

# **DIREITO DE SUPERFÍCIE: UM PARALELO ENTRE O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O ESTATUTO DA CIDADE**

## **\* JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO SANTOS**

Graduado Em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
Mestre em Direito Público pela Universidade Gama Filho.  
Atualmente é professor titular da Faculdade de Direito de Ipatinga e juiz de direito - Tribunal de Justiça.  
Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil.

## **\*\* GUSTAVO FERREIRA LANA**

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (2003)  
Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (2007).  
Atualmente é professor da Unileste (Centro Universitário do Leste de Minas Gerais) e da Faculdade de Direito de Ipatinga.  
Exerceu entre 2007/2010 o cargo de Coordenador do Curso de Direito da da Faculdade Pitágoras de Administração Superior, campus Ipatinga.  
É também sócio-proprietário do escritório de advocacia Lana e Valladares Sociedade de Advogados

## **\*\*\* VINICIUS PAULO MESQUITA**

Graduado em Direito pela Faculdades Integradas Vianna Junior  
Especialista em CIÊNCIAS PENALIS pela Universidade Anhanguera Uniderp.  
Atualmente é DEFENSOR PÚBLICO da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, PROFESSOR AUXILIAR da Faculdades Integradas Pitágoras e Professor da Faculdade de Direito de Ipatinga.  
Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público.

## **\*\*\*\* ANANDA NOGUEIRA ANDRADE**

Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga

## **RESUMO**

Esta pesquisa tem por objetivo estabelecer um paralelo entre o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Cidade, no que tange ao Direito de Superfície. E mais, apontar as divergências e os encontros entre o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Cidade, discutindo qual decisão a ser tomada no caso de divergência de normas.

**Palavras-chave:** Direito de superfície. Código civil de 2002. Estatuto da cidade

## **1 INTRODUÇÃO**

O direito real de superfície é regido por leis distintas. De um lado, temos as normas do Estatuto da Cidade, instituído pela Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, que disciplinam a utilização do instituto no âmbito específico do espaço urbano. Em outra

vertente, o Código Civil de 2002, que regula esse mesmo direito de forma ampla e geral, com algumas divergências e ampliações em relação à lei especial.

Para alguns doutrinadores, a divergência entre o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Cidade já foi resolvida, pois nesse específico caso não se aplica o princípio da especialidade, que é *lex specialis derogali legi generali*, ou seja, sendo o Estatuto da Cidade uma norma específica é derogado pelo Código Civil, no que tange às divergências, levando em consideração que este regula o instituto da superfície de forma ampla e geral, enquanto a lei 10.257, de 2001, se limita a imóvel urbano.

Em outra vertente, entende-se que entre o Código Civil e o Estatuto da Cidade não existe uma diferença substancial, que as torne incompatíveis. Enquanto aquele é destinado a particulares, este destina-se às relações que envolvam pessoas de direito público. Sob esta ótica, entende-se que as relações envolvendo particulares e poder público, em solo urbano, exigem a aplicação do Estatuto da Cidade, usando-se supletivamente o Código Civil nos casos em que a lei especial for omissa. As relações envolvendo apenas particulares, ainda que em solo urbano, sem a participação do poder público, são resolvidas com o uso do Código Civil.

O direito de superfície tem sido muito usado, principalmente, pelas concessionárias de telefonia, que estão abandonando o contrato de locação e o substituindo pelo contrato de superfície.

Enfim, o direito de superfície vem ganhando espaço e por seu intermédio pode haver um melhor uso do solo urbano e rural, possibilitando um incremento da função social da propriedade, ao permitir que solos abandonados, por falta de condições financeiras, ou ainda por falta de incentivo, possam ter uma destinação que atenda aos anseios da sociedade e do próprio proprietário.

Este trabalho será fundamentado nos doutrinadores Ricardo César Pereira Lira (1979), Carlos Roberto Gonçalves (2009), Arnaldo Rizzardo (2006), em Jurisprudências dos Tribunais, bem como artigos publicados na Internet e em revistas especializadas, pelos profissionais que atuam na área do Direito.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

A origem do direito de superfície tem fincas no direito romano, segundo BULFONI e BETTI, mais precisamente na inalienabilidade dos *agri publici*, terras de propriedade do Estado, sobre as quais havia a necessidade de uma utilização mais efetiva.

Segundo o jurista italiano: “desde a origem de Roma até o princípio do século VII, a propriedade era necessariamente absoluta e ilimitada”. Naquela época era desconhecido o conceito de soberania, isto é: o poder que o Estado exerce sobre um determinado território. Portanto, além de não ter o ônus de pagar impostos sobre a propriedade, era o chefe de família quem detinha o direito exclusivo e amplíssimo de disposição do solo, além de se beneficiar do direito exclusivo sobre a coluna de terra subjacente ao solo e sobre a coluna de espaço a ele superior.

Os romanos sempre atribuíram ao solo importância qualificada. O que valia era o princípio romano da acessão, *superficies solo cedit*, o que significa dizer que tudo o que a ele acrescesse ou nele se incorporasse pertenceria, por acessão, ao proprietário, *dominus solis*. A acessão é caracterizada pela união física entre duas coisas, o que as torna indissolúvel.

Com o crescimento das cidades e a necessidade de adaptação às condições sociais, atrelados à realidade de que o solo romano se reduzia a ser propriedade de corporações e de uns poucos particulares, houve a relativização do princípio *superficies solo cedit*, surgindo o instituto da superfície. Sendo assim, o direito de superfície é uma suspensão ou interrupção da eficácia do princípio da acessão.

Um exemplo ilustrativo é a concessão do terreno em que foi construída Cartago que foi o primeiro caso de direito de superfície. O fato, narrado por DIONISIO, segundo um fragmento de Giustino, ao tempo da *Lex Icilia de Aventino*, publicada no ano de 298 em Roma, aponta que teria sido concedida aos plebeus a faculdade de edificar suas próprias moradias sobre as colunas de Aventino, cada um morando em um pavimento de casas construídas, às expensas comuns. A leitura desse fragmento

mostra-nos sinais de uma *communio pro indiviso* entre os vários construtores, atribuindo-lhes os pavimentos separados a título de mero gozo (LIRA, 1997, p. 21).

São vários os vestígios concretos da existência do direito de superfície em textos romanistas. Dentre eles um encontrado em Montecitorio, remonta a 193 d.C., onde se menciona a concessão de um *ager publicus* a um certo ADRASTO, mediante um *solium* (quantia periódica), cabendo-lhe o direito de gozo do edifício *sui iuris*, transmissível aos herdeiros, sem que contudo ocorresse a transferência da área ao concessionário.

A sistemática do direito de superfície possui três grandes grupos. O primeiro deles é o daqueles que expressamente disciplinam o instituto, como por exemplo, o direito espanhol, holandês, belga, o suíço e o Brasil com o advento do Código Civil de 2002 e o Estatuto da Cidade. Já o segundo grupo é o daqueles em que o direito de superfície é resultado de construção doutrinária, qualificando-o como exceção ao princípio *superfícies solo cedi*, a exemplo do que ocorre como o direito francês e italiano. O terceiro e último grupo é daqueles que não reconhecem o direito de superfície, prevalecendo o *numerus clausus* para os direitos reais, como é o caso da Argentina.

## **2.1 Direito de superfície na legislação brasileira**

Inicialmente, o Brasil teve o direito de superfície recepcionado pelo Direito Português, o qual se encontrava disciplinado nas Ordenações Filipinas, sendo este admitido em nosso ordenamento até o advento da Lei 1.237, de 24 de setembro de 1864.

Lafayette Rodrigues Pereira, esclareceu que antes da promulgação da Lei 1.237, de 1864, já “havia uma hipótese em que a casa podia ser hipotecada sem solo – quando a superfície do solo pertencia ao devedor. A superfície constituía um direito real (*ius superfície*) e o superficiário podia hipotecá-lo”. (MAYNS; TROPLONG; PONT, 2005, p.36).

Após, o direito de superfície ressurgiu no ordenamento jurídico na híbrida figura da concessão de uso no art. 7º, do Decreto-Lei n.271, de 28.02.1967.

Com a edição do Estatuto da Cidade, foi que o direito de superfície realmente retornou, voltando a integrar o rol de direitos reais albergados pelo ordenamento pátrio, de onde havia sido banido ainda no século XIX.

Antes disso, foram empreendidas algumas tentativas de reintroduzir o instituto no Brasil, a começar pelo Anteprojeto de Orlando Gomes, de 1963, e, posteriormente, pelo Anteprojeto revisto em 1973, atual Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1984.

José Rogério Cruz e Tucci, em seu artigo, “A superfície no Novo Código Civil”, publicado na Revista dos Tribunais, São Paulo, v.94, n. 833, 2005, p.54-65, aduziu que Clóvis Beviláqua, introduziu o referido instituto no Projeto de Código Civil por ele revisto, provavelmente com o intuito de ressuscitá-lo, mas Benedito de Souza, se expressou assim em seu parecer: “A Comissão, desconhecendo qualquer utilidade na restauração deste instituto, há muitos anos abolido entre nós, é de parecer que seja eliminado do projecto”. (SOUZA, 1918, p. 904). Deixando, por este motivo, de fazer parte do nosso ordenamento jurídico de 1916.

Assim, em matéria de legislação esparsa, em 2001, o Congresso Nacional decretou, e o Presidente da República sancionou, parcialmente, a Lei federal n. 10.257, a qual estabelece diretrizes gerais da política urbana.

O referido Estatuto cuida de regulamentar os artigos 182 e 183, da Carta Federal, estabelecendo diretrizes gerais de política urbana e criando instrumentos para efetivação da função social da propriedade urbana.

O Código Civil também absorveu os mecanismos concernentes à utilização do solo a fim de se promover o bem-estar social e veio ratificar essa orientação, mas disciplinando o instituto com algumas diferenças, as quais serão enumeradas em momento propício.

### 3 TEORIA GERAL DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

#### 3.1 Conceito

As definições de superfície variam conforme o ordenamento jurídico em que ela está inserida.

Conforme Colin et Capitant citado na obra de Diana Coelho Barbosa (2003, p. 85), conceituou superfície como um direito de um terreno, em que o seu subsolo pertence a outro proprietário. Para Cunha Gonçalves, “o direito de uma pessoa ter a propriedade de edifícios ou plantações feitos em terreno alheio, com pleno consentimento do proprietário deste terreno”. Já o espanhol, Roca Sastre, citado por Arditi (0000, p.000), definiu como:

O direito de superfície é um direito real de ter ou manter, temporária ou indefinidamente, em terreno ou imóvel alheio, uma edificação ou plantação em propriedade separada, obtida mediante o exercício do direito anexo de edificar ou plantar ou por meio de ato aquisitivo da edificação ou plantação preexistente.

No Brasil Maria Helena Diniz, definiu o instituto superfície como:

É, a superfície portanto, o direito real pelo qual o proprietário concede, por tempo determinado ou indeterminado, gratuita ou onerosamente, a outrem o direito de construir, ou plantar em seu terreno urbano ou rural, mediante escritura pública, devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis (DINIZ, 2011, p.:410).

Fábio Ulhoa Coelho, 2010, p.196, assevera que uma “uma pessoa (superficiário) pode construir em terreno pertencente a outra (concedente ou proprietário). Trata-se de direito transferível, por negocio inter vivos ou falecimento do titular”.

Na relação superficiária fazem-se presentes dois sujeitos, o concedente, que é o proprietário de imóvel, e o superficiário, este o concessionário. Desta forma, o concedente concede ao superficiário o direito de construir ou plantar na superfície do terreno de sua propriedade.

Francesco Ferrara, citado na obra de Ricardo Pereira Lira, 1997, p.168, define a superfície relativa a construções ou edifícios como *superfície edilícia* e *superfície agrária* como aquela destinada à plantação, também definida como *superfície vegetal* por José De Oliveira Ascensão.

Uma vez abolida a enfiteuse, o Código Civil português atual conceitua a superfície como “faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou nele fazer ou manter plantações” (art. 1.542). Versa-se como o direito de ter algo incorporado no terreno alheio, possuindo em contrapartida uma prestação, a qual pode ser única, anual, temporária ou ainda, perpétua. (VENOSA, 201, p.449).

### **3.2 Natureza jurídica**

Na verdade, o princípio da *accessio* foi a causa do aparecimento da superfície. Realmente, em algumas situações concretas a *accessio* é um direito cuja titularidade não pertence ao proprietário do solo, mas sim a terceiro. Tal situação levou à necessidade de se configurar como um especial *jus in re aliena*, o gozo que outrem tivesse sobre edifício ou plantação existente em solo alheio, em decorrência de concessão do proprietário. Nestes casos, rejeita-se o princípio da *accessio* e usa-se a teoria de propriedades separadas, cabendo a um a propriedade do solo e ao outro a propriedade sobre o edifício ou plantação.

No Código Civil de 2002, o direito de superfície se encontra catalogado entre os direitos reais (art. 1225, II, do CC). A doutrina reconhece três correntes onde se debate a natureza jurídica do estatuto.

Temos a corrente unitarista, a qual diz que o direito de superfície se equipara a outros institutos do Direito Civil, mas com matizes próprias e traços distintivos evidentes dos institutos, tais como o arrendamento, a enfiteuse, o usufruto, a servidão, dentre outros.

Quando comparamos o direito de superfície com o arrendamento observamos diversos pontos distintos, dentre eles a onerosidade, que é obrigatória neste e opcional naquele. Ponto semelhante aparece na diferenciação da superfície com a enfiteuse. Nesta se não houver o pagamento resulta em extinção do instituto, além de não possuir o foreiro a propriedade dos bens enfiteuticos, tendo ele inclusive o direito de resgate, o que não se observa na superfície. A enfiteuse é mais utilizada para os fins agrícolas e cultivo da terra, enquanto a superfície para plantações e construções.

Quando se fala em usufruto, a diferenciação é evidente. Na superfície a transmissão para terceiros pode ser *inter vivos* e *causa mortis* (FARIAS; ROSENVALD, 2007. p. 408), onerosa ou gratuitamente, em vida ou por sucessão hereditária, tendo em vista que a “sua finalidade é beneficiar a propriedade economicamente e a sua função social, não a pessoa do superficiário propriamente dita” (FARIAS; ROSENVALD, 2007, p. 408.). Ainda na superfície, o proprietário pode alterar a substância da res e o superficiário é o proprietário, ainda que em caráter resolúvel, o que não ocorre no usufruto. Este é *intuitu personae*, intransmissível, temporário, extingue-se com a morte do usufrutuário, diferentemente da superfície que, em regra, se mantém após a morte do superficiário. Contudo, alguns doutrinadores considerarem esses dois institutos a mesma coisa, como, por exemplo, Viana. (VIANA, 2007, p. 608). Mas a cessão de uso não suspende ou interrompe os efeitos da acessão (LIRA, 2002. p. 252.), nem provoca a cisão da propriedade original (FARIAS; ROSENVALD, 2007. p. 409), que são características marcantes da superfície

Assim, observa-se que todos os institutos mencionados são direitos reais limitados, mas guardam suas peculiaridades.

A segunda corrente é a dualista, nela o superficiário possui a qualidade de titular do domínio útil, assumindo o proprietário a condição de titular do domínio direto ou eminente. Essa corrente não foi muito aceita, pois é entendido pelos doutrinadores que a propriedade do superficiário não sofre limitações que procedam dos direitos do dono do solo.

Por último, temos a teoria que aponta a superfície como direito autônomo, sendo que a constituição do direito de superfície consiste na suspensão, enquanto dure o exercício desse direito, do efeito aquisitivo da propriedade pela acessão, deixando assim de vigorar a regra de que o acessório segue o principal.

Nesta seara, os doutrinadores que defendem o direito de superfície como um direito real, imobiliário limitado e autônomo, acreditam que a superfície é algo separado da propriedade do terreno, sendo concedida ao superficiário uma proteção *erga omnes* sobre a sua propriedade.

Sendo assim, podemos concluir que o direito de superfície é um direito real, com todas as características que, nessa qualidade, são-lhe inerentes.

### **3.3 Características da superfície**

Um traço muito importante do direito de superfície é o caráter autônomo da edificação ou plantação após sua realização. Realizada a obra superficiária, o concessionário torna-se titular não mais de um *jus in re alínea*, mas de um verdadeiro direito de propriedade sobre a construção empreendida, podendo dela dispor livremente, separadamente da propriedade do solo, que remanesce com o *dominus soli* (BARBOSA, 2003, p.109).

Nesse sentido, é a redação do Enunciado n.249 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil: “A propriedade superficiária pode ser autonomamente objeto de direitos reais de gozo e de garantia, cujo prazo não exceda a duração da concessão da superfície, não se lhe aplicando o artigo 1.474, do Código Civil.”

O objeto do direito de superfície pode ser relativo a construção ou referente a plantação. Para Ricardo Pereira Lira, 1997, p. 74, “pode ser objeto do direito de superfície tudo o que seja suscetível de acessão, pois a propriedade superficiária

pressupõe a suspensão ou interrupção da eficácia do princípio superficies solo cedit.”

O limite temporal é outra característica marcante do direito de superfície, que de acordo o Código Civil é determinado, sendo proibida a perpetuidade. Entra nessa discussão o Estatuto da Cidade, pois traz a instituição da superfície indeterminada, conforme se infere no artigo 21, *in verbis*: “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 se confundido, neste caso, o prazo indeterminado com perpétuo. Nesse aspecto, temos que, o direito de superfície incidente sobre terreno rural, não pode ser instituído por prazo indeterminado, podendo apenas sobre o terreno urbano (COELHO, 2010, p. 197).

O proprietário do solo não pode se opor ao uso de sua superfície pelo superficiário, para os fins que foi contratada, não podendo, logicamente usufruir ou usar do mesmo, enquanto perdurar o ônus superficiário contratado.

A sua alienação, pelo proprietário do solo é admitida, sem, contudo, interferir na propriedade superficiária e nos seus direitos. De acordo com a lei, é vedado o pagamento a seu favor em razão da transferência. Outro ponto é o pagamento em razão da transmissão do direito de superfície em virtude do falecimento do superficiário, sendo inválida qualquer previsão de pagamento ao proprietário (COELHO, 2010, p. 196). Comenta o autor Fabio Ulhoa Coelho sobre a alienação,

Em caso de alienação do direito de superfície, o proprietário tem direito de preferência, em igualdade de condições; do mesmo modo, na alienação do terreno gravado, o superficiário tem igual preferência (COELHO, 2010, p. 196).

É facultada a estipulação da gratuidade ou onerosidade na concessão do direito de superfície. Se onerosa for a concessão, o *cânon* pago pelo superficiário ao proprietário pode ser feito de uma só vez ou em parcelas, conforme artigo 1.369, do Código Civil 2002. Silencia a lei quando à periodicidade do pagamento, portanto, deve-se tomar cuidado para não aproximar demais a superfície do arrendamento.

### 3.4 Modos de constituição

O direito de superfície se constitui mediante um negócio jurídico firmado entre as partes, sendo necessário o preenchimento dos elementos elencados no artigo 104, do Código Civil de 2002, a saber: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. Além desses requisitos, temos o do artigo 108, do mesmo diploma legal, exigindo a escritura pública, no caso de constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais, no que tange a bens imóveis de valor superior a trinta vezes o salário mínimo vigente no país.

Nesta seara, como requisitos subjetivos têm-se a capacidade das partes e o consentimento, como objetivos a possibilidade material e jurídica, a licitude, a determinação e a economicidade. Em relação ao aspecto formal, o contrato que vise à constituição do direito de superfície, deverá, necessariamente, vir vazado na forma escrita.

Na obra de Paulo Roberto Benasse, 2002, p. 94 e ss., traz cinco modalidades para constituição do direito de superfície, quais sejam: a) simples, é aquela desprovida de qualquer característica especial; b) social, procura solucionar escassez de moradia das classes menos favorecidas; c) para reconstrução, surgiu no período pós-guerra, especificamente para a reconstrução do país destruído; d) para construção, *ad aedificandum*, surgiu na Itália e visava a construção ou plantação futura no solo, sendo que a área edificada pertencia ao superficiário e a propriedade do solo ao senhorio; e e) por cisão, aquele que é feito em prédio já construído, sendo que o proprietário realiza uma divisão sobre a obra, separando esta do solo e cedendo-a, tanto gratuitamente ou onerosamente, a terceiros.

Há discussões acerca se o direito de superfície pode ser um objeto de disposição de última vontade como legado ou testamento ou não. Alguns doutrinadores entendem que o direito de superfície não pode ser deixado em testamento, como é o caso de Maria Helena Diniz (2003, p. 192).

Analisando essa situação vislumbramos que a transferência do direito de superfície ocorre mediante ato *inter vivos* e *causa mortis*, conforme tratado anteriormente, desta maneira se o testador registrar no Cartório de Registro de Imóveis o referido ato de disposição de última vontade e no momento de sua morte o direito se encontra em vigor, não há motivos para que o legatário não seja contemplado. (GABINA, 2003). Paulo Roberto Benasse (2002, p.103), também se filia a essa última corrente.

Mesmo que rara, há doutrinadores que concordam com a constituição do direito de superfície por usucapião, o qual recaí, principalmente, sobre a usucapião ordinário. O superficiário que tenha adquirido o direito mediante título *non domino*, de boa-fé, exercido a sua posse pelo lapso temporal necessário terá a aquisição por usucapião. (BARBOSA, 2003, p.107).

Para Maria Helena Diniz, 2011, p. XX, a usucapião pode gerar direito de superfície, pois que alguém sabendo da existência do superficiário sem posse atual, pretender ser possuidor do direito de superfície, exercendo posse sobre um prédio ou plantação, não como proprietário, mas como superficiário poderá adquirir o direito de superfície como usucapião. E ainda, como não conceder a usucapião ordinária àquela pessoa que exerce posse sobre uma construção, com *animus* de superficiário, se aquele bem de raiz lhe foi concedido em separado do solo por escritura pública eivada de algum vício?

Porém, Ricardo Pereira Lira (1997, p.70), vislumbra a questão do usucapião na questão prática: “*Como imaginar, por exemplo, uma posse circunscrita à construção, sem necessariamente considerá-la abrangente do solo sobre o qual ela está edificada?*”. Esclarece que essa impossibilidade se dá ante a dificuldade de se conceber uma posse circunscrita à construção ou à plantação, sem considerá-la abrangente ao solo, e por via testamentária. Acrescenta o renomado jurista, citando Trabucchi, que talvez se possa admitir esta possibilidade de constituição por meio de usucapião quando se trate de coisa superficária sobre o solo público, já que a impossibilidade jurídica de usucapir terras públicas tornaria inócua a projeção da posse sobre esse solo.

### **3.5 Modos de extinção**

A superfície extingue-se: a) pela consolidação, ou seja, fusão entre o direito do proprietário do solo e o de superfície, transcrito no artigo 1.373, do Código Civil, de 2002 e no artigo 22, do Estatuto da Cidade; b) pelo advento do termo, retornando o domínio do bem ao proprietário final com o fim do prazo estipulado, sendo de pleno direito sem qualquer ato de volição, conforme disposto nos artigos 1.374, do Código Civil, de 2002 e 23, inciso I, do Estatuto da Cidade; c) pelo inadimplemento das obrigações contratuais pelo superficiário, como por exemplo, o não pagamento do *solarium*, estabelecido no artigo 23, inciso II, do Estatuto da Cidade; d) quando for dada ao terreno destinação diversa daquela para a qual lhe foi concedido, artigos 1.374, do Código Civil, de 2002 e 24, §1º, do Estatuto da Cidade. e) quando há o falecimento do superficiário, sendo que este não possuía herdeiros, artigo 1.372, do Código Civil, de 2002; f) pelo perecimento do terreno gravado; g) pelo distrato; h) pelo não uso do direito de construir ou plantar no prazo avençado.

Há entendimentos na doutrina pátria brasileira de que a desapropriação seja, também, uma forma de extinção do direito de superfície. Neste caso, o proprietário e o superficiário devem ser indenizados no valor correspondente ao direito de cada um, conforme traz o artigo 1.376, do Código Civil, de 2002, mas este valor, segundo Pablo Stolze Gagliano seria proporcional ao benefício a que teria direito durante o período de concessão, se o fundeio não tivesse sido desapropriado, sendo assim, por força do artigo 1.375, do Código Civil de 2002, neste cálculo não se poderá incluir o valor da construção ou plantação feita, mas poderá constar no contrato o *quantum* a ser pago ao superficiário em caso de eventual desapropriação. Aquele que tem direito pessoal não pode sub-rogar-se na quantia depositada, podendo impetrar ação direta contra o Poder Expropriante para reaver seus prejuízos.

#### **3.5.1 Efeitos da extinção**

Já foi possível perceber que com a extinção do direito de superfície pelo advento do termo, ocorre a reversão da coisa superficiária ao proprietário do solo. Desta forma,

volta ser aplicada a acessão, podendo, neste caso, o proprietário do solo recuperar a plena propriedade do terreno e suas acessões incorporadas, se as tiver, independente de indenização, conforme estipulação pelas partes, artigo 1.375, do Código Civil. Segundo Maria Helena Diniz, 2011, p. 496, o proprietário do terreno também adquirirá a propriedade das acessões naturais e das benfeitorias e quanto a estas aplicar-se-lhes-ão os artigos 1.219 e 1.220, do Código Civil, de 2002. E se o superficiário negar-se a devolver o bem, o proprietário, uma vez extinta a concessão, sofrerá esbulho e, por isso, poderá mover ação de reintegração de posse.

A extinção do direito de superfície deve ser averbada no Cartório de Registro de Imóveis, conforme aduz o artigo 24, § 2º do Estatuto da Cidade, *in verbis*: “A extinção do direito de superfície será averbada no cartório de registro de imóveis”.

## **4 DIREITO DE SUPERFÍCIE E ENFITEUSE**

### **4.1 Conceito de enfiteuse e algumas considerações**

O direito de superfície veio com o intuito de substituir a enfiteuse, sendo esta um direito real sobre coisa alheia.

Orlando Gomes, em sua obra *Direitos Reais*, p. 277, definiu enfiteuse como o “direito real limitado que confere a alguém, perpetuamente, os poderes inerentes ao domínio, com a obrigação de pagarão dono da coisa uma renda anual”.

Os precedente imediatos da enfiteuse no direito romano foram as locações dos *agri vectiges*, de prédios pertencentes municípios ou colégios sacerdotais que eram locados a cultivadores a longo prazo ou perpetuamente, mediante o pagamento de um *vectigal*, o qual era tido como um tributo, e a sua causa econômica foi a necessidade de aproveitar as terras incultas, dando a cultivadores por longo prazo ou perpetuamente, mediante o pagamento de um *cânone*.

Distingue-se da enfiteuse duas figuras, o senhorio, é aquele que tem o domínio do imóvel aforado e a outra é o enfiteuta ou foreiro é aquele possui o domínio útil, ou seja, é quem o possui imediatamente ou mediante pagamento de um *for, cânon ou pensão* àquele primeiro.

O Código Civil de 1916 disciplinava a enfiteuse no artigo 678, in verbis: “Dá-se a enfiteuse, aforamento ou emprazamento, quando por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquire, e assim, se se constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro, anual, certo e invariável”.

A enfiteuse confere ao titular todas as vantagens materiais da propriedade, permitindo que se comporte como se fosse dono da coisa. O objeto da enfiteuse recai apenas sobre as terras não cultivadas ou terrenos que se destinem a edificação, conforme artigo 680, do Código Civil de 1916.

## **4.2 Superfície e enfiteuse**

O direito de superfície veio substituir a enfiteuse, sendo esta prevista no Código Civil de 1916 e abolida no Código Civil de 2002, conforme artigo 2.038.

Assim como a superfície a enfiteuse também é um direito real sobre coisa alheia, mas na atualidade a enfiteuse não é um instituto econômico interessante, pois o senhorio sabe que após certo tempo, o foreiro, querendo, adquirira a propriedade plena do terreno aforado, mediante simples pagamento de certo número de anuidades.

Já a superfície possui grande vantagem econômica e social, pois possibilita a diminuição da crise habitacional, incentiva a agricultura e possibilita que a terra em meio urbano possa ser fonte de trabalho e produção.

A enfiteuse era um instituto marcado pela sua perpetuidade, o que não se aplica a superfície. De acordo com Código Civil de 2002 o direito de superfície deve ser temporário. O direito da enfiteuse recai apenas sobre as terras não cultivadas, ou terrenos que se destinem a edificação, então não é possível a constituição de enfiteuse em terrenos já edificados, foi nessa ceara que se construiu a tese da superfície.

Não há dualidade de domínio na enfiteuse, pois o enfiteuta pode vir a ser o proprietário do bem, consolidando a plenitude do domínio se exercer o resgate, após dez anos da constituição da enfiteuse, mediante o pagamento de um laudêmio ao senhorio de 2,5% do atual valor da propriedade plena, mais dez pensões anuais, isto conforme o artigo 693, do Código Civil de 1916. Assim, com o exercício do direito do resgate extingue a enfiteuse e o foreiro adquire a propriedade plena, o que não ocorre com a superfície. A superfície pode ser gratuita ou onerosa, constituída por tempo determinado ou indeterminado, mas nunca perpétua.

Orlando Gomes aduz em sua obra, *Direitos Reais*, p. 291, que o direito real temporário de ter uma construção em solo alheio opera-se uma cisão nas faculdades elementares do domínio: o terreno pertence a um proprietário, o prédio, a outro, anulando-se, por este modo, o princípio da acessão imobiliária.

Contudo, entende-se que ainda existem algumas enfiteuses, tendo em vista que possui um caráter perpetuo, mas que com o advento do Código Civil de 2002, foi abolida e trocada pelo direito de superfície, conforme se pode observar no artigo 2.038, do CC/2002. Este novo instituto é muito benéfico ao proprietário e à coletividade, conforme expõe Maria Helena Diniz, pois ele atende ao princípio da função social da propriedade, sendo também, adotado em razão das vantagens que traz, pela legislação de vários países, tais como: Bélgica, Portugal, Holanda, Suíça, Espanha, Inglaterra, etc.

## **5 PONTOS CONFLITANTES ENTRE O ESTATUTO DA CIDADE E O CÓDIGO CIVIL DE 2002**

A Lei Federal 10.257, de 2001, mais conhecida como Estatuto da Cidade, foi criada com o intuito de estabelecer uma melhor ordenação na cidade, fazendo com que ela cumpra com a sua função social. Entrou em vigor, em julho de 2001, com a finalidade de implementar as diretrizes constantes dos artigos 182 e 183, da Constituição Federal, passando, assim, a regular o direito de superfície, dentre outros instrumentos de política urbana. Ocorreu, no entanto, que em janeiro de 2003, passou a vigor o Novo Código Civil, o qual veio regulando, também, o direito de superfície. Essa duplicidade de leis regulando o mesmo instituto gerou a seguinte dúvida: que diploma legal deve ser aplicado ao instituto em questão?

De conformidade com o Princípio da Especialidade, a lei especial, mesmo que anterior à nova lei geral, é a que deve reger o assunto a ela pertinente. Logo, de acordo com o artigo 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas Brasileiras, o Código Civil não revogou o Estatuto da Cidade. Nesta seara, observa-se que os imóveis urbanos, são regidos pelo Estatuto, por se tratar de política urbana e cabe ao Código Civil regular o direito de superfície no âmbito rural.

Lado outro, tratando-se do conflito existente entre o Estatuto da Cidade e o Código Civil, temos o argumento de que apesar de existirem duas normas distintas tratando do mesmo tema, não há conflito entre elas, pois tendo em vista que o Estatuto é norma específica de direito administrativo, então será aplicado apenas às pessoas de direito público, restando o Código Civil destinado a pessoas de direito particular. Quando há pessoas de direito público juntamente com particulares em áreas urbanas, aplica-se o Estatuto da Cidade, usando o Código Civil como fonte subsidiária naquilo que a outra norma for omissa.

Ademais, não há entre as duas normas diferença substancial que as torne incompatíveis. Os demais pontos conflitantes serão tratados a seguir.

O direito de superfície no Código Civil é considerado como um direito real, conferido a uma pessoa, sobre um imóvel, terreno, urbano ou rural, sendo possível construir ou plantar em sua superfície a título gratuito ou oneroso, podendo ser usufruído por quem vier a edificar ou arrotear, mas por prazo determinado, sendo vedado a utilização do subsolo, ressalvados os casos em que a sua utilização seja imprescindível, é o que dispõe o parágrafo único do artigo 1.369, do CC/2002, in verbis: “O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.”

No Estatuto da Cidade admite-se a constituição do direito de superfície por prazo determinado ou indeterminado, conforme artigo 21, da norma jurídica, mas com a condição de que o terreno seja em área urbana, podendo-se utilizar do subsolo ou espaço aéreo, condicionado aos regulamentos administrativos.

Outra divergência é em relação ao registro, no Estatuto da Cidade quando há a extinção do direito de superfície é necessário o registro da extinção, conforme artigo 24, parágrafo único; em contrapartida, no Código Civil de 2002 não se exige. Entretanto, devido à publicidade conferida pelo registro e, também, por razões de sistema, entende-se que a extinção das superfícies rurais, que são reguladas pelo Código Civil de 2002, também deve ser averbada no Cartório de Registro de Imóveis.

Já em relação aos tributos, há, também, conflito entre as duas normas. De acordo com o Código Civil o superficiário é o responsável pelo pagamento dos tributos e encargos, no que tange ao imóvel, conforme artigo 1.371, do CC/2002, enquanto que para o Estatuto da Cidade é do cessionário o ônus relativo ao pagamento dos tributos e encargos incidentes sobre a propriedade superficiária e sobre a área objeto de concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrária, artigo 24, §3º, do Estatuto.

O Estatuto da Cidade vem para ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, viabilizando instrumentos de política de desenvolvimento urbano, permitindo o cumprimento da função social da propriedade urbana. De outro lado, o Código Civil, apresentou o instituto de forma mais genérica, buscando atender aos

interesses privados, concentrando-se a constituição do direito real na autonomia da vontade.

## **6 DIREITO DE LAJE**

O direito de Laje, também conhecido com Direito de Sobrelevação, é considerado uma forma de Direito de Superfície, porém não foi ainda, tutelado pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, existindo apenas de fato.

O mencionado direito pode ser conceituado como a possibilidade de uma pessoa ceder a superfície da laje da sua construção a um terceiro, para que este possa edificar outra unidade, sem, contudo, possuir a propriedade do terreno. Em outras palavras o morador da habitação inferior concede a outro o direito de construir sobre a sua moradia.

Sílvia Regina de Assumpção Carbonari, 2008, p.1, conceitua o direito de laje nas seguintes diretrizes, in verbis: “ Para essas comunidades, o direito de laje refere-se ao poder de disposição que o proprietário da construção tem sobre o espaço aéreo imediatamente superior à sua construção, e que, pela cultura popular desenvolvida nas favelas, lhe pertence por direito”.

Orlando Gomes (2010, p.422), expõe que “é possível constituir direito de superfície sobre a propriedade separada superficiária ou direito de superfície sobre direito de superfície. Existe o direito de sobrelevação, como também o Direito de Laje.”

O Direito de Laje, melhor representado na figura do Direito de Sobrelevação, tem origem no Código Civil Suíço, onde compreende uma área de servidão, dando à pessoa a faculdade de construir acima ou abaixo de um imóvel. Ou seja, o beneficiário pode construir sobre determinado bem, sem, contudo, adquiri-lo (BELLUCCI, 2011, p. 4).

No ordenamento Português, também está previsto o direito de construir sobre teto alheio, conforme se visualiza no artigo 1526, do Código Civil daquele país, *in verbis*:

Artigo 1526 - O direito a construir sobre teto alheio está sujeito as disposições deste título e às limitações impostas à constituição da propriedade horizontal; levantado o edifício, são aplicáveis as regras da propriedade horizontal, passando o construtor a ser condômino das partes referidas no artigo 1421 (BRASIL, 2012).

Nesse direito pode-se considerar que há uma tripartição de propriedades autônomas, conforme salientado por Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald e demais autores: a propriedade do solo; da superfície; e a propriedade da sobrelevação. Ricardo Pereira Lira (1997, p.78), também, entende esse Direito como Direito de Superfície em segundo grau.

Carlos Roberto Gonçalves, (2010, p.445), também compartilha da mesma opinião que Ricardo Lira, afirmando que embora o Código Civil Brasileiro não contemple a possibilidade da superfície em segundo grau, vários países preveem, dentre eles França, Portugal, Suíça e outros, incidindo na concessão feita a terceiros, pelo superficiário, do direito de construir sobre a sua laje.

Observamos que se faz necessária a normatização do instituto, o qual se constrói no plano inferior e vende-se o superior para outra pessoa, mas tudo de maneira espontânea e sem previsão legislativa, sendo considerado como direito de laje.

Isso ocorre devido à existência de grandes unidades habitacionais, favelas ou ainda aglomerado populacional de baixa renda, fatores gerados pelo Déficit Habitacional. Dessa forma, cabe ao Estado criar mecanismos a fim de tutelar essa, não tão nova, forma de moradia, para que seus habitantes não continuem na informalidade, o que só dificulta a vida da população, cujas propriedades continuam à margem do seu reconhecimento de direitos, apenas existindo no mundo factual e assim crescendo a demanda jurídica sem que haja uma normatização dos julgados.

## 7 CONCLUSÃO

O direito de superfície foi reintroduzido no nosso ordenamento justamente para exercer a função social da propriedade, o que viabiliza o aproveitamento de terrenos ociosos, sendo eles urbanos ou rurais, sem que o concedente tenha que fazer altos investimentos. Foram impostas sanções aos proprietários quando estes terrenos são subutilizados ou mesmo não tenham nenhum aproveitamento econômico. Então, procurando evitar essas consequências o proprietário concede o direito de superfície (COELHO, 2010, p.194).

Ainda, dentro do direito de superfície, possuem muitos detalhes que não foram normatizados, como por exemplo, o direito de laje, o qual nasceu com o crescimento das cidades urbanas e o déficit populacional.

Grandes empresas de telecomunicações se valem do direito de superfície para se instalarem com menor custo e maior aproveitamento de áreas. A mesma coisa ocorre com a parceria do poder público com o privado, utilizando desse instituto para realizações de equipamentos urbanos reclamados pela coletividade.

Não se pode negar que ainda há muito que se melhorar em nosso ordenamento, pois as mudanças da sociedade são rápidas e contínuas, cabendo aos doutrinadores e juristas adequarem as normas, tidas como ultrapassadas, à realidade atual.

Este instituto tão pouco conhecido pode ser a resposta para combater à escassez de moradias no Brasil, principalmente em relação a população menos favorecida, deixando, assim o proprietário do terreno de sofrer sanções, tais como parcelamento e edificação compulsórios, IPTU progressivo e desapropriações, as quais estão previstas no artigo 182, § 4º, da Constituição Federal, e pode assistir sua propriedade ser verdadeiramente aproveitada.

Já em relação às diferenças entre o Estatuto da Cidade e o Código Civil, são facilmente resolvidas, quando se aplica o Princípio da Especialidade, se valendo o Estatuto para áreas urbanas e áreas em que o poder público é sujeito do negócio jurídico e de forma subsidiária o Código Civil. E em áreas rurais e contratos particulares, deixa-se de lado o Estatuto e usa-se o Código Civil.

Para concluir, pode-se dizer que o instituto do direito de superfície realiza a função social da propriedade verdadeiramente, podendo, entretanto, ser aprimorado adequando as especificidades da necessidade da coletividade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%20C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%20C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. **Decreto de 7 de julho de 1999**. Cria a comissão interministerial de mudança global do clima, com a finalidade de articular as ações de governo nessa área. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/dnn/Anterior%20a%202000/Dnn07-07-99-2.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/dnn/Anterior%20a%202000/Dnn07-07-99-2.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. **Decreto de 10 de janeiro de 2006**. Dá nova redação ao art. 2º do Decreto de 7 de julho de 1999, que cria a comissão interministerial de mudança global do clima. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Dnn/Dnn10753.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Dnn/Dnn10753.htm#art1)>. Acesso em: 12 abr. 2012.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, **Curso de direito ambiental brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRANCISCO, Wagner de Cerqueira e. **Aquecimento global**. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/geografia/aquecimento-global.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2012.

GRANZIERA, Maria Luiza machado. **Direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.