

Direito de Superfície: uma análise comparada no Estatuto da Cidade e no Novo Código Civil

Patricia Fonseca Carlos Magno de Oliveira*

1. Plano de Trabalho; 2. Fundamentos Constitucionais do Direito de Superfície; 3. Conceito; 4. A Estrutura Plástica do Direito de Superfície; 5. Conflito de leis no tempo: o Estatuto da Cidade e o Novo Código Civil; 6. Análise Comparativa do Direito de Superfície no Estatuto da Cidade e no Novo Código Civil; 6.1. Proprietário urbano x proprietário. 6.2. Aplicabilidade: delimitação segundo o critério da finalidade. 6.3. Objeto do Direito de Superfície. 6.4. Eficácia Temporal. 6.5. Pontos de coincidência. 6.6. Transferência do direito – incidência de regras diferentes no que tange à possibilidade de pagamento pela transmissibilidade. 6.7. Direito de superfície – razões de sua hipotecabilidade. 6.8. Responsabilidade pelo pagamento de tributos. 6.9. Formas de Extinção do Direito de Superfície. 7. A Questão Registrária; 8. Conclusões; 9. Notas; 10. Referências.

Resumo

O trabalho pretende, à luz dos fundamentos constitucionais do direito de superfície, analisar a regulamentação do instituto no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) e no Código Civil de 2002, a fim de enfrentar a questão do conflito dessas duas leis no tempo e de demonstrar a possibilidade de coexistência de ambas as normativas.

Palavras-chave: direito de superfície; conflito de leis no tempo, Novo Código Civil Brasileiro; Estatuto da Cidade.

Abstract

This work intends, in the light of the constitutional basis of surface rights, to analyze the regulation of the latter in the City Statute (Law 10.257/2001) and in the civil code of 2002, in order to confront the question of the conflict between these two laws in time and to demonstrate the possibility of the coexistence of both sets of norms.

Keywords: surface rights, conflict of laws in time, New Brazilian Civil Code, City Statute.

1. Plano de Trabalho

As mudanças sociais, políticas e jurídicas que têm ocorrido em ritmo cada vez mais rápido, no Brasil pós-88, vêm sendo realizadas sob a inspiração dos novos paradigmas estabelecidos na Constituição da República.

Graças ao reconhecimento de que o exercício do direito de propriedade submete-se à função social, é que o legislador infraconstitucional preocupou-se em resgatar do exílio a que estava confinado, desde 1864, o direito de superfície. Ele retornou por intermédio do Estatuto da Cidade (Lei Federal n.º 10.257, de 10 de julho de 2001) como instrumento jurídico de realização da política urbana, impregnado pela bagagem ideológica daquele diploma, que convida, na esteira da Constituição, à “releitura do papel do Estado”¹, qual seja: densificar o direito fundamental social à moradia, a partir de uma noção democrática e funcionalizada do direito de propriedade.

Posteriormente, foi reintroduzido no Novo Código Civil², cuja vigência iniciou em janeiro de 2003. Infelizmente, esta última regulamentação lançou dúvidas sobre a utilização do direito de superfície como instrumento de política urbana, sendo certo que a revogação do Estatuto da Cidade tem sido muito ventilada, a despeito do prejuízo social que causaria.

É objetivo do presente trabalho demonstrar que o retorno do instituto em comento ao ordenamento jurídico pátrio não se deveu a obra de saudosistas, mas que é categoria jurídica relevante, a ser utilizada tanto na racionalização do solo urbano como no âmbito das relações sob o pálio do Código Civil, dado o interesse econômico que alberga. Assim, o plano de trabalho consiste no desenvolvimento de análise comparativa do instituto em ambos os diplomas legais, que coexistem no direito brasileiro, em razão de terem objetos de incidência diversos.

2. Dos fundamentos constitucionais do direito de superfície

Impossível compreender contemporaneamente a categoria do direito de superfície, fora do paradigma do Estado Democrático de Direito que veio a lume com a Constituição de 1988, vez que sob a perspectiva e a influência dos valores democráticos é que o conceito de propriedade, dentro do qual se insere o estudo, sofreu alterações³. Nesse contexto, “não há mais lugar para um direito de propriedade absoluto e sagrado, tampouco individualista e de gozo irrestrito”⁴.

A abordagem do direito de superfície inicia-se pela análise do princípio jurídico-

constitucional vetor de sua disciplina, qual seja: o princípio da função social da propriedade, já que a perspectiva de interpretação civil-constitucional é a premissa metodológica diretriz deste trabalho.

A releitura do Direito Civil à luz da Constituição atualiza institutos defasados da realidade contemporânea, repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual⁵. A dialética fato-norma tem dinâmica própria que reconstrói, incessantemente, o Direito, de modo que tanto o dado normativo como o dado fático são elementos indispensáveis ao processo interpretativo, não havendo o predomínio de um em detrimento do outro, sob pena de ser perdido o contato com a chamada norma viva⁶.

A interpretação civil-constitucional parte sempre da Constituição, aqui entendida como norma superior do ordenamento jurídico ou norma fundamental⁷. Essa atividade interpretativa compreende que a Constituição não é uma carta de intenções, sendo cogentes todas as suas normas (regras e princípios)⁸.

Os princípios constitucionais têm – portanto – aplicabilidade direta e não necessitam de regulamentação infraconstitucional para se fazerem valer, porque eles não foram feitos para serem apenas contemplados. Demandam aplicação na realidade social, determinando objetivamente quais diretrizes e fundamentos guiam o processo de concretização do ordenamento jurídico posto.

Se a Constituição permite a construção de unidade do sistema escalonadamente estruturado, através dos valores albergados em princípios superiores e cogentes, que permeiam todo o tecido normativo, aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, em relação aos quais não há uma delimitação precisa fundindo-se, ao contrário, o interesse público e o interesse privado⁹. Tal convergência se faz notar em todos os campos do ordenamento como, por exemplo, na atribuição de função social à propriedade.

Os ditames constitucionais só tutelam a propriedade enquanto “destinada a efetivar os valores existenciais, realizadores da justiça social”¹⁰ e não mais como bem em si. Todo o conteúdo do direito subjetivo de propriedade encontra-se redesenhado¹¹.

Desde os primórdios da humanidade, a propriedade tem sido foco de constantes tensões sociais e econômicas, instabilizadora de relações jurídicas e provocadora de acirrados

conflitos com repercussão em todas as esferas sociais¹². Ocorre que tem sido possível construir uma noção de propriedade funcionalizada, que atenda não somente o interesse de seu detentor, mas cujo exercício se dê também em benefício da coletividade. A projeção histórica da propriedade deu-se, portanto, no sentido de uma propriedade-direito para uma propriedade-função.¹³

A noção de propriedade impregnada de função social está enunciada como fundamento de nossa ordem econômica¹⁴, assim como, ineditamente, passou a integrar também o rol dos direitos fundamentais¹⁵, de modo que o princípio da função social da propriedade deve instrumentalizar todo o tecido constitucional, criando um “parâmetro interpretativo do ordenamento jurídico”¹⁶. Trata-se da razão de ser do direito que apenas é garantido se estiver vinculado ao exercício de sua função social.

Registra Pietro Perlingieri¹⁷ que, em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa, tal qual o brasileiro, o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. E isso não se realiza somente finalizando a disciplina dos limites à função social. Esta deve ser entendida não como uma intervenção “em ódio” à propriedade privada, mas torna-se “a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito”, um critério de ação para o legislador, e um critério de individuação da normativa a ser aplicada pelo intérprete chamado a avaliar as situações conexas à realização de atos e de atividades do titular.

Na sistemática adotada na Constituição de 1988, a função social da propriedade é princípio normativo de conteúdo certo e determinado¹⁸, parte integrante e inseparável da estrutura do direito de propriedade¹⁹, de modo a determinar profundas alterações estruturais na sua interioridade. Tem que ver com seu conteúdo, sendo intrínseca à propriedade privada²⁰.

A função social da propriedade é a “reação do ordenamento contra os desperdícios de potencialidade da coisa, para satisfazer as necessidades humanas, sejam materiais sejam pessoais”. Salienta, ainda, André Osório Gondinho²¹:

(...) não podemos concordar com a restrição imposta à incidência do princípio da função social da propriedade nos bens de consumo. O fato de um bem ser utilizado para a subsistência

individual não lhe exclui do campo de incidência do princípio da função social. Isso porque a função social da propriedade não se justifica apenas pela destinação econômica de determinado bem. Assim, se determinado bem, dada a sua natureza, se destina apenas a utilização individual ou familiar, mas é efetivamente assim utilizado, este bem não representa um **desperdício de potencialidade** para a sociedade. Desta forma, esse bem cumpre a sua função social pois torna a sociedade mais rica, apesar de, quantitativamente, a sua contribuição para a riqueza nacional ser pequena ou mesmo insignificante. (grifos no original)

Nesse diapasão, será socialmente funcional a propriedade que, respeitando a dignidade da pessoa humana, contribuir para o desenvolvimento nacional e para a diminuição da pobreza e da desigualdade social, sendo instrumento de realização dos valores existenciais, em superação do individualismo tão patrimoniais devem se adequar à nova marcante em nosso ordenamento anterior. Os direitos realidade, pois a pessoa prevalece sobre qualquer valor.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é “norma -princípio chave do ordenamento jurídico brasileiro”²² que orienta e dá fundamento a todas as suas demais normas, sendo o próprio fundamento do princípio da função social da propriedade em razão de sua profunda vinculação com o direito humano de moradia e outros direitos fundamentais.

O direito fundamental à moradia digna foi expressamente consagrado pelo texto constitucional por intermédio da Emenda Constitucional nº. 26/2000²³.

Antes da alteração provocada pelo poder constituinte derivado, a doutrina já proclamava que o direito à moradia digna era direito fundamental individual. Nesse sentido, é a lição de Ricardo Pereira Lira, em estudo sobre o direito à habitação e o direito de propriedade apresentado em Macerata, na Itália, em 1991:

O direito de habitação, o direito à moradia, o direito ao mínimo de abrigo, o ‘shelter’ (como dizem os anglo-saxônicos) é um direito individual assegurado na Constituição da nossa República, por isso que é instrumento indispensável à formação elementar da consciência de cidadania, instrumento indescartável na realização dos fundamentos da República, pois só com essa salvaguarda mínima se pode preservar a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, inciso III, da Constituição da República de 1988), se pode erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais (Art. 3º, inciso III, da Constituição da República). Se todos são iguais perante a lei (Art. 5º, caput, da Constituição, se a casa é asilo inviolável do indivíduo (Art. 5º., inciso XI, da Constituição), é evidente que todos têm direito a esse asilo e a essa inviolabilidade.²⁴

A EC 26/2000 apenas consagrou o que a doutrina já proclamava, mas provocou profundas mudanças na relação entre o poder público e os administrados. Historicamente, a

moradia no Brasil era encarada como problema social a ser solucionado através de programas estatais de financiamento e construção. Com a emenda constitucional, um novo paradigma foi fixado. A moradia é direito humano, cuja aplicabilidade e eficácia pressupõe a ação positiva do Estado.

A obrigação de fazer estatal abraça dois aspectos distintos. Um de caráter imediato de “impedir a regressividade do direito à moradia”²⁵, isto é, medidas e ações que dificultem ou impossibilitem seu exercício, tais como, “um sistema e uma política habitacional que acarrete a exclusão e medidas discriminatórias de impedimento de acesso ao direito à moradia para uma grande parcela da população”.

O outro aspecto diz respeito à reformulação da intervenção estatal nas atividades privadas, a fim de reformular a política habitacional. Nelson Saule Júnior e Maria Elena Rodriguez enumeram ações indispensáveis para a efetividade do direito humano à moradia, tais como: aprimoramento da regulamentação do uso e acesso à propriedade imobiliária urbana e rural, regulamentação do mercado de terra, previsão de sistemas de financiamento habitacional de interesse social, promoção de programas de urbanização e regularização fundiária nos assentamentos informais de modo a proporcionar a integração social e territorial das comunidades carentes que vivem nestes assentamentos.

Na doutrina civil-constitucional, trata-se o direito à moradia com duas acepções diferentes. Uma conotação quando se tem em foco as relações econômicas e outra ao ser evidenciado o aspecto da tutela da pessoa:

O direito à moradia é da pessoa e da família; isso tem conseqüências notáveis no plano das relações mesmo civilísticas, por exemplo em tema de locação, de *equo canone*, e, nas de construção civil, de subingresso ao sócio defunto. O direito à moradia como direito ao acesso à propriedade da moradia é um dos instrumentos, mas não o único, para realizar o gozo e a utilização da casa. Como direito existencial pode-se satisfazer também prescindindo da propriedade da moradia; por isso incide, em maneira decisiva, sobre as relações de uso, de moradia e de aluguel.²⁶

No sentido de densificar o direito à moradia, sob seu aspecto de instrumento de tutela da personalidade, veio à lume a Lei Federal nº. 10.257/2001, autônoma Estatuto da Cidade, que trouxe, dentre os instrumentos de política urbana²⁷, o direito de superfície. Naquele diploma, o objeto direto deste estudo, ganha contornos inegavelmente urbanísticos, destinado a contribuir para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana²⁸.

Pouco depois, foi promulgada a Lei Federal nº. 10.406/2002, o Novo Código Civil Brasileiro, que repristinou o direito de superfície, tratando-o dentro do Direito das Coisas²⁹. Nesse diploma, a finalidade do instituto, que “constitui uma maior possibilidade de aproveitamento do solo urbano”³⁰, está contaminada por interesse predominantemente privado, sem – por óbvio – perder-se do fundamento constitucional da propriedade.

3. Conceito

Entende-se o direito de superfície segundo Ricardo Pereira Lira³¹ como “o direito real autônomo, temporário ou perpétuo, de fazer e manter construção ou plantação sobre ou sob terreno alheio; é a propriedade – separada do solo – dessa construção ou plantação, bem como é a propriedade decorrente da aquisição feita ao dono do solo de construção ou plantação nele já existente”.

Essa definição tem em mira sublinhar o aspecto dinâmico da relação superficiária, assim como evidenciar as características mais fortes do instituto, sem se preocupar com os sistemas jurídicos que o consagram, face à variação decorrente de cada um, como é natural.

Neste conceito 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 da propriedade separada superficiária e a propriedade separada superficiária gerada por cisão, derivada de negócio jurídico.

4. A Estrutura Plástica do Direito de Superfície

A estrutura da relação superficiária é plástica, porque pode sofrer mutações. A propriedade pode partir de uma relação simples, evoluindo para uma relação complexa. Ou, pode já nascer complexa, no caso de propriedade separada superficiária gerada por cisão.

Lançando luzes sobre a plasticidade do direito de superfície, Ricardo Pereira Lira³² 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 propriedade separada superficiária, efeito da concreção do direito real de construir ou plantar em solo alheio;
- (c) a propriedade separada superficiária, 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.

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 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.

Pode, 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 separada 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. O exercício desse poder cria um direito de propriedade, qual seja: a propriedade separada superficiária, que estará embutida em outro direito de propriedade (a propriedade sobre o solo).

Quando a propriedade separada superficiária, que tem a natureza jurídica de propriedade imobiliária, for adquirida pelo exercício do direito de construir ou plantar, a hipótese é de aquisição originária³³.

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

É de acentuada importância o papel do direito de superfície como regulador das relações que se estabelecem entre os diferentes agentes que aportam os diferentes insumos da habitação e entre particulares como forma de dividir os custos de uma construção.

Trata-se de instrumento utilizado como poderoso aliado aos esforços para efetivar o cumprimento da função social da propriedade, na lição de Leticia Marques Osório³⁴. Da ótica dos que atuam no mercado imobiliário, o proprietário manterá a reserva do aumento do valor

do solo para si após a transferência do direito de superfície para terceiro. Do ponto de vista do poder público, é possível, por meio de regras disciplinadoras do uso e da ocupação do território das cidades, definir as áreas consideradas subutilizadas ou não utilizadas, que

deverão atender às exigências do desenvolvimento urbano, sob pena de ficarem sujeitas à aplicação de sanções para que a propriedade urbana cumpra uma função social. Caso se defina que a função social do imóvel seja a própria edificação, os respectivos proprietários privados poderão alienar o direito de superfície de seus terrenos para que outra pessoa ou empresa construa, contribuindo, inclusive, para a diminuição dos custos da produção das unidades habitacionais ou comerciais.

Portanto é grande o desafio dos estudiosos do Direito, eternos conciliadores de forças antagônicas, que devem primar por construir um sistema viabilizador da efetividade do princípio da função social da propriedade, princípio densificador de direitos humanos elementares, dentre os quais destaca-se o direito à moradia, que é um dos fundamentos constitucionais do direito de superfície no Direito brasileiro.

5. O conflito de leis no tempo: Estatuto da Cidade e o Novo Código Civil

No Brasil, o direito de superfície ressurge tanto no âmbito do Direito Civil como no do Direito Urbanístico, deixando de ser considerado como simples figura do Direito romano. Dentre seus principais objetivos, ensina Letícia Marques Osório³⁵:

[...]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.

O conflito temporal se dá, especificamente, entre os arts. 21 a 24, da Lei Federal n.º 10.257, de 10 de julho de 2001 e os arts. 1.369 a 1.377, da Lei Federal n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, uma vez que ambos os diplomas legais regularam de forma completa o instituto do direito de superfície.

Na Lei de Introdução ao Código Civil, a regra defluente do art. 2º, § 1º³⁶, prega a revogação da lei anterior quando lei posterior regular integralmente a mesma matéria de que tratava a lei anterior.

Daí a razão de alguns autores sustentarem a revogação da disciplina do direito de superfície, no Estatuto da Cidade, pelo Novo Código Civil.

Carlos Kennedy da Costa Leite³⁷, comentando a situação antes do NCCB entrar em

vigor, tece severas críticas contra a regulamentação no Estatuto da Cidade. Assevera 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 disciplinando – porque o texto legal realmente institui e disciplina – o Direito Real de Superfície.

Em sentido diverso alinham-se os 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”³⁸, porque, ao concretizar 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 Wolff³⁹, 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 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.

No mesmo diapasão é a lição de Ricardo Pereira Lira⁴⁰, para quem a entrada em vigor do Novo 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 tem 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 novo Código Civil, o direito de superfície será um instrumento destinado a atender interesses e necessidades privados.

Ricardo Pereira Lira⁴¹ exemplifica a coexistência de ambas as regulamentações:

Se uma municipalidade, por exemplo, desqualifica o espaço público correspondente a uma praça, convolvando-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 novo Código Civil, pois o negócio jurídico em tela estará penetrado inteiramente pelo interesse particular, sem qualquer viés urbanístico.

Por fim, elege-se como derradeiro argumento o fato de o art. 1.377⁴², do Novo Código Civil, referir-se a lei especial. O dispositivo sob comento trata da constituição do direito de superfície por pessoa de Direito Público interno. Enuncia que a hipótese será regida pelo diploma privatístico, apenas se não houver disciplina diversa em outro estatuto.

Ora, se o Novo Código Civil, lei posterior, remete a disciplina do direito de superfície para outro diploma que contenha regras sobre a mesma matéria; e se esse outro diploma só pode ser o Estatuto da Cidade, vez que foi através dele que o instituto foi reintroduzido no ordenamento jurídico pátrio; isso já constitui fundamento razoável para sustentar-se que o direito de superfície civil coexiste com o direito de superfície urbanístico. A utilização de um ou de outro diploma, portanto, será definida pela finalidade almejada com o direito de superfície.

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 n.º 93 refere-se ao art. 1.369 do NCCB e professa o seguinte:

93 – Art. 1.369: 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.

Uma vez estabelecida a coexistência de regulamentação do direito de superfície no Estatuto da Cidade e no Novo Código Civil brasileiro, visto que têm objetos distintos, passe-se à análise comparada do direito de superfície em segundo grau, no ordenamento jurídico brasileiro.

6. Análise Comparativa do Direito de Superfície no Estatuto da Cidade e Novo Código Civil

Uma vez estabelecida a coexistência de regulamentação do direito de superfície no Estatuto da Cidade e no Novo Código Civil Brasileiro, visto que têm objetos distintos, enfrentar-se-á a análise comparada do direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro.

O estudo do tema é apresentado graficamente, em duas tabelas que têm o objetivo de auxiliar as observações. A primeira tabela perfila as normas do Estatuto da Cidade e suas correspondentes previsões no Novo Código Civil sendo utilizada a grafia em tipo negrito para pontuar as diferenças. A segunda tabela expressa metodologia de análise dos aspectos relevantes: convergentes e divergentes no Estatuto da Cidade e no NCCB.⁴³

ANÁLISE COMPARATIVA DA LEGISLAÇÃO SOBRE DIREITO DE SUPERFÍCIE	
ESTATUTO DA CIDADE	NCCB
<p>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.</p>	<p>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.</p>
<p>Art. 21. (...)</p> <p>§ 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.</p>	<p>Art. 1.369. (...) Parágrafo único. O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.</p>
<p>Art. 21. (...)</p> <p>§ 2º A concessão do direito de superfície poderá ser gratuita ou onerosa.</p>	<p>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.</p>
<p>Art. 21. (...)</p> <p>§ 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.</p>	<p>Art. 1.371. O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel.</p>

<p>Art. 21. (...)</p> <p>§ 4º O direito de superfície pode ser transferido a terceiros, obedecidos os termos do contrato respectivo.</p>	<p>Art. 1.372. O direito de superfície pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros.</p> <p>Parágrafo único. Não poderá ser estipulado</p>
<p>Art. 21. (...)</p> <p>§ 5º Por morte do superficiário, os seus direitos transmitem-se a seus herdeiros.</p>	
<p>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.</p>	<p>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.</p>
<p>Art. 23. Extingue-se o direito de superfície:</p> <p>I – pelo advento do termo;</p> <p>II – pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário.</p>	<p>Sem correspondente</p>
<p>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,</u> independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário no respectivo contrato.</p>	<p>Art. 1.375. <u>Extinta a concessão, o proprietário passará a ter a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação,</u> independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário.</p>
<p>Art. 24. (...)</p> <p>§ 1º Antes do termo final do contrato, extinguir-se-á o direito de superfície se o superficiário der ao terreno destinação diversa</p>	<p>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.</p>

daquela para a qual for concedida.	
------------------------------------	--

<p>Art. 24. (...)</p> <p>§ 2º A extinção do direito de superfície será averbada no cartório de registro de imóveis.</p>	<p>Sem correspondente</p>
<p>Sem correspondente</p>	<p>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.</p>
<p>Sem correspondente</p>	<p>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.</p>

PONTUANDO AS DIFERENÇAS...	ESTATUTO DA CIDADE	NCCB
Natureza Jurídica	Direito real (NCCB, 1.225, II)	
Aplicação	Finalidade urbanística = instrumento de política urbana (E.C., art. 4 ^o , 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.
Formas de extinção	Advento do termo; pelo	Prevê expressamente o

	descumprimento das obrigações assumidas no contrato; pelo desvio de	advento do termo e o desvio de finalidade.
--	---	--

	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 NCCB não é expreso, mas se a admite.

6.1. Proprietário urbano x proprietário

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 NCCB não o faz, limitando-se a enunciar que o *proprietário* do solo pode constituir o direito de superfície.

A interpretação que a doutrina⁴⁴ 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 Wolff que não afasta a incidência do Estatuto da Cidade no 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 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 idéia de que a cidade seja apenas a soma de propriedades individuais. Todos têm direito a cidades sustentáveis, cujo comando remete à equidade intergeracional, garantido-se a terra urbana, a moradia, o saneamento ambiental, a infra-estrutura urbana, o transporte e serviços públicos, bem como o trabalho e o lazer para todos os que habitam – e deverão habitar – as cidades brasileiras.⁴⁵

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 urbana⁴⁶, têm a missão de densificar o direito social à moradia, e este 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 e nunca para excluir de sua incidências as cidades no campo.

6.2. Aplicabilidade: delimitação segundo o critério da finalidade

Conforme já desenvolvido, 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 Novo Código Civil.

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 Cavalcanti⁴⁷ preconiza a possibilidade de constituição compulsória do direito de superfície, mediante oponibilidade do direito de superfície a particular, a fim de garantir o direito à moradia.

Esta modalidade compulsória seria estabelecida 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*. Defende que a superfície compulsória seria instrumento mais eficaz que a edificação compulsória. Mas, sua aplicabilidade está condicionada a Emenda Constitucional.

Ao lado da superfície compulsória oponível a particulares, Letícia Marques Osório prega a superfície compulsória oponível ao poder público, em razão do interesse urbanístico na possibilidade de utilização de terrenos públicos por particulares. Esta outra forma de superfície compulsória busca inspiração na concessão de direito real de uso tratada no Decreto-Lei n.º 271/67 e depois, no Estatuto da Cidade vetado e finalmente na Medida Provisória 2.220/01, 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 novo Código Civil, artigo 1.376.⁴⁸

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.

6.3. Objeto do Direito de Superfície

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, NCCB) 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.

A superfície civil não pode incidir autonomamente sobre o subsolo, nem sobre o espaço aéreo. Só seria possível a constituição de direito de superfície sobre essas partes integrantes do solo, desde que juntamente com ele, nos moldes do contrato. O direito de superfície urbanístico – sob este aspecto – tem normativa mais abrangente que o civil.

Na superfície urbanística, a despeito da omissão legislativa, a utilização do 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 Pietro⁴⁹, “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”.

O NCCB, 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 expressamente a possibilidade do direito

de superfície incidir sobre construções já existentes na data da concessão, configurando a chamada superfície por cisão. Apesar de a doutrina preconizar que sua possibilidade há de vir expressa em lei, entende-se que o direito de sobrelevação não pode mais tardar para ser

admitido no nosso ordenamento jurídico. Assim, em nome do princípio da interpretação constitucional de maior efetividade do direito fundamental a moradia há que ser interpretada extensivamente a expressão “terreno” constante nos artigos 21, *caput*, do Estatuto da Cidade e 1.369, *caput*, do NCCB, para admitir-se a superfície no *terreno sem construções* (no 1º grau) como no terreno (em 2º grau ou por sobrelevação).⁵⁰

6.4. Eficácia Temporal

No Estatuto da Cidade (art. 21, *caput*), o direito de superfície pode ser previsto por prazo determinado ou por prazo indeterminado.

No Novo 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. Ricardo Pereira Lira⁵¹ já enfrentou a problemática ao proferir parecer nos autos de processo administrativo municipal n.º. 02/335789/00. Para o professor, considerando que tanto o direito de superfície civil, como o urbanístico poderão ser instituídos perpetuamente, porque admitem a forma do prazo determinado, 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 para Caldas Aulete determinado é o que é demarcado, definido, decidido, certo, estabelecido. Ora, nada mais certo, definido, demarcado, decidido e estabelecido que a perpetuidade.

6.5. Pontos de coincidência

Os perfis do direito de superfície urbanístico e do direito de superfície civil coincidem em alguns pontos. Ambos têm a natureza jurídica de direito real (nos moldes do art. 1.225, II, do NCCB), 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 Pietro⁵², 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”.

A omissão legislativa – entretanto – não pode ser compreendida como silêncio eloqüente. Se o direito de superfície pode ser transmissível a terceiros por sucessão hereditária (Estatuto da Cidade, art. 21, § 5º e NCCB, 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 em relação a oferta de terceiros (Estatuto da Cidade, art. 22 e NCCB, art. 1.373). Se ele for o adquirente, operar-se-á a extinção da superfície por confusão entre os titulares do direito.

Ricardo Pereira Lira⁵³ critica os textos do Estatuto da Cidade e do NCCB 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 conseqüências da não afronta do titular para o eventual exercício da prelação: 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 registro⁵⁴, 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 NCCB, art. 1.375).

6.6. Transferência do direito – incidência de regras diferentes no que tange à possibilidade de pagamento pela 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 NCCB, 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. Ter-se-ia, apenas, regras diferentes para cada uma das espécies de direito de superfície.⁵⁵

6.7. Direito de superfície – razões de sua hipotecabilidade

O Estatuto da Cidade e o NCCB deixam de explicitar, em caso de 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.⁵⁶

Sensível a esse aspecto, o PL 6960/02 propõe o acréscimo de inciso ao art. 1.473, NCCB, com referência expressa à hipotecabilidade do *direito de superfície*. Infelizmente, a CCJ confunde direito de superfície com concessão de direito real de uso e prega a não hipotecabilidade daquele direito real. Por isso, rejeitou a proposta de inserção de mais um inciso no art. 1.473, do NCCB.

Contudo, a omissão legislativa não constitui óbice à constituição de hipoteca, uma vez que o operador do direito deve socorrer-se da teoria geral.⁵⁷

Quanto à hipotecabilidade da propriedade separada superficiária, não há dúvidas que é aplicável o art. 1.473, inciso I, do NCCB, 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, do NCCB, que trata do domínio útil. Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁸ 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. 810 do Código Civil⁵⁹, 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 plantações sem uma garantia hipotecária. Aliás, essa tem sido uma das dificuldades da utilização do instituto da concessão de direito real de uso.

Sobre o destino dos direitos reais incidentes sobre o direito de superfície, extinguir -se-ão junto com a extinção do direito, sendo certo que quanto ao prazo da hipoteca, Letícia

Marques Osório⁶⁰ 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”.

6.8. Responsabilidade pelo pagamento de tributos

Tanto o Estatuto da Cidade, art. 21, § 3º, como o NCCB, art. 1.371 enunciam que o sujeito passivo da relação tributária será o superficiário quando os tributos incidirem sobre a propriedade superficiária. Mas, 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 NCCB.

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 n.º 94 refere-se ao art. 1.371 do NCCB e professa 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.

6.9. Formas de Extinção 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.

No NCCB, art. 1.374 estão enumeradas como causas extintivas, apenas: o advento do termo e o desvio de finalidade da superfície.

7. A Questão Registrária

A exigência de indispensabilidade do registro do solene contrato superficiário no Registro de Imóveis, para que se opere a transferência do direito real, é comum tanto no

Estatuto da Cidade como no Novo Código Civil⁶¹. Põe-se, contudo, a seguinte questão: como deverá o tabelião proceder ao registro?

Marcelo Terra⁶² explica que sendo o direito de superfície concebido como direito real sobre coisa alheia⁶³, seu registro far-se-á na própria matrícula do imóvel por ele agravado, mas se caracterizado for como direito de propriedade superficiária separada, pode-se cogitar de uma matrícula autônoma.

Mas como cogitar de criar nova matrícula para inscrever a propriedade superficiária separada, independente de comando legal específico na Lei de Registro Público? Não seria violação do princípio da legalidade?

Letícia Marques Osório⁶⁴ já sustenta que o registro não implica na abertura de nova matrícula para a propriedade superficiária, devendo ser sempre realizado junto à mesma matrícula do solo.

Assim sendo, apesar de não haver previsão expressa na Lei de Registros Públicos⁶⁵ do modo como deverá ser registrado o direito de superfície, a lei determina que ele deverá ser registrado. Não se explicita se o registro ocorrerá em relação a nova matrícula para inscrição da propriedade separada superficiária, ou na mesma matrícula do imóvel. Contudo, o modo é uma mera formalidade, que não obstaculiza a aplicação do direito de superfície pelos operadores do direito, vez que “não se está ressuscitando uma instituição supérflua, porque o direito à superfície se ajusta às exigências sociais, principalmente na política de racionalização do uso do solo urbano.”⁶⁶.

Ricardo Pereira Lira⁶⁷ conclama os operadores do direito a permitirem que o instituto “sofra o impacto da experiência vivida, recebendo as achegas do direito aplicado”, sem afastar a possibilidade de, eventualmente, passar por reformulação: seja no Novo Código Civil, seja no Estatuto da Cidade.

Já pôde ser catalogada como a primeira experiência bem sucedida, a do Município de Pontão⁶⁸ (Rio Grande do Sul), o primeiro município do Brasil a utilizar o direito de superfície na regularização fundiária. A questão registrária não foi obstáculo intransponível para a aplicação do instituto.

Pode-se afirmar que o direito de superfície, plasticamente moldado às exigências

contemporâneas, dinamiza o conteúdo do direito de propriedade, revelando-se valioso instrumento para que ela cumpra sua função social.

As vantagens de utilização do direito de superfície anunciadas como alternativa para combater a exclusão territorial e social, que estão na raiz da crise habitacional e de aparato urbano (armazéns, escolas, hospitais, teatros, museus, policlínicas, sanatórios, conjuntos poliesportivos, hotéis, dentre outros), já estão sofrendo o confronto com a realidade, como noticia a Prefeitura de Pontão.

Dentre as razões que motivaram a eleição do direito de superfície para solver as demandas por moradia que se somavam ao longo dos anos naquele município, enumeram-se as seguintes:

- (a) a concessão pode ser gratuita: fato que possibilitou conceder os terrenos aos seus legítimos ocupantes, que os haviam comprado ou recebido do Município de Passo Fundo. A concessão gratuita diminuiu também os custos com tabelionato e registro de imóveis onde foram cobradas as taxas mínimas (R\$29,50 no tabelionato e R\$51,50 no registro de imóveis);
- (b) a concessão é feita por escritura pública: contemplando uma antiga reivindicação da comunidade; que passou a ser proprietária das benfeitorias;
- (c) incidência de ITBI nas próximas transferências. A primeira concessão foi imune a tributos; sendo que nas próximas incidirá ITBI aumentando a arrecadação do Município que, desde sua emancipação, nunca arrecadou nada de ITBI destes 165 lotes (por estarem irregulares).⁶⁹

Portanto, é preciso coragem para vislumbrar as vantagens do direito de superfície e não permitir que ele volte para o ostracismo de onde foi retirado. Acredita-se que o direito de superfície na acepção de direito real de construir ou plantar sobre coisa alheia deverá ser averbado junto à matrícula do solo. Quando se operar a concretização da concessão na propriedade separada superficiária, que também é propriedade imobiliária, ela também deverá ser levada a registro. Até que venha a preconizada mudança legislativa, a inscrição dessa nova propriedade imobiliária será feita junto à matrícula do solo, por mais que o histórico do bem ficasse um pouco confuso. O ideal, porém é que seja aberta uma nova matrícula em apenso à matrícula original, que tivesse, por exemplo, o n.º xxxx-A. Então, seriam averbados, respectivamente, em cada matrícula, as modificações importantes operadas na realidade de cada um dos imóveis, sempre com o cuidado de fazer remissões recíprocas em cada uma das duas matrículas das propriedades imobiliárias.

8. Conclusões

Ao término deste estudo, torna-se possível sintetizar objetivamente algumas das suas proposições mais importantes:

1 - A interpretação civil-constitucional, adotada como premissa metodológica neste trabalho, parte sempre da Constituição, norma superior do ordenamento jurídico. A releitura do Direito Civil à luz da Constituição erige o princípio da dignidade da pessoa humana como epicentro axiológico do ordenamento jurídico brasileiro e compatibiliza os institutos defasados da realidade contemporânea, tornando-os adequados às suas demandas sócio-econômicas.

2 - Na sistemática adotada na Constituição de 1988, a função social da propriedade é princípio normativo de conteúdo certo e determinado, parte integrante e inseparável da estrutura do direito de propriedade, que foi redesenhado e significa reação do ordenamento contra os desperdícios de potencialidade da coisa, para satisfazer as necessidades humanas, sejam materiais sejam pessoais.

3 - O direito humano à moradia digna foi expressamente consagrado pelo texto constitucional por intermédio da Emenda Constitucional nº. 26/2000 e se trata de obrigação de fazer estatal com dois aspectos distintos. Um de caráter imediato que visa a impedir a regressividade do direito à moradia, por intermédio de medidas e ações que dificultem ou impossibilitem seu exercício e outro que diz respeito à reformulação da intervenção estatal nas atividades privadas, a fim de reformular a política habitacional.

4 - No sentido de densificar o direito constitucional à moradia, sob seu aspecto de instrumento de tutela da pessoa humana, veio à lume a Lei Federal nº. 10.257/2001, auto-nominada Estatuto da Cidade, que trouxe, dentre os instrumentos de política urbana, o direito de superfície, com contornos inegavelmente urbanísticos, destinado a contribuir para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana. Já no Novo Código Civil Brasileiro, a finalidade do direito de superfície está contaminada por interesse predominantemente privado, sem – por óbvio – perder-se do fundamento constitucional da propriedade, qual seja: sua função social.

5 – Há aparente conflito temporal, especificamente, entre os arts. 21 a 24, da Lei Federal n.o. 10.257, de 10 de julho de 2001 e os arts. 1.369 a 1.377, da Lei Federal n.o.

10.406, de 10 de janeiro de 2002, uma vez que ambos os diplomas legais regularam de forma completa o instituto do direito de superfície. Contudo, as leis têm vocações diversas e ambas coexistem.

Prova da coexistência das regulamentações é o fato do art. 1.377, do Novo Código Civil, referir-se a lei especial. O dispositivo trata da constituição do direito de superfície por pessoa de direito público interno. Enuncia que a hipótese será regida pelo diploma privatístico, apenas se não houver disciplina diversa em outro estatuto. Entende-se que o NCCB faz remissão para o Estatuto da Cidade, vez que foi através dele que o instituto foi reintroduzido no ordenamento jurídico pátrio. A utilização de um ou de outro diploma, portanto, será definida pela finalidade almejada com o direito de superfície, que é a diferença mais importante e a responsável pela definição do diploma a ser utilizado.

6 – Os regimes jurídicos dos direitos de superfície urbanísticos (do Estatuto da Cidade) e Civil (de cunho privatístico e previsto no NCBB) se distingue quanto ao prazo, que pode ser determinado ou indeterminado.

Quanto ao objeto, a disciplina do direito de superfície do NCCB inadmite o subsolo como objeto e não se refere expressamente ao espaço aéreo. No Estatuto da Cidade do objeto pode ser o solo, subsolo e o espaço aéreo.

Na hipótese de transferência do direito de superfície, o NCBB veda a estipulação de qualquer valor com fundamento nela. Já no Estatuto da Cidade não há regra sobre o assunto, razão pela qual há a possibilidade de estipulação de *quantum* pela transferência ao direito a terceiros.

7 – Os direitos de superfície do NCCB e do Estatuto da Cidade se assemelham no que tange à natureza jurídica de direito real, à forma de sua constituição por contrato solene registrado no Registro de Imóveis ou por expropriação do poder público ou por usucapião ou por disposição de última vontade; ao modo de sua concessão (que pode ser gratuito ou oneroso); à modalidade de hipotecabilidade do direito; à possibilidade de pactuação sobre o pagamento de tributos, com eficácia *inter partes*; aos efeitos da extinção do contrato, em regra, por reversão não indenizável devido o advento do termo.

8 – A exigência legal de registro do direito real de superfície no Registro de Imóveis se satisfaz com o registro na mesma matrícula do imóvel, conforme a lei vigente.

Para evitar confusão quanto ao histórico da propriedade separada superficiária recomenda-se alteração na Lei de Registro Público que preveja o desmembramento da

matrícula originária em tantos apensos quantas forem as propriedades separadas superficiárias (como, por exemplo, matrícula XXX-A, XXX-B) e a averbação das alterações importantes como remissões na matrícula principal.

9 – O direito de superfície precisa sofrer o impacto da experiência para que não retorne ao ostracismo de onde foi retirado.

9 - NOTAS

¹ * A autora é Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro, Mestre em Direito da Cidade pela UERJ e professora da FESUDEPERJ (Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro)

vide LIRA, Ricardo Pereira. Direito à Habitação e Direito de Propriedade. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 6 e 7. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 84.

² Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

³ Não só a propriedade sofreu alterações, como todas as categorias do chamado direito privado. Tepedino (TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. (apresentação) 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.), ao apresentar sua obra, destaca o marco axiológico que foi a CRFB/88, aduzindo que *com a Constituição de 1988, síntese do pluralismo social e cultural que define a sociedade brasileira contemporânea, consagra-se uma nova tábua axiológica, alterando o fundamento de validade de institutos tradicionais do direito civil. A dignidade da pessoa humana, a cidadania e a igualdade substancial tornam-se fundamentos da República, ao mesmo tempo em que os valores inerentes à pessoa humana e um expressivo conjunto de direitos sociais são elevados ao vértice do ordenamento. A partir de então, todas as relações de direito civil, antes circunscritas à esfera privada, hão de ser revisitadas, funcionalizadas aos valores definidos pelo texto maior. Configura-se uma nova ordem pública, a convocar os juristas para um processo interpretativo que, longe de minimizar o espaço tradicionalmente reservado ao direito civil, determina, ao revés, a sua expansão e revigoração, oferecendo novas funções e horizontes a institutos antes confinados ao alvedrio individual e a um mero controle formal de validade.*

⁴ MATTOS, Liana Portilho. A

Efetividade da Função Social da Propriedade Urbana à Luz do Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2003. p. 35-41.

⁵ TEPEDINO, Gustavo Mendes. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 21.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 285.

⁷ Hans Kelsen (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 215) vincula a questão da unidade do ordenamento jurídico à pesquisa sobre o fundamento de validade das normas, para concluir que “*o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior.*”

Há que se observar que a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode perder-se no interminável. Por isso, Kelsen alerta que tal busca da norma tem de terminar numa norma que se pressuponha como a última e a mais elevada. “*Como norma mais elevada, ela tem de ser **pressuposta**, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada*”, que o autor alemão designou por “*norma fundamental (**Grundnorm**)*”.

A norma fundamental é a fonte (ou “fundamento”) comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, sendo certo que é ela “*que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.*” É nesse sentido que Kelsen não aceita que uma norma possa ser verdadeira ou falsa, mas sim válida ou inválida. Se as normas de uma ordem jurídica positiva decorrem de uma norma fundamental pressuposta como válida, também são válidas.

⁸ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 17-19.

⁹ Discutindo e questionando a interpenetração das esferas pública e privada nos Estados Democráticos contemporâneos, Michele Giorgiani aprofunda a questão em: O Direito Privado e suas Atuais Fronteiras. **Revista dos Tribunais**, Separata, a. 87, v. 747, p. 50-51, jan. 1998.

¹⁰ TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil – Imobiliário, Agrário e Empresarial**, a. 17, n. 65, jul./set. 1993. p. 28.

¹¹ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed.. Rio de Janeiro:

Renovar, 2001. p. 20: “A propriedade com a sua função social, as limitações do solo urbano e as restrições ao domínio dão um novo conteúdo à senhoria, limitando internamente o conteúdo do direito de propriedade. Não se trata, à evidência, de deslocamento para o direito público de certos tipos de propriedade, como se ao direito civil coubesse a disciplina de uma propriedade sem limites, no espaço que lhe restou, onde fosse possível expandir o mesmo individualismo pré-constitucional, podendo, então, finalmente, o titular, exercer a senhoria livremente, sem intervenção estatal.”

¹² **Sociedade** – para uma teoria geral da política. Trad. Marcoproprietários Aurélio Nonsagradosguei. RionadeLeiJaneiro: MaiorPazrelativosTerra Editora, 1987. p. 2 (que foi identificada ao lado do tipo de concepção do primado do público sobre o privado), aduzindo que: “Um dos eventos que melhor do que qualquer outro revela a persistência do primado do direito privado sobre o direito público é a resistência que o direito de propriedade opõe à ingerência do poder soberano, e portanto ao direito por parte do soberano de expropriar (por motivos de utilidade pública) os bens do súdito. Mesmo um teórico do absolutismo como Bodin considera injusto o príncipe que viola sem motivo justo e razoável a propriedade de seus súditos, e julga tal ato uma violação das leis naturais a que o príncipe está submetido ao lado de todos os outros homens [1576, I, 8]. Hobbes, que atribui ao soberano um poder não controlado sobre a esfera privada dos súditos, reconhece entretanto que os súditos são livres para fazer tudo aquilo que o soberano não proibiu, e o primeiro exemplo que lhe vem à mente é ‘a liberdade de comprar, de vender e de fazer outros contratos um com o outro’ [1651, cap. XXI]. Com Locke a propriedade converte-se num verdadeiro direito natural, pois nasce de esforço pessoal no estado de natureza antes da constituição do poder político, e como tal deve ter o seu livre exercício garantido pela lei do Estado (que é a lei do povo).”

¹³ **MATTOS, Liana Portilho. A Efetividade da Função Social da Propriedade Urbana.** Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2003. p. 37.

¹⁴ “Título VII-Da Ordem Econômica e Financeira. Capítulo I-Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) II – propriedade privada; III – função social da propriedade.”

XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.”

¹⁶ **GONDINHO, André Osório. Função Social da Propriedade.** In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 414.

¹⁷ **PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil.** Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 226.

¹⁸ Considerando que há vários estatutos

às diversas situações proprietárias (vide PUGLIATTI, Salvatore. **La Proprietà nel Nuovo Diritto.** Ristampa, Milano: Dolf Giuffrè Editore, 1964. p. 145-310.), há que se falar em função social da propriedade urbana, função social da propriedade rural, função social da empresa, dentre outros. *A função social modificar-se-á de estatuto para estatuto, sempre em conformidade com os preceitos Constitucionais e com a concreta regulamentação dos interesses em jogo*, pontua Tepedino (TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 280.). Quanto à função social da propriedade rural, seu conceito é hermético. O artigo 186 da Constituição informa que ela é cumprida, desde que simultaneamente observados os seguintes requisitos: aproveitamento racional e adequado da terra; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. No que tange à função social da propriedade urbana, a função social é conceito aberto. Liana Portilho Mattos. **A Efetividade da Função Social da Propriedade Urbana à Luz do Estatuto da Cidade.** Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2003. p. 46) ensina que sua “matriz encontra-se na Constituição Federal de 1988 e que seu conteúdo mínimo é dado pelo Estatuto da Cidade (Lei Federal n.º 10.257, de 10 de julho de 2001) e complementado pelo Plano Diretor de cada município, quando houver.” Neste trabalho, nos interessará tratar da função social da propriedade de modo lato, vez que se trata de análise comparada do instituto do direito de superfície dentro do estatuto proprietário urbano – preconizado pelo Estatuto da Cidade – e dentro do estatuto

¹⁵ *“Título II-Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Capítulo I-Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Art. 5º. (...)*

proprietário geral veiculado pelo Código Civil, que englobará outras tantas situações proprietárias.

¹⁹ GONDINHO, André Osório. Função Social da Propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 398. No mesmo sentido, FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Perfil constitucional da função social da propriedade**. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=676>>. Acesso em: 18. nov. 2003: “*O princípio fundamental da função social da propriedade constitui, no nosso entender, o alicerce constitucional do regime jurídico-constitucional da propriedade, estando todos os demais princípios e regras constitucionais a ele submetidos, inclusive o princípio da propriedade privada estabelecido no art. 170, II, da Lei Maior*”.

²⁰ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, 8. ed.. p. 207-216. FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Perfil constitucional da função social da propriedade**. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=676>>. Acesso em: 18 nov. 2003.

²¹ GONDINHO, André Osório. Função Social da Propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 429. Há – ainda – que se analisar o espectro de incidência do princípio da função social da propriedade. Na doutrina, não há harmonia sobre este aspecto.

Eros Roberto Grau (**A Ordem Econômica na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, 8. ed.. p. 207-216.) distingue uma propriedade dotada de função individual, que seria a dos bens de consumo e entende que o princípio da função social da propriedade incidiria apenas sobre os bens de produção. Contudo, melhor entendimento é o de Pietro Perlingieri (**Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 230), segundo quem: “*A afirmação pela qual ‘somente os bens produtivos têm uma função social’ é desmentida pela letra da disposição constitucional que ‘não prevê exceções à regra da função social da propriedade privada’*”. Também esposado por Vladimir da Rocha França (**Perfil constitucional da função social da propriedade**. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <[http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=676)

676>. Acesso em: 18 nov. 2003.). Pregam que a função social da propriedade não está adstrita aos bens de produção, vez que contamina os

estatutos jurídicos de todas as situações proprietárias.

²² MATTOS, Liana Portilho. A

Efetividade da Função Social da Propriedade Urbana à Luz do Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2003. p. 47.

²³ Após a EC 26/00, a redação do artigo 6.º ficou: “*Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. (...) Art. 6.º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição*”.

²⁴ LIRA, Ricardo Pereira. Direito à Habitação e Direito de Propriedade. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ.** Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 81.

²⁵ SAULE JÚNIOR, Nelson. RODRIGUEZ, Maria Elena. **O Direito à Moradia.** Disponível em: <<http://www.gajop.org.br/portugueses/mora>>. Acesso em: 04 mai. 2004.

²⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil.** Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 198.

²⁷ Vide Artigo 4º, inciso V, alínea “I”.

²⁸ Vide Artigo 2º, *caput*.

²⁹ NCCB, artigos 1.369 *usque* 1.377.

³⁰ TORRES, Marcos Alcino Azevedo.

Direito de Superfície. Disponível em: <<http://www2.uerj.br/~direito/publicações/diversos/malcino.html>>. Acesso em: 03 jun. 2003.

³¹ LIRA, Ricardo Pereira. O Moderno Direito de Superfície. In: LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 14.

³² LIRA, Ricardo Pereira. O Moderno Direito de Superfície. In: LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 56-61.

³³ Enfrentando a questão obscura sobre o destino da propriedade separada superficiária na hipótese de ter tido como causa concessão para construir ou plantar conferida *a non domino*,

LIRA posiciona-se no sentido de que a propriedade separada superficiária, a despeito de ser modalidade de aquisição originária, neste caso, fica contaminada pelo vício proveniente do direito real de construir ou plantar em solo alheio (este adquirido derivadamente). (LIRA, Ricardo Pereira. O Moderno Direito de Superfície. In: LIRA, Ricardo Pereira.

Elementos de Direito Urbanístico. Rio de

Janeiro: Renovar, 1997. p. 61.)

³⁴ 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. 174-175.

³⁵ OSORIO, Letícia Marques. Direito de Superfície. In: OSORIO, Letícia Marques (Org.).

Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 176.

³⁶ “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”.

³⁷ 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: 03 jul.2003.

³⁸ 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/R ev_45>. Acesso em: 13 dez. 2003. Para ela, “a habitação é o refúgio do homem, e é, também, seu espaço de integração com a família, com a vizinhança, com a cidade e com o país; é onde o indivíduo encontra possibilidades concretas para o exercício de liberdades e direitos fundamentais”.

³⁹ 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/R ev_45>. Acesso em: 13 dez. 2003. Para ela, “a habitação é o refúgio do homem, e é, também, seu espaço de integração com a família, com a vizinhança, com a cidade e com o país; é onde o indivíduo encontra possibilidades concretas para o exercício de liberdades e direitos fundamentais. (...) São as necessidades humanas básicas de habitação, alimentação, trabalho, transporte, educação, saúde, lazer que determinam a estrutura das cidades e não, contrariamente o que se pensa, os seus modelos urbanísticos. Esses vêm a reboque, e para se adaptarem ao já instituído e adequarem ao antigo modelo suas propostas inovadoras de planejamento e ordenação, devem ser coerentes e ajustáveis às diferentes realidades”.

⁴⁰ LIRA, Ricardo Pereira. O Direito de Superfície e o Novo Código Civil. **Revista Forense**, Separata, v. 364. p. 263-264.

⁴¹ LIRA, Ricardo Pereira. O Direito de Superfície e o Novo Código Civil. **Revista Forense**, Separata, v. 364. p. 264.

⁴² NCCB, “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*”.

⁴³ No período de 2002 a 2007, logo que foi aprovado o NCCB, seus artigos 1.369, 1.371 e 1.374 foram objeto de proposição (PL 6.960/02) formulada pelo Deputado Ricardo

Fiúza, que propunha alteração legislativa com o fito de aproximar a regulamentação do direito de superfície civilístico com o direito de superfície urbanístico. O PL 6.960/02 em 31/01/07 foi arquivado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, após ter a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) opinado pela rejeição da proposta de modificação dos dispositivos referidos. (Vide FIÚZA, Ricardo.

O Novo Código Civil e as Propostas de Aperfeiçoamento. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 213-221.)

⁴⁴ 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. 180.

⁴⁵ 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/R ev_45>. Acesso em: 13 dez. 2003

⁴⁶ MATTOS, Liana Portilho. **A Efetividade da Função Social da Propriedade Urbana à Luz do Estatuto da Cidade.** Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2003.

⁴⁷ CAVALCANTI, Marise Pessôa. **Superfície Compulsória:** instrumento de efetivação da função social da propriedade. Biblioteca de Teses. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 72-81.

⁴⁸ 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. 185 (original grifado).

⁴⁹ 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. 171-190.

50 Ver nosso: Direito de Laje: uma análise civil-constitucional do direito de superfície em segundo grau. **Revista de Direito da Defensoria Pública**. n. 22. ano 20. 2007. Rio de Janeiro. (no prelo)

51 LIRA, Ricardo Pereira. **Parecer**. Disponível para xerox na pasta do Professor no Mestrado em Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ. p. 15.

52 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. 188.

53 LIRA, Ricardo Pereira. O Direito de Superfície e o Novo Código Civil. **Revista Forense**, Separata, v. 364. p. 264.

54 A obrigatoriedade do registro da extinção do direito de superfície é expressa no Estatuto da Cidade, art. 24, § 2º e implícita para a superfície civil, porque deflui das regras registrárias sobre propriedade imobiliária.

55 Maria Sylvia Zanella Di Pietro, (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. 188) contudo, sustenta que o tratamento diverso sofreu uniformização com a entrada em vigor do NCCB. A vedação nele constante alcançou o direito de superfície urbanístico.

56 Essa é a crítica desenvolvida por LIRA em artigo publicado logo após o advento do NCCB: LIRA, Ricardo Pereira. O Direito de Superfície e o Novo Código Civil. **Revista Forense**, Separata, v. 364. p. 264.

57 LETÍCIA M. OSÓRIO (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. 180.) também pugna pela hipotecabilidade do direito de superfície. Para ela, *“o direito de superfície poderá ser dado em garantia hipotecária para assegurar as obrigações assumidas pelo superficiário perante terceiros. Poderá o superficiário utilizar tal instituto como garantia mesmo para obter financiamento visando a construção de edificação. Havendo inadimplemento, por parte do concessionário, a superfície, compreendendo as construções feitas no terreno, poderá ser penhorada e levada a leilão para apuração do valor destinado à satisfação da obrigação contraída, assistindo*

ao proprietário do terreno direito de preferência na aquisição do direito de

superfície, nos termos do artigo 22 do Estatuto da Cidade”.

58 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.

183.

59 A referência da autora é feita ao dispositivo do Código Civil de 1916, revogado, que foi repetido no NCCB de 2002, art. 1.473, inciso III.

60 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. p. 182.

61 Estatuto da Cidade, art. 21 e NCCB, art. 1.369.

62 *Apud* FREITAS, José Carlos de. Disposições gerais. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). **Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002. p.397.

63 Neste trabalho não se adotou a concepção de que o direito de superfície é direito real sobre coisa alheia. Ele é direito autônomo seja nascido de concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum* seja nascido da alienação separada de construção já existente ou do solo.

64 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. p. 181.

65 Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

66 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.

408.

67 LIRA, Ricardo Pereira. O Direito de Superfície e o Novo Código Civil. **Revista Forense**, Separata, v. 364. p. 264-265.

68 PONTÃO: Primeiro Minicípio do Brasil a utilizar o Direito de Superfície na regularização fundiária. Disponível em: <www.cidades.gov.br/banco%20de%20experiencias.htm>. Acesso em: 08 nov 2003.

69 PONTÃO: Primeiro Minicípio do Brasil a utilizar o Direito de Superfície na regularização fundiária. Disponível em:

<<http://www.cidades.gov.br/banco%20de%20experiencias.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2003.

10. Referências bibliográficas

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Dos Instrumentos de Política Urbana. Introdução e Dos Instrumentos em geral In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). Estatuto da Cidade Comentado. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 107-130.

ALFONSIN, Jacques Távora. A Função Social da Cidade e da Propriedade Privada Urbana como Propriedades de Funções. In: ALFONSIN, Betânia; Fernandes, Edésio (Org.). Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade. Diretrizes, Instrumentos e Processos de Gestão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p. 41-79.

ANDORNO, Luis O.. El derecho real de superficie forestal en el ordenamiento jurídico positivo Argentino. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Coleção Direito Comparado II. Homenagem a Clóvis do Couto e Silva – Argentina e a Faculdade de Direito da UFRGS – v. 1, n. 2, p. 161-180, set. 2003.

BAPTISTA, Bruno de Albuquerque. Direito Real de Superfície. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2360>>. Acesso em: 03 jun. 2003.

BENEVOLO, Leonardo. A Cidade e o Arquiteto. Série Debates. 2. ed.. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2001. p. 1-48.

BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia: público/privado. Estado, Governo, Sociedade – para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra Editora, 1987.

_____. Teoria do Ordenamento Jurídico. 5. ed.. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leito dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão Democrática da Cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Org.). Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 322-341.

CAMMAROSANO, Márcio. Fundamentos Constitucionais do Estatuto da Cidade (arts. 182 e 183 da Constituição Federal). In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Org.).

Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 21-26.

CASTRO, Mônica. Direito de superfície na Lei 10.257/01 (uma primeira leitura). Jus Navigandi. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2244>>. Acesso em: 03 jun. 2003.

DALLARI, Adilson Abreu. Instrumentos de Política Urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Org.). Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 72-88.

DERBLY, Rogério José Pereira. Direito de Superfície. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2543>>. Acesso em 03 jul. 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito de Superfície (arts. 21 a 24). In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Org.). Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 171-190.

DINIZ, Maria Helena. A Lei de Registros Públicos e o Estatuto da Cidade (arts. 55 a 57). In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Org.). Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 398-413.

FARIA, Dárcio Augusto Chaves. A Função Social como Princípio Legitimador da Propriedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). Os Princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 499-508.

FIÚZA, Ricardo. O Novo Código Civil e as Propostas de Aperfeiçoamento. São Paulo: Saraiva, 2004.

FONTES, André Ricardo Cruz. Limitações Constitucionais ao Direito de Propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Problemas de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 435-456.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Perfil Constitucional da Função Social da Propriedade. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 35, out. 1999.

Disponível em:
<<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=676>>. Acesso em: 18 nov. 2003.

GIORGIANI, Michele. O Direito Privado e suas Atuais Fronteiras. Revista dos Tribunais, Separata, a. 87, v. 747, p. 50-51, jan. 1998.

GONDINHO, André Osório. Função Social da Propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Problemas de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 397-434.

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

INSTITUTO PÓLIS. Estatuto da Cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Disponível em: <http://federativo.bndes.gov.br/bf_bancos/estudos/e0001942.pdf>. Acesso em 09 nov. 2004. p. 108-130.

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 03 jul. 2003.

LESSA, Carlos. Prefácio. In: MAGALHÃES, Sérgio. Sobre a cidade: habitação e democracia no Rio de Janeiro. 19. ed.. São Paulo: Pro Editores, 2002.

LIRA, Ricardo Pereira. A aplicação do Direito e a Lei injusta. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro: Renovar, n. 5, p. 85-97, 1997.

_____. Direito à Habitação e Direito de Propriedade. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro: Renovar, n. 6 e 7, p. 79-90, 1999.

_____. Liberdade e Direito à Terra (Controle do solo urbano. Solo criado. Direito de Superfície). In: LIRA, Ricardo Pereira. Elementos de Direito Urbanístico. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 107-153.

_____. Missões da Universidade: A Reforma Agrária e a Reforma Urbana. In: AULA INAUGURAL PROFERIDA NA UERJ, no dia 06 mai. 1997.

_____. O Direito de Superfície e o Novo Código Civil. Revista Forense, Separata, v. 364, p. 251-266.

_____. O Moderno Direito de Superfície. In: LIRA, Ricardo Pereira. Elementos de Direito

Urbanístico. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1-105.

_____. O uso social da terra urbana, sugestões à Constituinte. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 38, p. 5-12, 1986.

_____. Parecer. Disponível para xerox na pasta do Professor no Mestrado em Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ.

_____. Principais Instrumentos do Direito Urbanístico. In: EXPOSIÇÃO FEITA NO PALÁCIO DA CIDADE, em 27.11.1996, ao ensejo de seminário comemorativo dos 10 anos de existência da Procuradoria Geral do Município.

MATTOS, Liana Portilho. A Efetividade da Função Social da Propriedade Urbana à Luz do Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2003.

_____. Diretrizes Gerais. Artigos 1º, 2º e 3º. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). Estatuto da Cidade Comentado. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 79-105.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. O Direito Real de Superfície como Instrumento de Reforma Urbana e Agrária – Análise do Projeto de Código Civil. Temas de Direito Privado. p. 139-161.

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, p. 283-302, 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. p. 173-187.

_____. Diretrizes Gerais. Introdução. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). Estatuto da Cidade Comentado. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 67-78.

PERLINGIERI, Pietro. Normas Constitucionais nas Relações Privadas. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro: Renovar, v. 6 e 7, 1999.

_____. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria

Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PONTÃO: Primeiro Município do Brasil a utilizar o Direito de Superfície na regularização fundiária. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/banco%20de%20experiencias.htm>>. Acesso em 08 nov. 2003.

PUGLIATTI, Salvatore. La Proprietà nel Nuovo Diritto. Ristampa, Milano: Dolf Giuffrè Editore, 1964. p. 145-310.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado social de Direito, a proibição de retrocessos e a garantia fundamental da propriedade. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. v. 5. Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2000. p. 131-149.

SAULE JR., Nelson (relator do texto-base). Direito de Superfície. Regularização da Terra e da Moradia: o que é e como implementar. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br>>. Acesso em 3 out. 2003.

_____; RODRIGUEZ, Maria Helena. O Direito à Moradia. Disponível em: <<http://www.gajop.org.br/portugueses/mora>>. Acesso em: 04 mai. 2004.

SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico brasileiro. 2. ed.. Malheiros Editores. p. 15-76.

SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes (art. 2o.). In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Org.). Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 44-60.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. Revista de Direito Civil – Imobiliário, Agrário e Empresarial, a. 17, n. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Temas de Direito Civil. 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 267-292.

_____. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. Temas de

Direito Civil. 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 17-19.

_____. Temas de Direito Civil. (apresentação). 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TORRES, Marcos Alcino Azevedo. Direito de Superfície. Disponível em: <<http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/diversos/malcino.html>>. Acesso em: 03 jul. 2003.

_____. Instrumentos Urbanísticos e a Propriedade Urbana Imóvel. Problemas de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 467-513.

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/R ev_45>. Acesso em: 13 dez. 2003.