superficiário que der ao imóvel destinação diversa daquela para a qual foi concedida a superfície.

Já no Art. 1.374 do Código Civil estão enumeradas como causas extintivas, apenas: o advento do termo e o desvio de finalidade da superfície.

PONTOS COINCIDENTES

Os perfis do direito de superfície urbanístico e do direito de superfície civil se encontram em alguns pontos. Ambos têm a *natureza jurídica* de direito real (nos moldes do art. 1.225, II, CC), submetendo-se aos mesmos modos de constituição, quais sejam: contrato solene inscrito no Registro Geral de Imóveis, por declaração de última vontade, por expropriação pelo poder público. Na doutrina, nos moldes da teoria geral do direito de superfície, admite-se a constituição por usucapião.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, contudo, só admite a constituição do direito de superfície através de contrato celebrado por escritura pública registrada no Cartório de Registro de Imóveis. Para a autora, “está afastada, implicitamente, a aquisição por

testamento ou por usucapião”.⁴⁸

A omissão legislativa – entretanto – não pode ser compreendida como silêncio eloquente. Se o direito de superfície pode ser transmissível a terceiros por sucessão hereditária (Estatuto da Cidade, Art. 21, § 5º e CCB, Art. 1372, *caput*), nada impede que possa ser instituído por testamento.

O direito de superfície pode, ainda, ser transferido *inter vivos*, hipótese em que é assegurado ao *dominus soli* direito de preferência em igualdade de condições a oferta de terceiros (Estatuto da Cidade, art. 22 e CC, art. 1.373). Se ele for o adquirente, operar-se-á a extinção da superfície por confusão entre os titulares do direito.

Ricardo Pereira Lira⁴⁹ critica os textos do Estatuto da Cidade e do Código Civil que não explicitam as regras para o exercício do direito de preferência, seja pelo dono do solo, no caso de alienação da superfície, seja pelo superficiário, no caso de alienação do solo, nem explicitam as consequências da não afronta do titular para o eventual exercício da preleção: perdas e danos ou nulidade do negócio jurídico praticado sem a abertura da oportunidade da prática da preferência.

Em ambos os casos, a extinção do direito de superfície deverá ser levada a registro, a fim de operar efeitos *erga omnes*, uma vez que o efeito da extinção do direito de superfície operará a reversão da coisa superficiária para o *dominus soli*, em ambas as espécies (Estatuto da Cidade, Art. 24 e CC, Art. 1.375).

Em relação à locação, apontamos a seguir as principais diferenças:

SUPERFÍCIE	LOCAÇÃO
É direito real (direito sobre a coisa, sobre o imóvel).	É direito pessoal (obrigacional, em relação aos contratantes).
Se perfaz por escritura pública com registro obrigatório no Registro Imobiliário, e com pagamento do imposto de transmissão municipal de 2% do valor do imóvel.	Pode ser firmada por Instrumento Particular, com registro eventual no Registro Imobiliário, em caso de cláusula de vigência, e não tem imposto.
Valor fixo (preço) pago à vista ou parcelado.	Valor mensal (aluguel) atualizado anualmente.

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 188.

⁴⁹ LIRA, Ricardo Pereira. Obra citada, p. 264.

Pode ser gratuita.	É sempre onerosa.
Tempo determinado prorrogável somente com ajuste e de comum acordo.	Tempo determinado prorrogável judicialmente e compulsoriamente (quando possuir 5 anos ou mais).
Encargos e tributos inerentes à qualidade de proprietário.	Encargos e tributos contratados.
Possibilidade de cessão (venda) a terceiros.	Cessão a terceiros com anuência do locador.
Em caso de alienação do terreno o direito de superfície subsiste.	Em caso de alienação do imóvel, a locação só subsiste se houver cláusula de vigência.
Devolução antecipada por mútuo acordo.	Devolução antecipada pagando multa.
Superficiário tem preferência na aquisição do terreno, mas uma vez não concedida, se resolve em perdas e danos.	Locatário tem preferência na aquisição do imóvel locado, e uma vez não concedido, pode haver para si o imóvel, depositando o preço pago pelo terceiro adquirente.
Medida judicial para a retirada do superficiário é a ação possessória com possibilidade de liminar.	Medida judicial para a retirada do locatário é a ação de despejo sem liminar.
A construção fica para o proprietário do terreno, com ou sem indenização.	Benfeitorias se incorporam ao imóvel com ou sem indenização, mas podem ser retiradas, se fisicamente possível.

Em linhas gerais, são estas as características e qualidades do Direito de Superfície, podendo ser uma opção à Locação, uma vez analisadas e confrontadas as suas principais diferenças, vantagens e desvantagens.

4 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A concepção de função social nasceu da noção de que o homem que vive em sociedade deve empregar esforços no sentido de dar sua contribuição ao bem estar da coletividade em detrimento dos interesses unicamente individuais. Neste sentido, surgiu-se a teoria da função social, segundo a qual “todo indivíduo tem o dever social de desempenhar determinada atividade, de desenvolver da melhor forma possível sua individualidade física, moral e intelectual, para com isso cumprir sua função social da melhor maneira”.⁵⁰

No arrebol do direito romano, onde as pessoas estranhas não poderiam adentrar as terras sem a autorização do *pater familias*, bem como, transpor seus limites, caso contrário ofenderiam os deuses dos lares, a propriedade era considerada um direito absoluto, sujeito ao poder ilimitado do seu proprietário. Com a chegada do Estado intervencionista, em substituição ao Estado liberal da Revolução Francesa, passou-se a considerar que também o direito de propriedade devia conhecer limites, para que atendesse a sua função social.

O primeiro grande defensor da idéia de que a propriedade gerava para o seu titular o dever de empregar esta riqueza no interesse da sociedade foi o francês Leon Duguit. Já em 1914, na sua obra *Las Transformaciones Generales Del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*. Duguit afirma que:

“A propriedade é uma instituição jurídica que se formou para responder a uma necessidade econômica, como, por outra parte, todas as instituições jurídicas e que evoluciona necessariamente com as necessidades econômicas”.⁵¹

O pensador francês observou que a sociedade moderna se transformava rapidamente e com isso o conceito jurídico de propriedade deveria acompanhar esta transformação, a fim de garantir seu relevante papel econômico. Por isso, para ele, a sociedade deixou de ser um direito individual para converter-se em uma função social. Duguit pregava a necessidade de leis (até então inexistentes) que compelissem o proprietário a tornar sua terra produtiva, de conservar a casa, de dar

⁵⁰ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *A Função Social da Propriedade e o Conceito de Princípio Jurídico*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 83.

⁵¹ TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. *A Função Social no Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 157.

à riqueza que tinha em mãos uma utilidade econômica e social. Tutelava como legítima a intervenção do legislador para evitar que grandes propriedades imobiliárias se prestassem à especulação, de forma que seus donos deveriam lhe dar uma destinação produtiva.

De acordo com o pensamento de Duguit, o conteúdo da propriedade como função social é definido em suas proposições:

“O proprietário tem o dever e, portanto, o poder de empregar a coisa que possui na satisfação das necessidades individuais e, especialmente, das suas próprias de empregar a coisa no desenvolvimento de sua atividade física, intelectual e moral. O proprietário tem o dever e, portanto, o poder de empregar a sua coisa na satisfação das necessidades comuns de uma coletividade nacional inteira ou de coletividades secundárias”.⁵²

Em síntese, todo exercício do direito de propriedade que não perseguisse um fim de utilidade coletiva seria contrário à lei e poderia dar lugar a uma prestação ou reparação.

A idéia da função social da propriedade começou a tomar vulto após a Primeira Grande Guerra Mundial, sendo prevista pela primeira vez na Constituição de Weimar, do Império Alemão, cujo Art. 153 estabelecia que a propriedade era garantida pela Constituição, sendo seu conteúdo e seus limites fixados em lei, acarretando obrigações e seu uso deveria ser do interesse geral.

De fato, as novas constituições redesenham o direito de propriedade: de uma concepção absoluta, imprimida pelo liberalismo exacerbado do Código de Napoleão, a propriedade continua a ser considerada um direito individual, mas que não deve ser exercido para fins puramente egoísticos, e sim de forma a permitir utilidades e benefícios não só para o titular do direito, mas para a sociedade em geral.

A corrente doutrinária civilista majoritária vincula os direitos reais à natureza econômica decorrente do aproveitamento pelo homem sobre os diversos bens disponíveis. O termo contemporâneo função social da propriedade tem sua fonte nas mais remotas fontes de Direito Privado. Quando o homem, da forma mais frugal possível, conduzia o rebanho de ovelhas da coletividade já demonstrava a forma genuína de apropriação social dos bens, que foi sendo ao longo do tempo substituída

⁵² TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. Obra citada, p. 154.

pelo caráter individualista sem afastar a idéia de utilidade, de exploração adequada presente nas concepções de função social que chegaram até os dias atuais. A idéia de propriedade privada emerge somente após o segundo estágio evolutivo da humanidade, quando surgem sinais de uma frágil agricultura e criação de animais. Nessa fase devem ser considerados os gregos da época heróica, as tribos itálicas anteriores à fundação de Roma, bem como os nórdicos que haviam desenvolvido a cultura da terra em escala, mas não individualizaram a propriedade agrária.

O vocábulo *proprietas* dos romanos significava muito mais a possibilidade de utilização de *fundus* do Estado, do que com os poderes plenos do titular sobre o bem, distinguindo-se do conceito atual de propriedade privada. Cronologicamente, a propriedade começou pela posse, geralmente posse geradora da propriedade, isto é, a posse para a usucapião. Vinculada à propriedade a posse é um fato com algum valor jurídico, mas, como conceito autônomo, a posse pode ser aceita como um direito. A posse qualificada levando-se em conta sua competência em instaurar nova situação jurídica é a causa e a necessidade do direito de propriedade.

No Brasil, as Constituições de 1824 e de 1891 apresentavam o caráter individualista de propriedade compatível com o período histórico de suas edições, assegurando o direito de propriedade em sua plenitude, com exceção da desapropriação. A Carta Magna de 1934 introduzia, por meio do Art. 113, nº 17, a garantia do poder de propriedade não ser exercido contra o interesse social ou coletivo.

O Código Supremo de 1946 foi o primeiro texto constitucional pátrio a efetivamente introduzir a definição de função social condicionando o direito de propriedade ao bem-estar social (Art. 141, § 16 e Art. 147). O Art. 141, § 16 do texto constitucional de 1946 promovia a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. A redação da Emenda Constitucional de 1969 manteve, em parte, o conteúdo do dispositivo anterior, em seu Art. 160, III, procurando adaptá-lo à situação vigente, sem afastar a propriedade de sua característica básica, qual seja, o cumprimento da função social. Influenciado pelo Código Napoleônico, o Código Civil pátrio de 1916 não trazia qualquer referência à funcionalidade da propriedade, diferente do conteúdo do Art. 153 da Constituição de Weimar de 1919 cuja redação era: “A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir ao bem-estar social”.

Somente com a Constituição de 1946 é que o dispositivo constitucional inscrito no Art. 147, parecido com o da Constituição de Weimar, adotou o aspecto da função social:

O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no Art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos.

Referido aspecto foi reproduzido no Art. 167 da Constituição de 1967, sendo a função social erigida ao status de princípio da ordem econômica e social, restando como segue o respectivo texto constitucional:

A ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

III- função social da propriedade

A CRFB de 1988 acolheu o direito à propriedade por meio do Art. 5º, inserido no Título reservado aos Direitos e Garantias Fundamentais disposto no mesmo plano do direito à vida, à liberdade, igualdade.

Desta forma o direito de propriedade alcançou status de direito inviolável, em sua extensão máxima, como riqueza patrimonial, Inciso XXII do *caput* do Art. 5º, e princípio da ordem econômica, Inciso II do Art. 170, onde simultaneamente vincula referido direito à realização de uma função social pelos mesmos artigos e respectivos Incisos XXIII e III, verificando-se a exigência para que a mesma atenda à função social. A referida proposição reveste-se de um caráter programático, cabe salientar, determina que os princípios sejam cumpridos pelos correspondentes órgãos, legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos, como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

Entende-se, também, que a propriedade é um direito garantido que não pode ser desconsiderado ao bel-prazer, condicionando a sua utilidade a atender o interesse social. O legislador constitucional preocupou-se em proteger a pequena propriedade rural a fim de excepcioná-la como bem inatingível pela penhora em execução por débito decorrente da atividade exploratória, no Art. 5º, XXVI, da CF. E as intangíveis pela desapropriação, conforme Art. 185, I, CF, representadas pelas pequenas e médias propriedades produtivas.

Constata-se em ambos os casos a preocupação na preservação da função social da propriedade imobiliária agrária. O Art. 186 e Incisos I a IV da Constituição vigente reservam atenção especial à função social da propriedade imobiliária rural, certamente por sua importância sócio-econômica e por ser considerado relevante na sobrevivência de uma comunidade.

O conceito de propriedade evoluiu desde sua remota definição, originada no direito romano, transformando-se em direito, por convenção jurídica, e alcançando status de direito fundamental, coincidindo, por fim, com o interesse coletivo tutelado pela função social. Em nosso ordenamento jurídico a denominada Lei de Terras, Lei nº 601 de 1850 foi considerada, em virtude do sistema de regularização de posses que dispunha sobre a efetiva utilização da terra, como dispositivo precursor de sua função social. A Constituição de Weimar, de 1919, foi a primeira a reconhecer a propriedade como dever fundamental.

Efetivamente foi Leon Duguit o idealizador do termo “função social da propriedade”. Criticado em sua época, foi considerado radical por difundir o termo função social da propriedade como antônimo do direito subjetivo, diferente do entendimento que prevalece em nosso ordenamento jurídico. Dentre as controvertidas correntes doutrinárias sobre o tema, *alguns autores classificam a função social como uma limitação, outros a interpretam como função e não direito.*

Evidencia-se que a função social da propriedade é um direito condicionado assim como todos os outros. Desta forma, a Constituição Cidadã de 88 atribuiu ao direito de propriedade posição especial, equiparando-o aos direitos e garantias individuais gerados pela Declaração Universal dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos, fruto da marcante Revolução Francesa, marco do constitucionalismo moderno e instrumento catalisador da implantação do Estado Liberal de Direito.

Toda propriedade privada constitui um direito fundamental do ser humano e por esta razão tem proteção constitucional, entretanto seria um verdadeiro contrassenso garantir proteção constitucional a um latifúndio improdutivo ou a propriedade usada por grupo acionário para especulação imobiliária. Referidas situações, que ensejam mais deveres e responsabilidades fundamentais do que direitos, são o reverso dos direitos humanos. Os deveres humanos são o exato correspondentes dos direitos humanos: *ius et obligatio correlata sunt* e quando dispõe a Constituição

vigente terem as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais aplicação imediata está de fato determinando que também os deveres fundamentais independem de declaração legislativa para serem considerados como eficazes.

O direito de propriedade sofreu transformações históricas. Inicialmente detentor de um tradicional caráter absoluto, inviolável, sagrado e egoísta, assume uma concepção altruísta, mudou o referencial, o direito de propriedade passou a ser medido pelos interesses coletivos e não mais simplesmente pela ótica do proprietário.

Caio Mário da Silva Pereira⁵³ fala em publicização do direito privado, fundamenta sua afirmação alegando que a influência do Estado e a necessidade de se instituírem fórmulas dirigidas à realização da finalidade preliminar do direito no propósito de garantir e proteger o bem-estar do indivíduo in concreto geram tendência a publicização da norma jurídica. Segundo ele, tal fato é verificado nas restrições que o proprietário sofre na utilização e disponibilização do bem. As mudanças demográficas, representadas pelo aumento significativo da população, a industrialização e as transformações econômicas, e sociais do século XX demandaram significativas alterações dos paradigmas do Direito.

A relativização do direito de propriedade é decorrência da necessidade de atender novas situações sociais emergenciais. Apesar das várias restrições impostas, o direito de propriedade ainda goza de situação privilegiada no sistema jurídico pátrio, verificadas no Código Penal, Título II, Código de Processo Civil e na Lei Federal n. 6.015/73, de Registros Públicos.

A promulgação da nova Constituição não teve o condão de tornar imediatamente eficazes todos os seus artigos. Vários deles precisariam se valer de leis que viessem a dispor sobre sua eficácia plena, e o advento do Estatuto da Cidade teve este objetivo. Segundo Márcio Luís da Silva⁵⁴, caberia assim a "imperiosa" necessidade de uma lei infraconstitucional para regulamentar os artigos

⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil*. Teoria geral de Direito Civil, 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1. p. 391.

⁵⁴ DA SILVA, Márcio Luís da Silva. *A função social da propriedade segundo o estatuto da cidade: A necessidade de uma interpretação crítica e extensiva*. 2009. Disponível em: <http://www.ibdu.org.br/imagens/AFUNcaOSOCIALDAPROPRIEDADESEGUNDOOESTATUTODACIDADE>. Acesso em: 09/12/2014, grifo nosso.

182 e 183, como foi o caso da exigência de cumprimento da função social do imóvel urbano.

Os artigos referidos acima estão inseridos no Capítulo sobre a Política Urbana e pretendem tutelar os atos voltados para a efetiva implementação dos objetivos para o uso adequado da propriedade, bem como garantir àqueles desprovidos de lugar onde viver, um mínimo de respeito a sua dignidade humana. Desse modo, o art. 182, *caput*, da CF estatui que: a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o *pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes*.

Já o Art. 183 preceitua: aquele que possuir como sua *área urbana* de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, *utilizando-a para sua moradia ou de sua família*, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Apesar das redações acima imprimirem ênfase ao exercício da cidadania, mesmo assim, adiou-se por mais de dez anos, uma intervenção urbana responsável e que fosse pautada naqueles preceitos constitucionais da Carta de 1988.

Posteriormente, com a pressão de grupos da sociedade civil organizada, especialmente os que reclamavam uma reforma de caráter urbano, vem a lume, em 10 de julho de 2001, o Estatuto da Cidade, com o intuito de regulamentar os arts. 182 e 183 da CF para estabelecer diretrizes gerais da política urbana pátria.

Teve como principais méritos reafirmar a grande necessidade de um planejamento urbano voltado para o combate da especulação imobiliária, ditado pela necessidade de redistribuição das mais valias-urbanas para toda coletividade, exigindo-se ainda o cumprimento da função social dos imóveis urbanos e a gestão democrática da cidade, mas, lado outro, também serviu para procrastinar a imediatividade no cumprimento de alguns desses direitos.

O artigo 1º, parágrafo único, do Estatuto da Cidade estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana *em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental*.

Na mesma linha, o artigo 2º da referida lei preceitua que todos devem ter

direito a cidades sustentáveis, entendidas como direito à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, bem como a bons serviços de transportes públicos, ao trabalho, ao lazer, preocupando-se não só com as gerações presentes, mas também com as futuras. Enfim, são dezesseis incisos destinados a ordenar ações de interesse social para a democratização de utilização do espaço urbano.

De acordo com Márcio Cammarosano⁵⁵, um dos fundamentos constitucionais do Estatuto da Cidade, o direito à moradia, na verdade aparece na CF entre os direitos sociais previstos no art. 6º da Carta Magna, ao lado da educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, a proteção à maternidade, à infância, a assistência aos desamparados.

Contudo, o uso adequado da propriedade urbana que resulte na efetiva utilização de sua função social ainda enfrenta vários óbices para se concretizar, posto que as garantias preconizadas no referido Estatuto são bastante ambiciosas e encerram diretrizes que ensejam disputas entre diferentes interesses, principalmente de proprietários que concentram riquezas, e de grandes empreendedores. Um desses obstáculos diz respeito à exigibilidade de um Plano Diretor municipal.

A constituição federal dispõe que o plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (Art. 182, § 1º). Logo em seguida determina que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (Art. 182, § 2º).

Entretanto, há um entendimento pelos próprios legisladores de que o Plano Diretor é obrigatório a todo município (e não apenas para aqueles com mais de 20 mil habitantes, conforme estabelece a CF) como instrumento básico para que haja intervenção municipal na garantia da função social da propriedade, apesar dos vários instrumentos de política urbana já previstos no conteúdo do Estatuto da Cidade.

Apesar de ter a característica de um plano geral, o Plano Diretor – em razão do disposto no artigo 182, parágrafos 2º e 4º da Constituição – transformou-se em

⁵⁵ CAMMAROSANO, Márcio. *Fundamentos constitucionais do Estatuto da Cidade. Estatuto da Cidade (comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 21-26.

um instrumento para o Município intervir, visando a executar a política urbana, como meio de garantir que a propriedade urbana tenha uma função social. Em relação ao direito à propriedade, a eficácia da legislação deve ser perseguida pelos agentes públicos para que se exerça a sua real finalidade social.

Segundo o doutrinador Everaldo Augusto Cambler:

“Significa dizer que o direito à moradia, em nossa realidade constitucional, possui como vetor de ação o Estado, não os indivíduos protegidos pelos direitos e garantias constitucionais. Em outras palavras, os direitos sociais devem ser promovidos e garantidos pelo Estado, não pelos entes privados, entre os quais avultam os titulares do direito subjetivo de propriedade”.⁵⁶

O Estatuto da Cidade trouxe também importantes sanções ao mau uso da propriedade imobiliária urbana, como a possibilidade de cobrança progressiva do imposto predial territorial urbano, a desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública e a usucapião coletiva em benefício de um considerável número de pessoas de baixa renda que exerça a posse contínua, ininterrupta e sem oposição de imóvel urbano com área superior a 250 metros quadrados por mais de cinco anos.

Em caso de mau uso da propriedade imobiliária, a lei pode ainda determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsória do solo urbano. Tal ocorrerá, por exemplo, no caso de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado. O imóvel é subutilizado quando o seu aproveitamento for inferior ao mínimo definido no plano diretor municipal ou em legislação dele decorrente.

Cabe ressaltar que a propriedade é uma das bases do sistema socioeconômico do Estado, a sua importância transcende o âmbito dos direitos individuais, indo alocar-se também na ordem econômica e social, o que torna plenamente compreensível e razoável o entendimento de que a propriedade deve atender aos anseios tanto do proprietário quanto da sociedade.

O proprietário, como senhor da coisa, pode usá-la, gozá-la e dispô-la, além de poder reavê-la de quem injustamente a detenha (direitos de sequela), desde que o exercício do direito corresponda aos anseios da sociedade, já que os reflexos do bom ou mau uso da propriedade irão, invariavelmente, sobre ela se projetar.

⁵⁶ CAMBLER, Everaldo Augusto. Estatuto da Cidade/ coordenadores José Manoel de Arruda Alvim e Everaldo Augusto Cambler. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014. p. 357.

Destarte, a propriedade – urbana ou rural – deve ser usada em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

Não mais se concebe a propriedade como um direito ilimitado como o era no direito antigo. A Constituição da República tutela o direito de propriedade, desde que atenda a sua função social. Vários de seus dispositivos expressam essa limitação ao direito de propriedade, como é o caso, por exemplo, daquele que admite a expropriação em caso de necessidade ou utilidade pública ou ainda por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos na própria Lei Maior.

A função social da propriedade permite ainda que a coisa seja utilizada pela autoridade competente, independentemente da vontade do proprietário, em caso de iminente perigo público, assegurada ao proprietário indenização ulterior, mas apenas se houver dano à coisa da qual é dono (Art. 5.º, XXV, da CF).

O Código Civil, por sua vez, é claro ao dispor que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (Art. 1.228 do CC). Embora o dispositivo não afirme expressamente, é óbvio que o proprietário também não pode, sob pena de violar a função social da propriedade, contaminar o solo do bem imóvel do qual é dono.

Portanto, a propriedade deve ser utilizada como instrumento da produção e circulação de riquezas, para moradia ou produção econômica, não podendo servir de instrumento para a destruição de bens ou valores caros a toda sociedade como é o caso do meio ambiente sadio e equilibrado.

De acordo com Luiz Guilherme Loureiro:

“Por isso mesmo, são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem (art.1228, § 2.º, CC). Nessa hipótese, não poderia se falar em exercício regular de um direito, mas em abuso de direito, que é considerado em nosso ordenamento jurídico como um ato ilícito. A título de exemplo, não poderia o proprietário simplesmente se recusar a renovar um contrato de locação e deixar de aproveitar seu imóvel, apenas com o intuito de prejudicar seu locatário, que utiliza o imóvel como ponto empresarial de seu estabelecimento. Em suma, não obstante o direito individual de propriedade não deixe de merecer a tutela jurídica, inclusive de

ordem constitucional, deve ceder passagem em confronto com o interesse maior da coletividade. Destarte, pode o proprietário ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por utilidade pública ou interesse processual. A coisa pode ser ainda reivindicada pelo poder público, em caso de perigo iminente (v. g., guerra, enchentes, requisição de imóvel para abrigo de pessoas desalojadas por catástrofes naturais etc.). Obviamente, o proprietário tem direito à indenização justa.”⁵⁷

A legislação prevê várias espécies de sanções pela inobservância da função social da propriedade. O Poder Público pode intervir de várias formas na propriedade privada, a fim de garantir sua função social: as servidões administrativas, as limitações administrativas, o tombamento, a requisição no caso de iminente perigo público e para intervenção no domínio econômico; a ocupação temporária para uso provisório de terrenos não edificados e a desapropriação por utilidade pública ou interesse social e para reforma agrária. Estas formas de intervenção estatal, de forma geral, dão ensejo à justa indenização ao proprietário.

Não obstante, em caso de mau uso da propriedade, vale dizer, de descumprimento da função social do direito de propriedade, seja pela não utilização, seja pela subutilização, a indenização não será paga em dinheiro e sim em títulos da dívida pública. De qualquer forma, não parece possível a desapropriação sem qualquer indenização, uma vez que estaria configurado o confisco ou o perdimento, sanções possíveis apenas no caso de uso de propriedade como instrumento de crime, e após o devido processo legal. É possível a desapropriação-confisco, sem nenhuma indenização, referente a glebas com culturas ilegais de plantas psicotrópicas.

O Código Civil traz ainda uma importante inovação no que tange à possibilidade de o proprietário vir a ser privado do domínio que exerce sobre um bem imóvel. Quando tal bem consistir em área extensa e estiver sendo ocupado por um considerável número de pessoas, que exercem posse interrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, e nela houverem realizado – em conjunto ou separadamente – obras e serviços de interesse social e relevante, o proprietário não terá direito a reivindicar o bem.

Nesse caso, há uma desapropriação judicial por interesse social. O juiz fixará

⁵⁷ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Direitos reais à luz do Código Civil e do Direito Registral*. São Paulo: Método, 2004, p. 116.

a justa indenização devida ao proprietário. Pago o preço, a sentença proferida valerá como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Mesmo com proteção jurídica pela Lei Maior de nosso Estado Democrático de Direito, a desapropriação judicial se torna uma dura tarefa no âmbito do direito brasileiro, pois boa parte dos problemas discutidos e examinados nesse instituto é munida de discussões amplas, contestações e polêmicas. Pois, o legislador depositou no magistrado confiança e responsabilidade no sentido de construir a norma da maneira mais justa e adequada ao caso concreto. Em que as normas que expõe contêm elementos abertos a amplas interpretações e significados em alcance dos conceitos de “extensa área”, “boa-fé”, “considerável número de pessoas” e “interesse social e econômico relevante” exigem do julgador grande dose de sensibilidade e bom senso. Acontecendo assim, a linha divisória entre a discricionariedade e a arbitrariedade sendo traçada pelo princípio da razoabilidade.

Essa inovação encontrada nos institutos previstos no art. 1.228, § 4º e 5º, tem sido um dos dispositivos que mais tem apresentado discussões doutrinárias sobre a natureza jurídica da regra nele previsto. Com efeito, parte da doutrina entende se tratar de usucapião onerosa, a segunda parte defende a teoria que se trata de desapropriação judicial por interesse social.

É minoritário, por enquanto, os seguidores da corrente que os parágrafos do dispositivo apresenta hipótese da usucapião onerosa. Para a defesa deste posicionamento, os teóricos utilizam vários argumentos, tais como, os requisitos da posse ininterrupta e de boa-fé, exigidos para a perda da propriedade, são típicos do instituto da usucapião.

Para eles não seria adequado se falar em desapropriação, pois esta é um ato administrativo, e não judicial, como previsto no art. 1.228, § 4º. Apresenta também como argumento a responsabilidade no pagamento da indenização prevista no art. 1.228, § 5º só pode caber aos possuidores, tratando se de usucapião onerosa.

Suas ideologias têm como núcleo o §5º que institui a responsabilidade de indenização devida ao proprietário, que defendem os atuais possuidores da propriedade como interessados na lide, portanto, os responsáveis pelo pagamento.

Em virtude do princípio da função social, o instituto da usucapião não traz em sua particular formação o pagamento de qualquer indenização aos possuidores. Para

reforçar essa idéia do principio central da propriedade a Lei nº 10.257/01, Estatuto das Cidades, expõe em seu art. 10 que a posse coletiva deve provocar a perda da propriedade em face dos possuidores, caracterizando essa coletividade como população de baixa renda e impondo limite mínimo a área urbana a ser desapropriada. Esta lei é taxativa sobre se tratar de usucapião e não fixa qualquer forma de indenização ao proprietário.

Observando o art. 10 da Lei nº 10.257/01 e fazendo uma comparação com o art. 1228, §§ 4º e 5º do nosso atual Código Civil, fica evidente a semelhança que ambos artigos trazem objetivos de atendimento e atenção à função social da propriedade, que conforme citado anteriormente, trata-se do princípio-núcleo do direito de propriedade.

É encontrada distinção entre os artigos no tocante a indenização. A desapropriação tratada no Estatuto das Cidades não exige indenização, assim reforça a teoria contrária a usucapião onerosa, já a desapropriação tratada nos parágrafos 4º e 5º do art. 1228 do CCB exige a indenização fixada pelo juiz. Tratando assim de usucapião na primeira e desapropriação judicial na segunda, conforme ensina o admirável doutrinador Silvio de Salvo Venosa:

"Em ambas as situações encontramos a busca pelo sentido social da propriedade, sua utilização coletiva. Em ambas há necessidade de posse ininterrupta por cinco anos. (...) Na situação enfocada do Código Civil, porém, a aquisição aproxima-se da desapropriação, pois de acordo com o art.1.228, §5º, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário;"⁵⁸

Ainda contrapondo a teoria da usucapião onerosa quando argumenta se tratar de um ato administrativo, e não judicial, novamente mostra-se equivocados seus argumentos, pois analisando a desapropriação indireta, aquela em que ocorre sem observância do devido processo legal, que o Poder público se apossa do imóvel e este passa a integrar de forma irregular o patrimônio público pela destinação pública que lhe foi dada, cabendo ao Judiciário, em caso de ação judicial, reconhecer a existência da desapropriação e fixar a indenização por perdas e danos por parte dos possuidores.

Destarte, analisando as duas teorias em exposição de nosso estudo e

⁵⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*, São Paulo: Atlas, 6ª ed., 2006, p. 205.

considerando os tipos de desapropriação existentes (por necessidade/utilidade pública e por interesse social), podemos verificar que os parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228 tratam a idéia de desapropriação judicial por interesse social, conforme a definição do art. 1º da Lei nº4.132/62, que é aquela com objetivo de promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem-estar social.

O CC deixa claro, portanto, que o interesse da comunidade pode limitar o exercício da propriedade e constitui, inclusive, motivo de perda desse direito real.

Vale ressaltar, a evidente preocupação do legislador constitucional confirmada pelo correspondente legislador do Código Civil de 2002, em, por um lado afirmar a função social da propriedade como um direito fundamental, uma cláusula pétreia, por outro, demonstra o cuidado em não interferir no anterior e secular direito de propriedade.

Nesse diapasão, a previsão legal constitucional, sobre o direito à propriedade, disposta juntamente com os direitos à vida, à liberdade e à igualdade, presentes, já no *caput* do Art. 5º da Constituição vigente, em franca consonância com os Incisos XXII e XXIII do mesmo artigo, não garante direito ilimitado ao proprietário para usar, gozar e dispor da coisa, previsto pelo Art. 1.228 do Código Civil.

Sendo assim, conclui-se sob os influxos das doutrinas analisadas e dos paradigmáticos dispositivos legais que, apesar de exercer papel limitador, visam atender a necessidade e o interesse coletivo sobre o direito à propriedade. Diante de todo o exposto, discorreremos agora sobre a Teoria Geral do Direito de Superfície, suas vantagens e desvantagens, instrumento de Política Urbana e Agrária, garantidor da função social da propriedade, e por que não dizer, um instituto jurídico capaz de auxiliar o desenvolvimento e o crescimento do país.

5 TEORIA GERAL DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

5.1 CONCEITO

O conceito de Direito de Superfície, como direito real, pode variar em razão da forma como ele é regulado pelos ordenamentos dos países que o admitem.

Entre os autores brasileiros, podemos destacar as seguintes conceituações:

Clóvis Bevilacqua dita o seguinte:

“Consiste no direito real de construir, assentar qualquer obra, ou plantar em solo de outrem”.⁵⁹

Já Orlando Gomes explica o instituto como:

“Superfície é o direito real de ter uma construção ou plantação em solo alheio”.⁶⁰

Conceitua Venosa:

“O direito de superfície é mais amplo que a enfiteuse, por este ser melhor aproveitado, além do proprietário manter a coisa. Dá o nome de fundeio ao proprietário do solo, e diz que esse tem direito a fruição do solo enquanto nele ainda não estiver sido plantado ou construído, mantém o proprietário a posse indireta da coisa, enquanto o superficiário possui a posse direta. Ainda afirma que à obra ou plantação é chamada de *implante*”.⁶¹

Em minha opinião a melhor definição vem do doutrinador Ricardo Pereira Lira, sendo ela a seguinte:

“É o Direito real sobre coisa alheia, autônomo, temporário ou perpétuo, de fazer uma construção ou plantação sobre ou sob o solo alheio, ficando a construção ou plantação da propriedade de quem constrói ou planta, bem como é o direito de manter essa propriedade sobre solo alheio”.⁶²

Esta definição tem por finalidade sublinhar o aspecto dinâmico da relação superficiária, assim como demonstrar as características mais fortes do instituto, sem se preocupar com os sistemas jurídicos que o consagram, face à variação decorrente

⁵⁹ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*, vol.III. ed. Paulo de Azevedo Ltda. art. 674, p. 239.

⁶⁰ GOMES, Orlando. *O Direito de superfície*. Artigo publicado in RIAA n.º 119, ano XVII-out-dez.1972. p. 35.

⁶¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, 6 ed. São Paulo; Atlas, 2006, p.422, grifo nosso.

⁶² LIRA, Ricardo Pereira. Obra citada, p. 542.

de cada um, como é natural.

Nestes conceitos são evidenciadas as características mais importantes do direito de superfície, quais sejam: sua autonomia diante dos outros direitos reais limitados, a concessão para construir ou plantar em solo alheio como causa do direito real de superfície, e a superfície gerada por cisão, derivada de negócio jurídico.

A doutrina é farta de definições, garantindo ao superficiário exercer todos os poderes inerentes à propriedade.

5.2 ESTRUTURA DO DIREITO SUPERFICIÁRIO

A estrutura do direito superficiário é plástica, uma vez que o mesmo pode sofrer mutações. A propriedade pode se consolidar de uma relação simples, evoluindo para uma relação complexa, ou, pode nascer complexa, como exemplo no caso de propriedade superficiária gerada por cisão.

Lançando luzes sobre a plasticidade do direito de superfície, Ricardo Pereira Lira aponta que existem três momentos possíveis na relação superficiária, quais sejam:

- (a) o direito real de construir ou plantar em solo alheio, nascido de concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum*;
- (b) a superfície, efeito da concreção do direito real de construir ou plantar em solo alheio;
- (c) a superfície, gerada por cisão, quando é efeito da alienação que o *dominus soli* separadamente faz:
 - (c.1) a outrem de construção já existente, reservando-se o solo;
 - (c.2) a outrem do solo, reservando-se a construção;
 - (c.3) a duas pessoas, transferindo a uma o solo, a outra a construção já existente.⁶³

Portanto, o direito de superfície pode nascer simples e continuar simples até sua extinção, quando o único direito que se visualiza é o direito real de construir ou plantar em solo alheio, decorrente de concessão para plantar ou edificar que

⁶³ LIRA, Ricardo Pereira. Obra citada, p. 56-61.

permaneceu latente, sem realizar-se na coisa superficiária. A hipótese de não-exercício do direito real de construir ou plantar em solo alheio é admissível sob o ponto de vista didático, mas de efetividade questionável, à luz do princípio constitucional da função social da propriedade, cujo conteúdo veda o desperdício da potencialidade da coisa.⁶⁴

Pode ela, também, nascer simples, tornando-se relação jurídica complexa, na hipótese de concreção do direito real de construir ou plantar em solo alheio em coisa superficiária. Isto é, o exercício da concessão (direito real) gera o aparecimento da propriedade superficiária, dentro da propriedade do solo. A concessão para construir ou plantar em solo alheio é direito real sobre coisa alheia, de aquisição derivada, que contém um *poder de transformação*.⁶⁵ O exercício desse poder cria o direito real de superfície, que está embutido dentro de outro direito de propriedade (a propriedade sobre o solo).

Quando a superfície, que tem a natureza jurídica de propriedade imobiliária, for adquirida pelo exercício do direito de construir ou plantar, a hipótese é de aquisição originária.

É, ainda, possível, que o direito de superfície nasça complexo e permaneça complexo, na hipótese de direito de superfície gerado por cisão. Neste caso, aquisição da propriedade superficiária também é derivada, tendo como causa o negócio jurídico em que o proprietário do solo deu em superfície plantação ou edificação já existente.

5.3 A AUTONOMIA DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

Com o objetivo de evidenciar a autonomia do direito real de superfície, abordaremos os direitos reais limitados e institutos similares, que embora bastante próximos do direito de superfície, com ele não se confundem, como é o caso da *enfiteuse*, do *usufruto* e da *concessão de uso*.

A *enfiteuse* era um direito real que foi extinto do Código Civil de 2002. Porém,

⁶⁴ GONDINHO, André Osório. *Função Social da Propriedade*. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 397-433.

⁶⁵ LIRA, Ricardo Pereira. Obra citada, p. 60.

não podemos desconhecer as já existentes, cabendo a nós nos situarmos em relação a este direito que tem sua importância limitada hoje, tendo por objeto principalmente, terrenos da marinha, na orla litorânea. Este instituto também tem a denominação de emprazamento ou aforamento.

A legislação que regulamenta a enfiteuse no Brasil se aduz nos Arts. 678 a 694 do Código Civil Brasileiro de 1916, e a sua proibição se encontra no Art. 2.038 do Código Civil. Quanto aos bens imóveis da União, estes obedecem ao Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946.

Caio Mário da Silva Pereira⁶⁶ define a enfiteuse como um direito real e perpétuo de possuir, usar e gozar de coisa alheia e de empregá-la na sua destinação natural sem lhe destruir a substância, mediante o pagamento de um foro anual invariável.

Tal instituto jurídico só pode se constituir sobre terrenos de marinha, terras não cultivadas ou terrenos que se destinem à edificação, porque sua finalidade é facilitar o aproveitamento de terras incultas.

Quanto aos direitos do senhorio, este conservará o nome de dono, tendo a expectativa de readquirir a condição anterior, mediante o exercício da preferência, na hipótese de alienação ou através do comisso, ou do falecimento do enfiteuta, sem herdeiros, e principalmente, tem direito ao foro e ao laudêmio. Os direitos do senhorio são meras expectativas, já o valor econômico da propriedade é transferido ao enfiteuta (foreiro = domínio útil; senhorio = domínio direto).

Já quanto os direitos do foreiro ou enfiteuta, este tem a posse direta do imóvel, podendo usá-la sem lhe destruir a substância, ou seja, não pode dividi-la sem a autorização do proprietário (art. 681 CCB/1916), podendo o mesmo alienar o seu direito de forma onerosa ou gratuitamente, comunicando previamente ao senhorio para que este exerça seu direito de opção ou à percepção do laudêmio. Tem o direito à aquisição da substância do imóvel, no caso do senhorio pretender aliená-lo onerosamente. Deverá notificá-lo para que no prazo de trinta dias a exerça, tanto por tanto.

Pelo fato da enfiteuse ser perpétua, o enfiteuta pode transmitir, por ato negocial ou por sua morte, o conjunto de seus direitos. Pode o enfiteuta também

⁶⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil*. Teoria geral de Direito Civil, 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1. p. 293.

instituir subenfitense, como negócio jurídico autônomo, desde que não interfira nas relações dele com o senhorio. Neste caso, o enfiteuta assume a condição de senhorio, independentemente de notificação ao titular da nua propriedade, salvo se no ato constitutivo originário tal providência vier expressa.

É a prerrogativa concedida ao foreiro de adquirir, compulsoriamente, o domínio direto, mediante o pagamento de determinada indenização. De acordo com o art. 693 do CCB/1916: “todos os aforamentos, inclusive os constituídos anteriormente a este Código, salvo acordo entre as partes, são resgatáveis dez anos depois de constituídos, mediante pagamento de um laudêmio, que será de dois e meio por cento sobre o valor atual da propriedade plena, e de dez pensões anuais pelo foreiro, que não poderá no seu contrato renunciar ao direito de resgate, nem contrariar as disposições imperativas deste capítulo”.

Cabe ao enfiteuta o direito de renunciar ao aforamento, fazendo inscrever no registro imobiliário o seu ato abdicativo que é unilateral, e independente da anuência do seu senhorio direto, podendo gravar a coisa com servidões ou usufruto, devido ao *ius disponendi*.

De acordo com o Art. 682 do Código Civil de 1916 a enfiteuse pode ser extinta em decorrência das seguintes causas, pela natural deterioração do prédio aforado, quando chegue a não valer o capital correspondente ao foro e mais um quinto deste; pelo comisso, deixando o foreiro de pagar as pensões devidas, por três anos consecutivos, situação em que o senhorio o indenizará das benfeitorias necessárias; e em caso de falecimento do enfiteuta sem herdeiros, salvo o direito dos credores.

No que se referem às terras públicas, o regime jurídico de utilização de bens imóveis da União obedece ao Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, mediante aluguel, aforamento ou cessão. Ocorrerá enfiteuse quando coexistirem a conveniência de radicar-se o indivíduo no solo e a de manter-se o vínculo da propriedade pública, dependendo de autorização do Presidente da República (art. 64, § 2º).

O regime de aforamento é de competência da Secretaria de Patrimônio da União - SPU, sujeita à audiência com o Ministério da Defesa (Exército, Marinha e Aeronáutica), Ministério da Agricultura (terrenos com aproveitamento agrícola ou pastoril), Ministério da Viação e Obras Públicas (terrenos próximos a obras portuárias, ferroviárias, rodoviárias, de saneamento ou de irrigação) e de Prefeituras

Municipais (terreno em zona que esteja sendo urbanizada).

O foro de enfiteuse de terrenos da União é de 0,6% do valor do domínio pleno, e o não pagamento por três anos consecutivos, importará na sua caducidade.

A transferência entre vivos do domínio útil depende de prévia autorização da SPU, far-se-á por escritura pública ou ato judicial competente, constando a transcrição do alvará de licença expedido pela SPU.

Em relação aos terrenos de marinha, o foro não é fixado pela parte, como ocorre na enfiteuse particular, mas sim, calculado sobre o valor do domínio pleno do terreno à época da avaliação e anualmente atualizado pela Secretaria de Patrimônio da União. Já o laudêmio é a obrigação devida à União pelo alienante quando realizadas transferências onerosas, entre vivos, de terrenos da União ou de direitos sobre benfeitorias nele construídas.

A enfiteuse destes bens se extinguirá se ocorrer inadimplemento de cláusula contratual, acordo entre as partes, e a critério do governo, pela remissão, mediante o pagamento de vinte foros e um e meio laudêmio, calculado sobre este o valor do domínio pleno do terreno e benfeitorias, sujeita à redução de 20%, 15%, 10% e 5%, se requerida respectivamente no primeiro, segundo, terceiro ou quarto semestre da data da notificação, uma vez que se efetue o pagamento no prazo de trinta dias da expedição da guia de recolhimento. Efetuado o resgate, a SPU expedirá certidão para fins de averbação no Registro de Imóveis.

A *enfiteuse* difere do Direito de superfície especialmente pela questão do *foro*, que é uma pensão paga pelo enfiteuta ao senhorio direto, de valor módico, invariável e em espécie, sendo sua principal motivação, enquanto que o *solarium*, que é equivalente ao foro, porém reajustável e de valor não necessariamente módico, não é essencial para o último. Podemos perceber também que não ocorre a transferência de propriedade, constituindo como direito inalienável. O que não ocorre no negócio superficiário. O proprietário da coisa superficiária pode, sem dúvida, aliená-la. Outra diferença a ser mencionada é o *laudêmio*, que é um valor pago ao senhorio direto quando este não exerce seu direito de prelação, para a aquisição do direito do enfiteuta, cujo montante é acordado entre as partes, geralmente de 2,5% sobre o valor da venda, a ser pago pelo enfiteuta ao senhorio direto inexistente na relação entre as partes no contrato de superfície.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O direito de superfície se afasta da enfiteuse porque pode ser

ou não perpétuo (enquanto a enfiteuse é perpétua), porque pode ser objeto de alienação, independentemente de consulta prévia ao concedente (ao passo que a enfiteuse não pode ser alienada sem anuência do *dominus*), porque é em regra gratuita, não sendo essencial a cobrança do *solarium* (já na enfiteuse, que é essencialmente onerosa, cobra-se o laudêmio), finalmente, porque a finalidade do direito de superfície pode consistir em plantio, construção ou moradia (e a finalidade da enfiteuse, historicamente, resumia-se à exploração para cultivo).⁶⁷

Quanto ao *usufruto*, o Direito não é alienável. O usufrutuário não pode alienar a terceiro sua “condição”. Afasta-se o direito de superfície do usufruto, tanto no tocante ao objeto de incidência (o direito de superfície recai sobre imóveis, enquanto o usufruto pode recair também sobre móveis), quanto no que diz respeito à transmissibilidade (o direito de superfície é transmissível por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, enquanto o usufruto é personalíssimo, não podendo ser transferido sequer hereditariamente) e ainda no que refere ao prazo de duração (se o usufruto é, no máximo, vitalício, o direito de superfície pode ser temporário ou perpétuo).

Já a *concessão de uso*, introduzida pelo Decreto - Lei 271/67, conforme aponta Chalhub, “não consubstancia Direito de superfície”⁶⁸, pois há impossibilidade de gerar o efeito de separação da propriedade imobiliária do solo, ou seja, não há derrogação do princípio da acessão, como ocorre, sempre, em relação à coisa superficiária e ao terreno, onde se encontra assentada.

Interessante os efeitos da diferença entre o direito de superfície e a concessão de direito real de uso, que é decorrente do princípio *superfícies solo cedit*. Enquanto o direito de superfície implica em quebra ou suspensão do princípio *superfícies solo cedit*, na concessão de direito real de uso há incidência daquele princípio. Daqui se infere que no caso de desapropriação, a indenização será dividida entre o proprietário superficiário ou titular do direito real de construir ou plantar em solo alheio e o proprietário do solo, enquanto que na hipótese de concessão de direito real de uso, a indenização caberá apenas ao *dominus* concedente.

Vale salientar que a concessão de direito real de uso não tem a plasticidade do direito de superfície, de modo que não gera uma propriedade imobiliária

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito de Superfície*. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Org.). *Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 185.

⁶⁸ CHALHUB, Melhim Namem. *Direito de Superfície*. *Revista de Direito Civil*, n. 53, p. 78.

separada. Trata-se ainda de uma nova modalidade de propriedade (direito real resolúvel) de amplíssima aplicação no mercado imobiliário seja tratando-se de imóveis urbanos ou rurais; uma nova forma de plantar, construir prédios, shoppings, hotéis, parques, estacionamentos subterrâneos etc. Que se dá como resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha, nos termos do art. 1.359 do Código Civil.

Distingue-se do direito de superfície, inclusive, pelo fato de, na concessão de direito real de uso, o direito do concessionário não poder ser hipotecado.⁶⁹

No que toca às servidões, não há confusão. O direito de superfície é, em regra, gratuito; ao passo que a constituição de servidões implica em indenização. Além disso, no direito de superfície não é possível identificar dois imóveis em que um deles seja dominante e o outro serviente.⁷⁰

Salientando o aspecto real do direito de superfície, não encontramos dificuldade em distingui-lo de outros institutos afins, mas de natureza jurídica obrigacional, como a locação, o arrendamento e a parceria.

Sem nos alongarmos mais neste ponto, posto que já restou incontestado a autonomia do direito de superfície, caminhemos na análise de sua teoria geral.

5.4 FORMAS DE CONSTITUIÇÃO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

O direito de superfície constitui-se mediante registro no Registro de Imóveis de contrato que consubstancia negócio jurídico solene, de conteúdo relevante, que pode ser puro, condicional, a termo ou modal, oneroso – com previsão de *solarium* – ou gratuito, temporário ou perpétuo, e por disposição de última vontade, que institua legado *ad hoc*.

Há polêmica sobre a constituição do direito de superfície por usucapião, por expropriação (desapropriação) mediante justa indenização ao proprietário superficiário, e também através de lei.

⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Obra citada, p. 184.

⁷⁰ TORRES, Marcos Alcino Azevedo. Obra citada, Acesso em: 05/11/2014.

Ainda que pesem respeitáveis entendimentos em sentido contrário, a escritura pública sempre deverá ser exigida para formalização do Direito de Superfície, tanto pelo Código Civil, quanto pelo Estatuto da Cidade, ainda que o valor deste seja inferior a 30 salários mínimos.

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

Por sua vez, o *caput* do Art. 21 do Estatuto da Cidade, determina que o proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis.

Não é outro o entendimento de João Pedro Lamana Paiva:

“Há previsão também de o direito de superfície (arts. 21 a 24 do EC) disciplinar o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativos ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo. Sua constituição se dá por registro (art. 56); sua extinção, por averbação (art. 57), sendo obrigatória sua formalização mediante Escritura Pública (art. 21 do EC e arts. 108 e 1.369 do CC).”⁷¹

Pela redação do art. 1369 do Código Civil poderíamos entender que não seria possível o uso do espaço aéreo no direito de superfície, uma vez que omissos o instituto a esse respeito.

Todavia, o direito de superfície abrange a possibilidade de usar o imóvel pronto ou em fase de construção, assim como o solo, o subsolo e o espaço aéreo, desde que atendidas às finalidades do contrato e a legislação urbanística. Logo, havendo necessidade do uso do espaço aéreo para cumprimento do contrato de superfície, este não só é cabível como necessário, uma vez que inerente ao próprio instituto.

De acordo com a doutrina de Nicolau Balbino Filho⁷², “pelo direito de superfície o proprietário (urbano ou rural, conforme o caso) pode conceder a outrem,

⁷¹ PAIVA, João Pedro Lamana. *Procedimento de Dúvida no Registro de Imóveis - Série Direito Registral e Notarial*, 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 2011, p. 144

⁷² FILHO. Nicolau Balbino. *Registro de Imóveis. Doutrina – Prática – Jurisprudência*. 13ª ed. rev e at. Saraiva, 2008, p. 600

onerosa ou gratuitamente, o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública, devidamente registrado no Serviço Registral Imobiliário da circunscrição competente”.

Ainda, no mesmo sentido, Melhim Namem Chalhub afirma que:

“A contratação deve ser feita mediante instrumento público, no qual serão observados os requisitos indispensáveis para constituição de direitos reais sobre bens imóveis, sob pena de invalidade do título de constituição”.⁷³

Questiona-se sobre a aplicação e regulamentação das duas leis simultaneamente sobre o instituto, ou, ainda, se no conflito de normas, o novo código, como lei posterior, derrogará os princípios do estatuto. Entretanto, cabe-nos esclarecer que, ante a colisão dos dispositivos legais, o Código Civil encontra-se posto como norma geral, e o Estatuto da Cidade, como microssistema, sob enfoque de norma especial. E ainda: quando se referir no caso em concreto a uma propriedade urbana, aplicar-se-á o Estatuto da Cidade e, subsidiariamente, o Código Civil; em caso contrário, tratando-se de uma propriedade rural ou agrícola, aplica-se o Código Civil e, subsidiariamente, o Estatuto da Cidade.

A Lei de Registros Públicos não faz menção à superfície rural, entretanto, mesmo não havendo a sua previsão, a possibilidade de registro do direito de superfície rural será regulada pelo Código Civil.

Para Ricardo Pereira Lira⁷⁴ apenas o titular do direito de propriedade pode constituir o direito de superfície, porque a ninguém é lícito transferir mais do que seu patrimônio. Já Marcos Alcino Azevedo Torres⁷⁵ ressalva a hipótese de admissão de sobrelevação, que seria o direito de superfície constituído sobre a propriedade superficiária pelo titular do direito de superfície, ou até mesmo pelo proprietário sobre o edifício.

Ricardo Pereira Lira⁷⁶ critica a eficácia da expropriação da superfície, uma vez que a indenização deverá abranger também o valor do solo em que assente a coisa

⁷³ CHALHUB, Melhim Namem. *Curso de Direito Civil: Direitos reais*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 164

⁷⁴ LIRA, Ricardo Pereira. Obra citada, p. 71.

⁷⁵ TORRES, Marcos Alcino Azevedo. Obra citada, Acesso em: 05/11/2014.

⁷⁶ LIRA, Ricardo Pereira. Obra citada, p. 71.

superfideciária, tornando despropositado o ato administrativo, que – em tese – seria possível. Tal possibilidade, porém, no Estado Democrático de Direito precisa enfrentar o crivo do princípio da moralidade administrativa, inserido no *caput*, do art. 37, da CRFB.

Quanto à constituição do direito de superfície através de lei de efeitos concretos (que é uma excrescência dentro do sistema de pesos e contrapesos típico das repúblicas federativas), Ricardo Pereira Lira⁷⁷ admite a hipótese no caso de concessão pelo poder público do direito real de construir ou plantar, isto é, quando o poder público é o *dominus soli* e o dá em superfície.

Duas questões importantes e controversas quanto ao direito de superfície são:

- a) a impossibilidade de sobrelevação; e
- b) a licitude da superfície por cisão.

A doutrina majoritária se posiciona no sentido de que o direito de superfície somente pode ser constituído tendo como objeto um terreno, pois este termo é expressamente explicitado pelo legislador.

Há, todavia, opiniões no sentido de que é possível existir esta figura jurídica em terreno já construído, como no direito alemão, suíço e português, especialmente diante da redação do artigo 21, § 1º, do EC.

É o que se chama de direito de superfície por cisão, ou seja, já tendo construção erguida no terreno. Apesar de inexistir previsão no direito pátrio, não vejo razão para não se admitir tal possibilidade, pois não contraria a essência do instituto, seja do ponto de vista jurídico, seja do ponto de vista econômico.

Quanto ao direito de superfície de segundo grau e direito de elevação, alguns ordenamentos, como, por exemplo, o suíço, admite aquilo que se denomina direito de superfície de segundo grau, hipótese em que o dono da propriedade superficiária concede a um terceiro a possibilidade de construir sobre sua propriedade, criando novo regime superficiário.

O direito brasileiro não acolheu tal forma de aproveitamento do direito de superfície. Figura jurídica distinta e igualmente não regulada no direito brasileiro é o

⁷⁷ LIRA, Ricardo Pereira. Obra citada, p. 71-72.

que se chama de direito de elevação ou sobrelevação.

Nessa hipótese, alguém constrói um novo andar sob uma construção já erguida, passando, ao término da empreitada, a existir um condomínio edilício (propriedade horizontal), o que não se confunde com direito de superfície.

A sobrelevação se dá quando o proprietário cede a outra pessoa o direito de construir sobre a base da sua edificação. Recebe também a denominação de “direito de laje”, dizendo respeito, pois, a uma faceta horizontal do direito de superfície. Já a superfície por cisão ocorre quando já existe uma construção no imóvel e o proprietário concede o direito de o superficiário utilizar essa construção, independentemente da necessidade de reformas ou melhoramentos.⁷⁸

Para aqueles que advogam pela sua impossibilidade, baseiam-se no fato do CC/02 não regulamentar o direito de laje, diferentemente do que ocorre em Portugal, onde há previsão expressa, no art. 1.526 do Código Civil. Por essa razão, fazendo uma exegese literal do comando normativo plasmado no art. 1.369 do CC/02, há uma corrente que advoga pela sua impossibilidade em nosso ordenamento, posto que o citado dispositivo não faz menção ao uso do espaço aéreo do imóvel, mas apenas ao solo e ao subsolo, este último apenas quando for imprescindível. Ressalte-se que no regime superficiário do EC a concessão de direitos sobre o espaço aéreo é textualmente prevista no art. 21, §1º.

Isto posto, há ainda uma questão interessante a analisar sobre o tema, que é a relação jurídica que se instaura quando da concessão do direito de laje. Ocorre que a sobrelevação dá ao superficiário o direito de construir, extinguindo-se o direito de superfície quando do término da edificação. Deste ponto em diante, a acessão será incorporada ao edifício principal, que ali já existia, formando-se um condomínio no imóvel agora existente. Essa peculiaridade afasta a sobrelevação do regramento comum da superfície, tendo em vista que essa incide sobre o solo e é sempre temporária.

No dizer de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão:

⁷⁸ Rodrigo Mazzei divide a superfície por cisão em duas espécies, quais sejam: a) ordinária: quando o superficiário não precisar introduzir benfeitorias no implante; e b) qualificada: na hipótese em que ele precisa fazê-las. Sobre o tema, Cf. MAZZEI, Rodrigo. *O direito de superfície e a sobrelevação*. IN: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). *Novo Código Civil: Questões Controvertidas. Direito das Coisas. Vol. 7*. São Paulo: Método, 2008. p. 229.

“O afastamento do regime comum da superfície é muito acentuado, uma vez que o direito de sobrelevação não incide sobre um terreno, mas antes sobre um edifício, não sendo assim atribuídos ao superficiário quaisquer poderes de transformação do solo. Por outro lado, o conteúdo do direito limita-se à faculdade de construir”.⁷⁹

E conclui o professor português explicando que:

“A superfície extingue-se conseqüentemente com a nova construção, surgindo a partir daí um direito de propriedade horizontal, atribuindo-se igualmente ao construtor um direito sobre as partes comuns do prédio (art. 1.421) para evitar que fossem defraudadas as regras desse instituto”.⁸⁰

Em verdade, conclui-se assim que o direito de superfície, na espécie sobrelevação, tem duração certa e determinada, qual seja o período necessário à edificação. Ao seu término, o superficiário passa a ser coproprietário do imóvel. Trata-se de uma situação fática que, se corretamente utilizada, pode ser um mecanismo para o melhor aproveitamento do solo e a diminuição do déficit habitacional no Brasil.

Consoante já explicitado, superfície por cisão é aquela que ocorre quando o superficiário incorpora ao seu patrimônio, temporalmente, a acessão já existente em um imóvel objeto de concessão superficiária. Assim como ocorre com o direito de laje, há controvérsia quanto à sua legalidade, em virtude da ausência de previsão legal. Na verdade, interpretando-se o art. 1.369 do CC/02, uma parte da doutrina entende que a cessão de edificações já construídas desnaturaria o direito de superfície.

Tal entendimento se baseia no fato de que a lei só permite que a superfície englobe o direito de fazer acessões (construções e plantações) no imóvel, sendo impossível a cessão de obra já edificada, seja ou não necessário fazer benfeitorias para explorá-la.⁸¹

Não é outro o pensamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

⁷⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direitos Reais*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 389.

⁸⁰ Idem, *ibidem*.

⁸¹ Entre outros, cite-se a posição de Carlos Roberto Gonçalves, contrária à possibilidade de superfície por cisão (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. Vol. V. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 414).

“Parece-nos que neste ponto o legislador agiu de forma tímida, pois a possibilidade de concessão de “superfície por cisão” seria excelente modo de revitalização de edificações mal conservadas, abandonadas pelo tempo, ou de conclusão de obras de edificação que foram paralisadas por desídia ou carência econômica dos proprietários”.⁸²

Nesse sentido, o Conselho da Justiça Federal aprovou, na III Jornada de Direito Civil, um Enunciado sobre o tema, reforçando o entendimento aqui esposado: “Enunciado 250: Art. 1.369: Admite-se a constituição do direito de superfície por cisão.” Comentando o tema em questão, Rodrigo Mazzei corrobora o entendimento de que a superfície por cisão é admitida no ordenamento pátrio:

“A conclusão é correta, uma vez que seria – no mínimo – estranho dizer que o nosso sistema admite o direito de superfície mais complexo (com duas fases: feitura do implante e fruição do implante), mas rejeita a concessão por cisão, de natureza mais simples (possui apenas uma fase)”.⁸³

Diante desses argumentos, é de se concluir que o ordenamento jurídico brasileiro não proíbe a constituição de superfície por cisão, contudo não podemos criar novos direitos reais pelo exercício da vontade (princípio da taxatividade). Entretanto, tal modo de concessão superficiária, pode ser utilizado como relevante instrumento de combate a ociosidade de terras em nosso país.

5.4.1 O DIREITO DE SUPERFÍCIE CONSTITUÍDO POR USUCAPIÃO

Atualmente é bastante volumoso o entendimento jurisprudencial e doutrinário favorável à constituição do direito de superfície através de usucapião.

Alguns sistemas alienígenas o admitem expressamente, como o português, o alemão e o de Macau, enquanto nossa doutrina oscila entre sua admissibilidade ou não, prevalecendo à primeira hipótese.

Os legisladores de ambos os diplomas que tratam do tema não previram, expressamente, tal hipótese, possivelmente em razão de ser difícil identificar se o

⁸² FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 418.

⁸³ MAZZEI, Rodrigo. *O direito de superfície e a sobrelevação*. IN: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). *Novo Código Civil: Questões Controvertidas. Direito das Coisas. Vol. 7*. São Paulo: Método, 2008. p. 229.

possuidor age como dono em relação ao solo ou só em relação à superfície. A omissão, assim, parece ter sido proposital.

José Guilherme Loureiro, entretanto, sustenta o cabimento da usucapião, afirmando o seguinte:

“Cumprе ressaltar, ainda, que alguém seja possuidor de boa-fé e justo título embora tenha adotado as cautelas legais para a aquisição do direito de superfície (v.g., mediante contrato por instrumento público), pode ocorrer que o título fosse eivado de nulidade, desconhecida do adquirente (v.g., aquisição a *non domino*). Nada impede que o possuidor de boa-fé venha, verificada a prescrição aquisitiva, a usucapir a superfície”.⁸⁴

Essa matéria, como muitas outras, será resolvida pela doutrina e pelo trabalho jurisprudencial, como adverte Ricardo Lira:

“Entendemos que o direito de superfície, como está previsto nos dois diplomas legais, no Código Civil e no Estatuto da Cidade, deve sofrer o impacto da experiência vivida, deve receber as achegas do direito aplicado, mas, no entanto, não excluimos a possibilidade de que, dentro de algum tempo, nova formulação seja adotada”.⁸⁵

Para compreendermos as razões da polêmica, se faz necessário retomar as observações concernentes à estrutura plástica do direito de superfície, que pode estar representado em direito real de construir ou plantar sobre coisa alheia; em propriedade superficiária (seja gerada pelo exercício da concessão, seja gerada por cisão): construída sobre solo de particular ou construída sobre solo público.

Importante, também, sublinhar que a análise da questão está intimamente conectada aos requisitos da usucapião, que são diversos em cada espécie de usucapião (ordinário e extraordinário).

Fixadas essas premissas iniciais, percebe-se que o exame do assunto reclama do observador o enfoque de dois aspectos, a saber: a usucapião – ordinária ou extraordinária – do direito de construir ou plantar e a usucapião – ordinária ou extraordinária – da propriedade superficiária.

Ricardo Pereira Lira⁸⁶ não admite a constituição do direito de superfície por

⁸⁴ LOUREIRO, Luis Guilherme. Obra citada, p. 267.

⁸⁵ LIRA, Ricardo Pereira. Obra citada, p. 71.

⁸⁶ LIRA, Ricardo Pereira. Obra citada, p. 70-71.

usucapião ordinária do direito real de construir ou plantar sobre coisa alheia, visto que não seria possível a posse exercida sobre direito real incorpóreo. Quanto à constituição do direito de superfície por usucapião (ordinária ou extraordinária) da propriedade superficiária construída em terreno particular, o Professor supõe impossível a posse exercida apenas sobre o direito de superfície, sem abranger o solo. Apenas admite a constituição da superfície por usucapião (em qualquer das modalidades) da propriedade superficiária construída em terra pública, dada a impossibilidade jurídica da usucapião se operar também sobre o solo, tornando inócua a projeção da posse sobre esse solo.

Os obstáculos pragmáticos para admitir-se a constituição da usucapião não afastam a possibilidade de sua ocorrência. Apesar da dificuldade de ser configurada a posse (entendida, nos moldes do Art. 1.196, CC, como *o exercício de fato, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade*) sobre direito real incorpóreo, sendo rara alguma hipótese de usucapião do direito real de construir ou plantar sobre coisa alheia, sua ocorrência não é impossível.

Exemplificando o caso, temos o sistema alemão, no qual se admite a usucapião ordinária do direito de superfície, tanto no aspecto de direito real de construir ou plantar sobre coisa alheia, como no aspecto de propriedade imobiliária separada.

Temos, ainda, que abordar a posse exercida sobre a propriedade superficiária sem *animus* de aquisição da propriedade do solo. Nesse caso, temos tanto a possibilidade de vislumbrar a usucapião ordinária, como a extraordinária.

O exame do caso concreto dirá se a hipótese cuida-se de usucapião que representa aquisição do direito de superfície, em qualquer de suas possibilidades ou, se de usucapião de todo bem (do solo e da propriedade superficiária). A intenção do possuidor será de fundamental relevância, embora se saiba de todos os aspectos que envolvem a produção de tal prova).

A doutrina admite, quando a propriedade superficiária for construída sobre terreno particular, apenas a prescrição aquisitiva ordinária, porque os efeitos aquisitivos da acessão fariam com que a posse da superfície operasse os mesmos efeitos também sobre o solo, subsolo e espaço aéreo.

Apenas é admitido a usucapião na modalidade extraordinária, quando se

tratar de superfície constituída sobre terreno público, a despeito do entendimento de que esta hipótese configuraria fraude à vedação constitucional de usucapião de bens públicos.

Cabe ressaltar que em havendo possibilidade de aquisição do direito de superfície, seja por força de lei, seja por posição doutrinária, poder-se-ia admiti-lo para os terrenos públicos, ciente de sua inusucapibilidade, diante da constante invasão e posse por pessoas, que terminam por construir sua moradia no local, isto, se a administração pública deixá-lo ocioso, ao invés de ceder por contrato às populações carentes.

Roseane Gonzáles, sobre a hipótese de usucapião extraordinária de propriedade superficiária construída sobre bem público, assevera que:

“A superfície pode ser adquirida via usucapião, sendo essa modalidade rara e difícil de ocorrer. Principalmente a usucapião extraordinária, em razão do efeito aquisitivo da acessão, por força do qual a plantação ou construção feita no solo pertence ao proprietário deste, o que só a superfície concedida pelo proprietário do solo poderia impedir. Por outro lado, pelo mesmo prazo, o superficiário adquiriria a propriedade do imóvel. Já via usucapião ordinária, em razão da concessão anterior a *non domino*, pode o concessionário adquirir o direito de superfície, contra o proprietário do solo, se permanecer na posse pelo decurso do prazo, desde que não careça de boa-fé”.⁸⁷

José Guilherme Braga Teixeira⁸⁸ sustenta a possibilidade de aquisição da superfície por usucapião ordinária, em razão de concessão anterior a *non domino*, visto que “nesta hipótese, o concessionário adquire o direito de superfície contra o senhor do solo, se conserva a posse pelo tempo necessário, na qualidade de superficiário, desde que não careça de boa-fé”.

Forçoso é observar que a aquisição não se opera “contra o senhor do solo”. Ela se dá em face de quem alienou por meio de justo título que carecia de algum elemento. Se o alienante for o *dominus soli*, a prescrição corre contra ele. Mas se o alienante for o cessionário do direito de superfície, que nunca foi o senhor da terra, será contra este que correrá a prescrição aquisitiva. Assim, a título de regra geral, não é possível admitir que a usucapião se dê contra o senhor do solo, mas contra o

⁸⁷ TORRES, Marcos Alcino Azevedo. Obra citada, Acesso em: 07/11/2014.

⁸⁸ TORRES, Marcos Alcino Azevedo. Obra citada, Acesso em: 07/11/2014.

alienante, que constituiu o justo título.

Marcos Alcino Azevedo Torres elaborou excelentes exemplos de usucapião ordinária da propriedade superficiária:

“Pode-se imaginar, e.g., que alguém conheça que outrem tenha a propriedade superficiária, reconhecendo que a propriedade do solo pertença outrem, e se aposse, por ausência do proprietário superficiário do bem objeto de propriedade superficiária, sem que tenha a intenção de adquirir a propriedade do solo. Ou ainda, se a propriedade é superficiária e alguém dela toma posse, ciente o proprietário do solo, pode ele notificar o intruso, dando-lhe ciência de que a propriedade do solo é sua, interrompendo eventual prescrição, embora seja fácil imaginar que ele teria legitimidade para notificar o intruso, interrompendo a prescrição, de propriedade superficiária, porque teria ele, um direito eventual (Art. 121 do C. Civil)⁸⁹, à construção ou a plantação, com a extinção da relação superficiária em qualquer de suas modalidades”.⁹⁰

Portanto, temos o seguinte quadro:

(a) os que inadmitem qualquer modalidade de usucapião sobre qualquer das manifestações do direito de superfície;

(b) dentre os que admitem a usucapião, temos:

(b.1.) usucapião extraordinária, só da propriedade superficiária construída ou plantada sobre solo público;

(b.2.) usucapião ordinária da propriedade superficiária construída ou plantada sobre solo particular e;

(b.3.) usucapião ordinária do direito real de construir ou plantar sobre coisa alheia.

Está com a razão aqueles que admitem a usucapião – ordinária e extraordinária – em todas as três hipóteses.

5.5 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

Constitui-se a superfície um direito real autônomo. Estando inscrito no rol dos

⁸⁹ Esta referência é feita ao artigo 121, do Código Civil de 1916. O dispositivo correspondente no atual CC é o artigo 130, cuja redação é a seguinte: “Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo”.

⁹⁰ TORRES, Marcos Alcino Azevedo. Obra citada, Acesso em: 07/11/2014.

direitos reais sobre coisa alheia, sendo este o entendimento majoritário da doutrina.

Élcio Nacur Rezende sustena que a natureza do direito de superfície pode ser classificada tanto como um direito real sobre coisa alheia como um direito real de propriedade desmembrada:

“[...] na medida em que a existência da superfície depende da existência da propriedade, tendo, portanto, o superficiário direitos sobre a coisa de outrem. Outrossim, os dois pólos da relação jurídica (concedente e superficiário) exercem os direitos de domínio, o primeiro sobre o solo e o segundo sobre as acessões, desdobrando-se a propriedade por todo o curso da Superfície”.⁹¹

Nelson Rosenvald, entretanto, observa, com lucidez, o seguinte:

“Em virtude da omissão do Estatuto da Cidade e do Código Civil quanto à natureza jurídica do modelo, repercute-se na doutrina uma polêmica. Seria o direito real de superfície uma verdadeira propriedade ou um direito real em coisa alheia? A resposta é: ambos. O direito de superfície é um direito real sobre coisa alheia (lote ou gleba), pois sua formação resulta de uma concessão do titular da propriedade para fins de futura edificação (sobre ou sob o solo) ou plantação, que, quando concretizada pelo superficiário (concessionário), converterá o direito inicialmente incorpóreo, em um bem materialmente autônomo à propriedade do solo do concedente”.⁹²

A identificação da natureza jurídica do direito de superfície não se resume em qualificá-lo como real ou pessoal. Do exame do instituto, em razão de sua plasticidade, percebe-se que carece de identificação a natureza da relação superficiária, tendo como ângulo de visão, a relação do superficiário com a coisa, resultante do exercício de direito de superfície; a relação entre o direito concedido ao superficiário e o proprietário e a relação decorrente da edificação ou plantação assentada em solo de outrem.

Há inúmeras teorias destinadas a explicar a natureza jurídica do direito de superfície. Ricardo Pereira Lira⁹³ as organizou em dois grupos:

O primeiro grupo reúne as teorias que prestigiam a concepção unitária da relação superficiária (projeção concessionário-bem superficiário e vínculo concessionário-dono do solo) e vêem no direito de superfície uma relação simples.

⁹¹ REZENDE, Élcio Nacur. *Direito de superfície*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 46.

⁹² ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 403.

⁹³ LIRA, Ricardo Pereira. Obra citada, p. 53-68.

*Seus defensores conferem à superfície natureza idêntica a de outros direitos reais limitados como o arrendamento, o usufruto, a enfiteuse e a servidão predial.*⁹⁴

Já o segundo grupo evidencia a concepção binária da relação superficiária (concessionário-bem superficiário e concessionário-dono do solo) e enxerga o direito de superfície de modo analítico.

A tese dualista atribui ao superficiário a qualidade de titular do domínio útil, assumindo o proprietário do solo a condição de titular do domínio direto ou eminente. Esta posição sofreu críticas por se entender que a propriedade do superficiário não sofre limitações que procedam dos direitos do dono do solo.⁹⁵

Ricardo Pereira Lira⁹⁶ posiciona-se, dentro das concepções binárias, que divide as propriedades, a favor de uma visão diferente do direito de superfície, a partir da idéia de autonomia da relação superficiária, enquanto direito real de construir acima ou abaixo do solo de outrem, ou nele plantar, dando plasticidade à estrutura do direito de superfície.

Rogério José Pereira Derbly⁹⁷ anota a distonia doutrinária quanto à natureza jurídica do direito de superfície. Ainda que os autores não se mostrem concordes, apresentando diversas teorias que pretendem explicá-lo, o mais importante é o seu aspecto de direito real autônomo.

5.6 DIREITOS E DEVERES DO CONCEDENTE E SUPERFICIÁRIO

O contrato que institui o direito de superfície é concedido na forma gratuita ou onerosa. Caso não estipulado no contrato, sempre se presume na forma onerosa. O pagamento poderá ser a vista ou parcelado, conforme expõe o Art. 1.370 do Código Civil:

“A concessão da superfície será gratuita ou onerosa; se onerosa,

⁹⁴ BAPTISTA, Bruno de Albuquerque. *Direito Real de Superfície*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2360>>. Acesso em: 10/11/2014, grifo nosso.

⁹⁵ BAPTISTA, Bruno de Albuquerque. *Direito Real de Superfície*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2360>>. Acesso em: 10/11/2014.

⁹⁶ LIRA, Ricardo Pereira. Obra citada, p. 53-68.

⁹⁷ DERBLY, Rogério José Pereira. *Direito de Superfície*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2543>>. Acesso em 11/11/2014.

estipularão as partes se o pagamento será feito de uma só vez, ou parceladamente”.

Segundo Venosa⁹⁸, a forma parcelada em que é mais frequente se aproxima do arrendamento, no entanto se afasta da enfiteuse, na qual o pagamento é denominado *cânon superficiário*. A falta do pagamento no direito de superfície poderá gerar uma ação de cobrança e até extinguir a concessão por infração contratual.

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz reforça que:

“O Direito de superfície pode ser concedido gratuitamente, caso em que: o fundeio, apesar temporariamente, sem imóvel sem receber, sem receber qualquer contraprestação pecuniária, recebê-lo-á, finda a concessão da superfície, com acréscimo e bastante valorizado, e o superficiário, sem nada pagar, explorará o imóvel, durante o prazo avençado, podendo nele exercer atividade econômica, auferindo lucro constituído ao plantado. Se concedida onerosamente, as partes poderão convencionar se o pagamento será feito de uma só vez ou parcelada mente (CC, Art. 1370). O proprietário concedente (dono do solo ou fundeio), havendo tal convenção, passará a ter direito ao solarium ou cânon superficiário (remuneração periódica) e nada obsta que haja previsão contratual de atualização monetária do valor das prestações estipuladas”.⁹⁹

Após a constituição do direito de superfície, o superficiário terá o direito de construir ou plantar no imóvel, e conservar a coisa superficiária, tendo sua posse direta, ficando o proprietário com a posse indireta e o dever de não lhe turbar ou esbulhar.

Diante da divergência da existência de dois direitos reais distintos, é cabível a instituição de outros direitos reais de uso, gozo e garantia sobre um e outro separadamente. O Enunciado nº 249, da 3ª Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho Federal de Justiça, prevê que “a propriedade superficiária pode ser autonomamente objeto de direitos de gozo e de garantia, cujo prazo não exceda a duração da concessão da superfície, não se lhe aplicando o CC”.

Cabe ao superficiário o pagamento do *cânon* no caso de concessão onerosa que poderá ser feita de uma única vez ou parceladamente ao proprietário, bem como o pagamento dos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel, pois se trata de

⁹⁸ VENOSA, Sílvio S. *O Direito de Superfície no Novo Código Civil*, 05 ed. São Paulo, SP: Ed Atlas, 2005-coleção divisível v.5. p. 455.

⁹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 18ª ed. V.4. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 470.

uma obrigação *propter rem* (art. 1.371, CC).

A justificativa do art. 1.371, CC, reside na circunstância de que o superficiário tem consigo o direito de utilizar o terreno para a construção ou plantio, dele retirando vantagens de caráter econômico, ao passo que o fundeiro (proprietário) do terreno fica pelo lapso temporal acordado privado de certos atributos do domínio.

Não há qualquer pagamento se houver a transferência do direito de superfície, podendo ser tanto por ato *inter vivos* ou *causa mortis*. Isso significa que não pode ocorrer estipulação na escritura pública qualquer tipo de pagamento ao proprietário no caso de transferência do direito de superfície. Assim, a transferência do direito de superfície pode ser tanto gratuita como onerosa (art. 1.372, parágrafo 1º, CC).

Entretanto, havendo a alienação dos direitos tanto do superficiário como do fundeiro (proprietário), este tem o direito de preferência, em igualdade de condições (art. 1.373, CC). Aplicando na opinião de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁰⁰ o art. 504, do CC e na opinião de Pablo Stolze Gacliano¹⁰¹, deve ser aplicado na omissão legislativa o art. 513, do CC.

Comentando esta questão, Sílvio de Salvo Venosa¹⁰² anota que o Código não disciplina no capítulo específico a forma pela qual deve ser dada a preferência. O proprietário ou o superficiário deve tomar conhecimento da proposta respectiva para poder exercer sua preferência tanto por tanto. A preempção é regulada no presente Código, nos arts. 513 e seguintes. O art. 517 se refere ao prazo de 60 dias para imóveis, para o exercício da prelação, após a notificação. Quando não for concedido esse direito de preferência, responderá aquele que deixou de concedê-la por perdas e danos, respondendo também, solidariamente o adquirente, se tiver agido de má-fé (art. 518). Não existe a possibilidade de o preterido na preempção deixar o preço e haver para si a coisa, como autoriza a lei de inquilinato. Não existe na lei nada que autorize a conclusão que o direito de preferência na superfície seja de natureza real.

Nesse diapasão o Enunciado nº 509 da V Jornada de Direito Civil, promovida

¹⁰⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 2009, p. 407.

¹⁰¹ GACLIANO, Pablo Stolze. *Código Civil. comentado art.s 1.369 a 1.418. v. XIII. Coordenador Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 39-42.

¹⁰² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. v. IV*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 456.

pelo Conselho Federal de Justiça dispõe que:

Ao superficiário que não foi previamente notificado pelo proprietário para exercer o direito de preferência previsto no art. 1.373 do CC é assegurado o direito de, no prazo de seis meses, contado do registro da alienação, adjudicar para si o bem mediante depósito do preço.

Cumpra-se observar que outros direitos e deveres podem ser convencionados pelas partes no respectivo título constitutivo, desde que respeitados os princípios gerais dedutíveis da natureza do instituto.

Assim, sugere o Enunciado nº 94, da 1ª Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho Federal de Justiça: “as partes têm plena liberdade para deliberar, no contrato respectivo, sobre o rateio dos encargos e tributos que incidirão sobre a área objeto da concessão do direito de superfície”.

Complementando esta ideia o Conselho Federal de Justiça, na 4ª Jornada de Direito Civil prescreveu referente ao art. 1.369 que: “os direitos e obrigações vinculados ao terreno e, bem assim, aqueles vinculados à construção ou à plantação formam patrimônios distintos e autônomos, respondendo cada um dos seus titulares exclusivamente por suas próprias dívidas e obrigações, ressalvadas as fiscais decorrentes do imóvel”.

Os direitos e deveres do concedente e do concessionário decorrentes da relação superficiária devem ser exercidos conforme o ajustado no contrato, a par da liberdade no estabelecimento de obrigações entre os sujeitos da relação, decorrência natural do princípio da autonomia da vontade, ou estabelecido em testamento, desde que não atentem contra a ordem pública, os bons costumes e os princípios da relação superficiária.

Há, portanto, direitos e deveres explicitados no contrato que constituiu o direito de superfície, assim como há direitos e deveres implícitos, defluentes da teoria geral do direito de superfície, a terem incidência na omissão contratual ou testamentária, sempre sob os auspícios do princípio da função social da propriedade (seja no seu aspecto de função social do contrato, seja na sua faceta densificadora do direito social à moradia).

É importante destacar a possibilidade do concedente exercer os seus direitos de proprietário no subsolo, no espaço aéreo e na parte remanescente do solo de sua propriedade. Desde que não pratique atos impeditivos ou prejudiciais à

concretização, seja do exercício, seja do objeto do direito de superfície do concessionário-superficiário.

É possível que a concessão se dê a título oneroso, ainda que não seja da essência do negócio superficiário. Desta maneira, as partes devem ajustar o pagamento de um *solarium* (renda anual) ou pensão superficiária, que deverá ser entregue ao concedente.

No direito de superfície temporário, o proprietário tem o direito à reversão, isto é, ver a coisa superficiária ascender ao seu patrimônio, com ou sem indenização, por força do princípio da acessão, afastado em razão da constituição do direito de superfície e que, no momento da extinção do direito, recupera todo seu potencial.

De extrema relevância é, ainda, a existência de um direito de preferência do proprietário (*dominus solis*), em igualdade de condições com terceiros, no caso de venda ou dação em pagamento do direito de superfície, que deve ser entendido nas suas duas acepções: como direito de construir ou plantar ou, ainda, como propriedade superficiária.

Há casos em que o concedente tem o direito de promover a resolução do direito de superfície antes do advento do termo, se temporária a superfície, quais sejam: quando o superficiário der ao solo destinação diversa da prevista no título, bem como quando edificar ou plantar em desacordo com o convencionado ou, ainda, se não edificar ou plantar no tempo aprazado.

Já no que concerne aos direitos e deveres do superficiário, deve-se destacar o seu direito de gozo do solo alheio e a propriedade da coisa superficiária, sendo o primeiro relativo ao direito de superfície de construir ou plantar em solo alheio.

Além disso, outra faculdade do concessionário é a de hipotecar o direito de superfície de maneira ampla, isto é, nas suas duas acepções (superfície temporária e perpétua). Assim, quando for o direito superficiário temporário, pode o concessionário constituir, sobre a propriedade superficiária, ônus reais que se extinguirão com o termo da superfície. Pode, portanto, constituir direitos reais de gozo dando a coisa em usufruto, em uso ou habitação. Também pode constituir direitos reais de garantia, como a hipoteca e a anticrese.

No caso de concessão a título oneroso, estará o superficiário obrigado a pagar o *solarium* ou a pensão superficiária nos prazos e formas acordada. Contudo,

nada impede que a contraprestação seja diversa do dinheiro, como, por exemplo, frutos, na plantação e cessão de espaço, na construção.

Outra obrigação que, se não cumprida, dá ensejo à resolução do direito de superfície é a de construir ou plantar ou ainda exercer o direito sobre a propriedade superficiária, exatamente conforme o acordado.

Ademais, quando constituir a contraprestação do concessionário o ingresso gratuito da coisa superficiária no patrimônio do concedente, terá ele, em princípio, a obrigação de conservá-la. Sendo assim, não haverá o direito de demoli-la, salvo se houver expressa pactuação em contrário. Após o advento da Constituição de 1988, o direito de demolição da coisa deve ser confrontado com o princípio da função social da propriedade. Caso constitua desperdício da potencialidade da coisa superficiária, a cláusula que preveja a demolição será inconstitucional.

No caso de perecimento da coisa superficiária, poderá ele reconstruí-la, enquanto viger o direito de superfície.

O superficiário responde, inclusive, pelos encargos e tributos que incidirem tanto sobre a obra superficiária como sobre o solo, enquanto durar o direito de superfície.

Vale ressaltar que, na hipótese de alienação do solo, seja através de venda ou dação em pagamento do solo, o *dominus solis* deve dar preferência ao superficiário em igualdade de condições com terceiros.

5.7 FORMAS DE EXTINÇÃO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE E SEUS EFEITOS

O direito de superfície se extingue nas seguintes hipóteses:

- a) término do prazo;
- b) perecimento do solo;
- c) dar destinação diversa da contratada;
- d) desapropriação;
- e) distrato;
- f) renúncia; e
- g) pela reunião na mesma pessoa da qualidade de fundiário e de superficiário

(confusão).

A extinção não gera direito de indenização para o superficiário cobrir os gastos tidos com a construção ou plantação, salvo estipulação em contrário, na forma do artigo 1.375 do Código Civil.

J. Miguel Lobato Gómez considera não ser possível o pacto que atribua a construção ao superficiário, findo o prazo de vigência do contrato:

“Apesar de todas estas razoáveis considerações, parece mais ajustado ao direito pensar, como faz intuitivamente a maioria dos autores que se ocupam do tema, que o pacto em contrário a que aludem estas normas se refere à indenização em favor do superficiário e não à reversão do edificado”.¹⁰³

Não vejo, todavia, nenhum inconveniente, seja de ordem econômica, seja de natureza técnica, para que isto não possa ser contratado, sendo, por vezes, necessário para a consecução de resultados sociais a que se presta a utilização do direito superficiário.

Seguindo orientação das diversas legislações que consagram o direito de superfície, a Lei federal nº 10.257/2001, em seu artigo 23, dispôs que o mesmo se extingue: pelo advento do termo e/ou pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário. Resta, ainda, a hipótese consignada no §1º do artigo 24, a saber: “antes do termo final do contrato, extinguir-se-á o direito de superfície se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para a qual for concedida”.

Considerando que o direito de superfície pode ser temporário, ele extinguir-se-á, nesta hipótese, pelo advento do termo, que põe fim à suspensão da eficácia do princípio *superficies solo cedit*, operando a reversão da coisa superficiária para o *dominus soli*, ou – simplesmente – cessando a eficácia do direito real limitado de construir ou plantar sobre coisa alheia. Para Ricardo Pereira Lira¹⁰⁴ a coisa superficiária não reverteria para o patrimônio do dono do solo, mas nele ingressa *ex novo*, pois lá nunca estivera antes. Há que se acrescentar a esta crítica nominativa, que a expressão é fidedigna quando se trata de direito de superfície gerado por cisão

¹⁰³ LOBATO GÓMEZ, J. Miguel. *A disciplina do direito superficiário no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista de Direito Civil número 20 out/dez 2004, Editora Padma. p. 106-107.

¹⁰⁴ LIRA, Ricardo Pereira. Obra citada, p. 82.

e o dono do solo já foi o dono da coisa superficiária. Neste caso, há verdadeira reversão.

Equipara-se o abandono da coisa superficiária e o não-uso/não-exercício dentro do prazo decadencial assinalado pelas partes, do direito real de construir ou plantar sobre coisa alheia, como causas de extinção do direito de superfície. Há que se questionar se a causa extintiva não residiria no desrespeito ao princípio da função social da propriedade, que veda o desperdício de utilidade da coisa que após a Constituição de 1988, não é mais uma das faculdades do dono.

A destruição da coisa é causa extintiva do direito de superfície a ser cuidadosamente analisada. Se tiver sido pactuada, em tese, não ensejaria nenhuma dúvida. Contudo, se o contrato for omissivo, como resolver a questão? Devemos, para ambas as hipóteses, tomar o princípio constitucional da função social da propriedade como parâmetro para a solução do caso, pois o critério da absoluta senhoria sobre a coisa não coaduna com os valores democráticos preconizados na Constituição de 1988. Desse modo, se a destruição da coisa implicar em desperdício de sua utilidade, ela será cláusula nula, caso previsto contratualmente, ou, na omissão do contrato, conduta juridicamente reprovável.

Marcos Alcino de Azevedo Torres, sobre a possibilidade de previsão contratual de levantamento da coisa superficiária, pelo superficiário, para entregar o solo no estado que recebera, entende que a previsão deve ser clara, pois *não é econômico-social destruir-se uma riqueza*.¹⁰⁵

Como causa extintiva do direito de superfície, pode, ainda, ser enumerada a renúncia da propriedade superficiária ou do direito de construir ou plantar, quando o direito de superfície consistir em legado (deixado em declaração de última vontade). Na mesma linha, teríamos o distrato, quando a superfície tiver sido constituída por contrato.

No direito positivo brasileiro, somente se admite a constituição do direito real de superfície por negócio jurídico bilateral, cujo instrumento seja registrado no cartório de registro de imóveis. É o que se depreende da leitura dos arts. 21 e 1.369, respectivamente do EC e do CC. Mas é bom que se saiba que, pela doutrina e pelo

¹⁰⁵ TORRES, Marcos Alcino Azevedo. Obra citada, Acesso em: 07/11/2014, grifo nosso.

direito comparado, a superfície se poderia constituir por testamento e por usucapião.

Uma vez que no negócio jurídico bilateral ou na declaração unilateral de vontade *mortis causa* dos instituidores do direito de superfície pode ser previsto o dever de pagamento de *solarium* pelo superficiário, o descumprimento desta obrigação dá ensejo ao comisso, podendo impor a extinção da superfície.

Se o contrato for estabelecido por tempo indeterminado (portanto disciplinado pelo Estatuto da Cidade), deve haver a possibilidade de resilição unilateral do contrato (Art.473, CC). Se o contrato for omissivo quanto ao modo de se operar essa resilição, deverá o Poder Judiciário estabelecer um prazo adequado para o superficiário deixar o bem (Art. 473, parágrafo único).

Há que se perfilar também outras causas extintivas da superfície, como a expropriação, *hipótese em que a extinção opera não só em face da propriedade do solo, mas também do direito de superfície* e a confusão dos titulares (que pode ocorrer em três hipóteses distintas, quais sejam: a aquisição da superfície pelo senhor do solo, aquisição do solo pelo superficiário e a aquisição do solo e da superfície por terceira pessoa).¹⁰⁶ Quanto à confusão, cabe enaltecer que pode haver declaração formal do adquirente no sentido da manutenção do direito de superfície em estado de aquiescência para possibilidade de posterior restabelecimento da relação superficiária.

Ainda, a usucapião, desde que se a admita como forma de constituição do direito de superfície.

Quanto à questão dos efeitos da extinção do Direito de Superfície no tocante aos Ônus Reais que gravam o solo e a propriedade superficiária, a hipotecabilidade do direito de superfície vem como uma das grandes vantagens econômicas que o instituto apresenta. Mas, é da natureza do direito de superfície sua transitoriedade (a despeito de também poder ser estabelecido por prazo indeterminado), porque, sob certo ponto de vista, a perpetuidade implicaria na transferência da propriedade.

Uma vez que os direitos reais são hipotecáveis, inclusive o direito real de construir ou plantar sobre solo alheio, em termos de teoria geral, pode-se registrar

¹⁰⁶ DERBLY, Rogério José Pereira. *Direito de Superfície*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2543>>. Acesso em 11/11/2014.

que os direitos reais incidentes sobre o direito de superfície extinguem-se com o advento do termo, subrogando-se a garantia na indenização – se houver. Se a extinção do direito de superfície for por outra causa, continua a gravar o solo ou a propriedade superficiária, desde que especificamente constituída sobre cada uma dessas propriedades.

Quanto à polêmica questão da expropriação de glebas utilizadas para o *plantio ilegal de plantas psicotrópicas*, pelo proprietário superficiário, sendo o proprietário do solo terceiro de boa-fé, o Artigo 243, da Constituição Federal, tem a seguinte redação:

As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Na hipótese sob comento, há dois proprietários: um *dominus soli* e outro proprietário superficiário, sendo certo que o proprietário do solo é terceiro de boa-fé, enquanto o proprietário superficiário explora o terreno dado em superfície para o plantio ilegal de plantas psicotrópicas.

Como solucionar a questão, se a expropriação da gleba face o dono implicaria em ofensa ao postulado de Justiça que determina a proteção do terceiro de boa-fé.

Admite-se, a fim de proteger o *dominus soli* (terceiro de boa-fé), a possibilidade da expropriação apenas da propriedade superficiária prevista contratualmente como temporária.

O artigo 5º, XXII e XXIII, da Constituição protege o proprietário que dê função social ao seu domínio. Enquanto isso, o artigo 243, daquele mesmo diploma, vincula o destino da terra expropriada, qual seja: “o assentamento de colonos para cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos”.

Se a Constituição deve ser interpretada sistemática e axiologicamente, de molde a não admitir contradições, entendemos que o interesse público tem primazia, mas o dono do solo de boa-fé deve ser protegido.

A propriedade superficiária utilizada ilicitamente sofrerá expropriação, sem nenhuma indenização para o dono da plantação. A gleba será afetada ao

assentamento de colonos que cultivarão produtos alimentícios e medicamentosos. Assim, não poderá a propriedade superficiária sofrer reversão após o advento do termo. Mas, caberá ao dono do solo pleitear indenização, no bojo do processo expropriatório, já que nos moldes do artigo 17, da Lei 8.257, de 26 de novembro de 1991 (que regulamenta o artigo 243, da CRFB), só não cabem embargos de terceiro fundados em dívida hipotecária, pignoratícias ou anticrética.

CONCLUSÃO

Ao final deste trabalho, gostaria de ressaltar que a presente monografia teve como objetivo contribuir para o estudo do instituto de Direito de superfície, que retornou ao nosso ordenamento jurídico pátrio, através de uma análise minuciosa de todos os aspectos atinentes ao Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e do Código Civil, Lei nº 10.406, de 11 de janeiro de 2002, sob os auspícios do princípio da função social da propriedade, princípio este garantidor do direito constitucional à moradia.

Maior que todas as normas conflitantes, mostrou-se o Direito de superfície um instrumento jurídico capaz de desempenhar grande papel na sociedade, suas vantagens possibilitam combater a exclusão territorial e social, evidentes em nosso país, como meio de regularização fundiária. Além de que, vale dizer, o instituto possui características muito interessantes voltadas à exploração comercial e desenvolvimento econômico.

Por fim, concluímos que o instigante e sedutor desafio de harmonizar a coexistência do direito de superfície urbanístico com categoria idêntica, regulada de forma parônima, pelo Código Civil brasileiro, nasceu sob inspiração constitucional, não podendo ser, o instituto, apartado de sua verdadeira missão, que é a de viabilizar a efetividade da função social da cidade (mais abrangente que a função social da propriedade), no sentido de construir uma sociedade mais justa, solidária e equânime.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAPTISTA, Bruno de Albuquerque. *Direito Real de Superfície*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2360>>. Acesso em: 14/10/2014.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado, vol.III*. Ed. Paulo de Azevedo Ltda.

CAMBLER, Everaldo Augusto. *Estatuto da Cidade/ coordenadores José Manoel de Arruda Alvim e Everaldo Augusto Cambler*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014.

CAMMAROSANO, Márcio. *Fundamentos constitucionais do Estatuto da Cidade. Estatuto da Cidade (comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários do Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

CAVALCANTI, Marise Pessôa. *Superfície Compulsória: instrumento de efetivação da função social da propriedade*. Biblioteca de Teses. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CHALHUB, Melhim Namem. *Direito de Superfície*. Revista de Direito Civil, n. 53.

CHALHUB, Melhim Namem. *Curso de Direito Civil: Direitos reais*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

COELHO, João Érico Lucas. *Significações do estatuto da cidade no contexto municipal e perspectivas no desenvolvimento regional*. 2004. Disponível em: <http://www.urisantiago.br/nadri/artigos/estatuto>. Acesso em: 20/10/2014.

CORDEIRO, Menezes. *Direitos Reais*. Lex. Editora.

DA SILVA, Márcio Luís da Silva. *A função social da propriedade segundo o estatuto da cidade: A necessidade de uma interpretação crítica e extensiva*. 2009. Disponível em:

<http://www.ibdu.org.br/imagens/AFUNcaOSOCIALDAPROPRIEDADESEGUNDOOE STATUTODACIDADE>. Acesso em: 09/12/2014.

DE ARAÚJO, Leandro Mourão. *Direito de superfície no Estatuto da Cidade e no Novo Código Civil: Uma Abordagem Comparativa*. Rio de Janeiro, 2009. 65 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Veiga de Almeida, Paraná, 2009. [Orientadora: Profa. Francesca Cosenza].

DERBLY, Rogério José Pereira. *Direito de Superfície*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2543>>. Acesso em 11/11/2014.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: *Direito das Coisas*. 18ª ed. V.4. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. Editora Saraiva. 8 edição.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 1991.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERREIRA, Regina Fátima C.F. *A Constituição Cidadã e o Direito a Cidade: 20 anos de luta e muito desafio*. <http://www.fase.org.br/v2/admin/anexos>. 2008. Acesso em 15/10/2014.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *A Função Social da Propriedade e o Conceito de Princípio Jurídico*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.

FILHO, Nicolau Balbino. *Registro de Imóveis. Doutrina – Prática – Jurisprudência*. 13ª ed. rev e at. Saraiva, 2008.

FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 10 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FIUZA, Ricardo. *O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da Cidade Comentado*. Editora Juraez de Oliveira.

GACLIANO, Pablo Stolze. *Código Civil. comentado art.s 1.369 a 1.418. v. XIII. Coordenador Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2004.

GASPARINI, Diógenes. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: NDJ, 2002.

GOMES, Orlando. *O Direito de superfície*. Artigo publicado in RIAA n.º 119, ano XVII-out-dez.1972.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas. Vol. V. 4 ed.* São Paulo: Saraiva, 2009.

GONDINHO, André Osório. *Função Social da Propriedade*. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direitos Reais*. Coimbra: Almedina, 2009.

LEITE, Carlos Kennedy da Costa. *Direito Real de Superfície: a ressurreição*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3616>>. Acesso em: 19/11/2014.

LIMA MARQUES, Cláudia. *Superação das Antinomias Pelo Diálogo das Fontes*. Revista de Direito do Consumidor n. 51.

LIRA, Ricardo Pereira. *Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil: Escritos em Homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. Coordenadores: Arruda Alvim, Joaquim Portes de Ferreira César, Roberto Rosas. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

LIRA, Ricardo Pereira. *O Direito de Superfície e o Novo Código Civil*. Rio de Janeiro. Revista Forense. n. 364. nov./dez. 2002.

LIRA, Ricardo Pereira. *O Moderno Direito de Superfície*. In: LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LIRA, Ricardo Pereira. *Tese apresentada à Congregação da Faculdade do Estado do Rio de Janeiro*. Concurso para a Titularidade de Direito Civil, 1979, apud, Chalhub, Melhim Namen, "Direito de Superfície", Revista de Direito Civil, n. 53.

LOBATO GÓMEZ, J. Miguel. *A disciplina do direito superficiário no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista de Direito Civil número 20 out/dez 2004, Editora Padma.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Alguns Aspectos sobre o Novo Código Civil e o Urbanismo*. Temas de Direito Urbanístico 4. Imprensa Oficial.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Direitos reais à luz do Código Civil e do Direito Registral*. São Paulo: Método, 2004.

MAZZEI, Rodrigo. *O direito de superfície e a sobrelevação*. IN: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). *Novo Código Civil: Questões Controvertidas. Direito das Coisas. Vol. 7*. São Paulo: Método, 2008.

MEDAUAR, O.; ALMEIDA, F. D. M. *Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001, comentários*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOTA, Mauricio Jorge Pereira da. *O Direito de Superfície no Direito Romano*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro: Renovar, n. 5, 1997.

OSORIO, Letícia Marques. *Direito de Superfície*. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). *Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

PAIVA, João Pedro Lamana. *Procedimento de Dúvida no Registro de Imóveis - Série Direito Registral e Notarial*, 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil*. Teoria geral de Direito Civil, 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

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

ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Lúmen Júris Editora.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. *A Função Social no Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TORRES, Marcos Alcino Azevedo. *Direito de Superfície*. Disponível em: <<http://www2.uerj.br/~direito/publicações/diversos/malcino.html>>. Acesso em: 14/10/2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, 6ª ed. São Paulo; Atlas, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *O Direito de Superfície no Novo Código Civil*, 05 ed. São Paulo, SP: Ed Atlas, 2005-coleção divisível v.5.

WOLFF, Simone. *Estatuto da Cidade: A Construção da Sustentabilidade*. Revista Jurídica, n. 45, v. 4, fev. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_45>. Acesso em: 12/11/2014.