

**LUCAS OLIVEIRA BONFIM**

**O DIREITO DE SUPERFÍCIE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**Escola Paulista de Direito – EPD  
Especialização em Direito Imobiliário**

**Maceió  
2017**

**LUCAS OLIVEIRA BONFIM**

**O DIREITO DE SUPERFÍCIE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*, Especialização em Direito Imobiliário, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Direito Imobiliário pela Escola Paulista de Direito (EPD).

Orientador: Prof<sup>o</sup>. Dr. Luiz Antônio Scavone Junior

**Maceió  
2017**

Bonfim, Lucas Oliveira, 2017-  
Título principal : O Direito de Superfície no ordenamento jurídico brasileiro /  
Lucas Oliveira. Bonfim – 2017.  
55 f.: ,30 cm

Orientador: Profº. Dr. Luiz Antônio Scavone Junior.  
Trabalho de conclusão de curso de pós-graduação *lato sensu*  
(especialização) – Escola Paulista de Direito, Curso de Direito Imobiliário,  
2017.

1. Direito de Superfície: Surgimento no direito romano, conceito, natureza e evolução, como modelo de inclusão no ordenamento jurídico brasileiro. 2. O Instituto da Superfície aplicável às leis nºs. 10.257/01 – Estatuto da Cidade, e 10.406/02 – Código Civil, como norma administrativa pública de sobrelevação de propriedade. 3. O Instituto como norma expressa no Estatuto da Cidade e no Código Civil: análise comparativa. 4. A Jurisprudência dos Tribunais e o Direito de Superfície Atendendo à Função Social, em meio às Regras e Normas do Estatuto da Cidade e a Legislação Civil Vigente. Junior, Luiz Antônio Scavone. II. Escola Paulista de Direito. Curso de Direito imobiliário. III. Título.

LUCAS OLIVEIRA BONFIM

**O DIREITO DE SUPERFÍCIE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Escola Paulista de Direito (EPD), como parte dos requisitos para obtenção do título de Especialista em Direito Imobiliário.

Aprovado(a) com média\_\_\_\_\_

Maceió, 2017.

**Banca Examinadora:**

\_\_\_\_\_  
Prof. Orientador: .....

\_\_\_\_\_  
Prof. Orientador: .....

\_\_\_\_\_  
Prof. Orientador: .....

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à “Deus”, grande mestre e incentivador de minha jornada, disciplina e trabalho, consolidando mais este conhecimento.

Aos meus pais, pelo incentivo, força e determinação, pois, não faltaram esforços para mais esta dedicação, em razão de ser mais um elo entre a carreira e a minha profissionalização.

À Escola Paulista de Direito, os meus agradecimentos pela especialização, pois, a mesma se complementa de pós-graduação em curso de extensão.

Pelo Trabalho de Conclusão de Curso, a minha gratidão para a pesquisa e o ensino, posto que relevantes para o futuro de minha formação acadêmica;

## Epígrafes

"Visto que o fundamento propriedade é a utilidade, onde não houver utilidade possível não pode existir propriedade."

Jean-Jacques Rosseau

O que há de maravilhoso numa casa, não é que ela nos abrigue e nos conforte, nem que tenha paredes; é que deposite em nós, lentamente, tantas provisões de doçura, que forme no fundo do nosso coração, essa nascente secreta de onde correm, como água da fonte, os sonhos.

Saint Exupery

## RESUMO

O presente artigo aborda o Direito de Superfície expresso no novo Código Civil, como forma de condicionar direito à função social da propriedade, visto que o seu objeto demanda comportar características similares com a permissão e uso do solo sem a alteração da propriedade comum. O tema é relevante por ressaltar o uso de superfície, bem comum do povo, não obstante a sua natureza retratada como de uso para ser aplicada às condições de moradias urbanas a quem dela necessita. Objetiva nosso estudo assegurar esse direito, de acordo com o discutido pela doutrina jurídica, mediante o expresso nas leis nºs. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), e 10.406/2002 (novo Código Civil), admitindo o tema abordado em meio às ocorrências e divergências verificadas de outrora, diante da necessidade de racionalização do solo em relação ao crescimento da população do país. E que, para atingi-lo dos objetivos, importante se ater a Constituição Federal, consoante o estabelecido para a função social da propriedade no artigo 5º, XXIII, e 6º, consignando o direito à moradia, contextualizando assim, uma relação acerca do uso do solo e do espaço defendido pelo Estatuto da Cidade em seus artigos 21 a 23, e o determinado pelo artigo 1.225, II, do Código Civil vigente, assegurando o direito real de superfície para todos os fins. Importante ressaltar nestes termos, o que expõem os artigos 1.369 a 1.377 do novo Código Civil, tratando a despeito do Direito de Superfície, fonte principal do estudo em questão. Desta feita, a pesquisa bibliográfica a ser desenvolvida se baseia no método dedutivo-explicativo, estabelecida a partir de uma metodologia de renomados autores sobre o assunto proposto, através de artigos e periódicos, revistas jurídicas e busca em *sites*, donde já se colheu vasto material para as informações até então colacionadas, que consiste esmiuçar todo o assunto aplicado às regras e normas através da legislação pertinente, a saber, que pretendo aprimorar para os meus conhecimentos nesta minha especialização.

Palavras-chave: Direito de Superfície. Função social da propriedade. Estatuto da Cidade. Normas do Código Civil.

## ABSTRACT

This article discusses the right to express surface in the new Civil Code, as a way of making the right to social function of property, since the object demand behave similar characteristics with the permission and the land use without changing the common property. The theme is relevant to emphasize the use of surface, the common good of the people, despite their nature portrayed as of use to be applied to the conditions of urban dwellings to everyone who needs it. Aims Our study to ensure this right, according to what has been discussed by the legal doctrine, upon the express in Laws Nos. 10.257/2001 (Statute of the City), and 10.406/2002 (New Civil Code), assuming the subject discussed in the midst of the occurrences and discrepancies of the past, before the need for rationalisation of the soil in relation to the growth of the population of the country. And that, to achieve it objectives, important if you stick to the Federal Constitution, according to the social function of property in article 5, XXIII, and 6, include the right to housing, contextualizing a relation about the use of the soil and space defended by City Statute in articles 21 to 23, and the determined by article 1,225, II, the Civil Code in force, ensuring the effective right of surface for all purposes. It is important to note in these terms, which expose articles 1,369 to 1,377 of the new Civil Code, as despite the right to surface, the main source of the study in question. This time, the bibliographical research to be developed is based on deductive-explanatory, established on the basis of a methodology of renowned authors on the subject proposed, through articles and periodicals, magazines legal and search on websites, where it is harvested vast material for the information until then related, which consists of set out all the matter applied the rules and standards by means of relevant legislation, namely, that i want to improve my knowledge in this my specialization.

Keywords: Right to surface. The social function of property. Status of the city. Rules of the Civil Code.



## LISTA DE SIGLAS

CRFB - Constituição Da República Federativa do Brasil

CC - Código Civil de 2002

CC/1916 - Código Civil de 1916

EC – Estatuto da Cidade – Lei 10.257/2001

DDHC – Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>1 DIREITO DE SUPERFÍCIE: SURGIMENTO NO DIREITO ROMANO, CONCEITO, NATUREZA E EVOLUÇÃO, COMO MODELO DE INCLUSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO....</b>	<b>15</b>
1.1 Fins e Aspectos Sociais .....	15
1.2 Conceituação .....	20
1.3 Natureza Jurídica .....	23
1.4 Evolução Histórica .....	26
1.5 Função Social .....	28
<b>2 O INSTITUTO DA SUPERFÍCIE APLICÁVEL ÀS LEIS Nºs. 10.257/01 – ESTATUTO DA CIDADE, E 10.406/02 – CÓDIGO CIVIL, COMO NORMA ADMINISTRATIVA PÚBLICA DE SOBRELEVAÇÃO DE PROPRIEDADE.....</b>	<b>30</b>
2.1 Evolução para o Termo “Propriedade” .....	30
2.2 A Propriedade: Normas de Direito .....	31
2.3 A Norma Cível e Demais Legislações Regendo a Superfície à Propriedade ...	34
2.3.1 Direitos e Deveres para com o Concedente e o Superficiário .....	39
2.4 Direito de Sobrelevação.....	43
2.5 A Norma Pública e a Moradia Urbana.....	44
<b>3 O INSTITUTO COMO NORMA EXPRESSA NO ESTATUTO DA CIDADE E NO CÓDIGO CIVIL: ANÁLISE COMPARATIVA.....</b>	<b>46</b>
3.1 Breve Regulamento entre as Normas .....	46
3.2 Efeito Aparente de Leis.....	48
3.2.1 Diferenciando o Estatuto da Cidade do novo Código Civil.....	51
3.3 Comentários da Doutrina Divergindo o Proprietário do Solo no Estatuto da Cidade, do Incurso no Código Civil .....	52
3.4 Objeto da Superfície .....	56
3.5 Formas de Extinção .....	57
<b>4 A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS E O DIREITO DE SUPERFÍCIE ATENDENDO A FUNÇÃO SOCIAL, EM MEIO ÀS REGRAS E NORMAS DO ESTATUTO DA CIDADE E A LEGISLAÇÃO CIVIL VIGENTE.....</b>	<b>59</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>62</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>65</b>

## INTRODUÇÃO

O trabalho adiante exposto visa argumentar sobre o Direito de Superfície, ressaltando o mesmo condicionar a função social da propriedade, posto que referido instituto detenha inúmeras peculiaridades voltadas ao direito de solo ou de laje, com características singulares de moradia urbana, contextualizado pelo Estatuto da Cidade e o novo Código Civil como um instrumento de promoção social, sem, no entanto, condicionar qualquer alteração da propriedade ao seu detentor, também chamado de superficiário, mas que apenas é detentor da posse.

De acordo com o Estatuto, o Direito de Superfície, exposto às regras e normas do Código Civil, têm como principal objetivo condicionar o direito de moradia a todo e qualquer cidadão do país, em razão de promover melhorias, dado o direito da propriedade como uma das virtudes dos direitos sociais, pois, o objetivo comporta as famílias, características de convívio familiar ao direito de solo, sem que haja qualquer alteração da propriedade para o seu uso comum.

Desta feita, sabe-se que há um princípio tradicional de outrora vigorando no Direito Civil, intitulado de “superficies solo cedit”, expressando o vínculo existente entre o solo e a superfície, caracterizando para as pessoas o direito de plantar ou de construir como sendo proprietário de solo.

E neste caso, enuncia o artigo 1.299 do Código Civil incluso à propriedade, já que o Direito de Superfície reporta excepcionalmente ao direito de estabelecer que “a propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidades úteis ao seu exercício”. Ou seja, consignando a norma cível assemelhada ao Estatuto da Cidade - Lei nº 10.257/2001, para quem a superfície, abrangente á todas essas peculiaridades, se incorpora ao direito de moradia aos já citados diplomas legais pertinentes.

Desse modo, sabe-se que o Instituto fora criado como meio garantidor do direito à moradia, pois, em sua originalidade, datada desde à época romana, tal garantia já era utilizada pelos governantes e a igreja, que detinham os padrões

sociais. E neste segmento, o Brasil expressou tal direito à atual legislação, como uma garantia dos anseios sociais, muito embora a mesma tenha sido excluída no final do século XIX, para quem a sua volta demandaria ser objeto de relevância legislativa no ano de 2001, já que antes, a lei tratava exclusivamente do Estatuto da Terra, limitando sua singularidade aos imóveis urbanos.

Dentro deste entendimento, a pesquisa inicialmente irá discorrer sobre o Instituto da Superfície e sua evolução brasileira oriunda do Direito Romano, diante do que expõem as leis nºs. 10.257/2001 - Estatuto da Cidade, e 10.406/2002 - novo Código Civil, abordando características inerentes ao tema em específico, eis que discutindo e divergindo pela doutrina atuante essas garantias em sede de racionalização do direito de solo, com forte impacto social para a população crescente no país.

Para os bons entendedores do nosso ordenamento jurídico, essa modalidade de moradia destinada ao direito de superfície, se justifica por corroborar com a derivação de direito de sobrelevação, ou ainda, do direito de laje, amplamente exercido em nosso meio social, ainda que carecido de expressividade, diante da escassez de legalização.

O que posteriormente reportará nosso estudo ao constituinte originário, posto o estabelecido para a função social da propriedade com previsão nos artigos 5º, inciso XXIII, e 6º, ressaltando a moradia como um dos direitos sociais, contextualizando assim, garantias acerca do uso do solo e subsolo enunciado pelos artigos 21 a 23 do Estatuto da Cidade e 1.225, inciso II do novo Código Civil, contextualizando o direito real de superfície.

Nesse aporte, ressalta o que expõe os artigos 1.369 a 1.377 do novo Código Civil tratando do Direito de Superfície em suas diretrizes e especificidades, fonte principal de nosso estudo em questão.

E que seguidamente, será também fundamentado que o Direito de Superfície, poderá ser definido como um direito real dada a condição do direito de moradia, ainda que separadamente do solo, mas, como propriedade deste ou de construção

relativa à sujeitos de uma relação denominados de concedente e superficiário, de acordo com a norma administrativa pública garantindo o direito de sobrelevação de superfície e a legislação abrangendo o direito de solo, de subsolo, e do espaço aéreo, compreendendo, essencialmente, esse teor.

No mesmo sentido, importa ainda acrescentar que a natureza da superfície rege-se dessas propriedades incidentes consumando o exercício do direito de solo sobre domínio de imóvel, característico das garantias condicionadas ao uso, gozo e disposição de habitação.

A bem da verdade se trata de um direito superficial, ainda que de gozar e fruir da coisa alheia, mas por certo tempo, por ser temporário, e para nele construir ou plantar, posto ser inaceitável sua perpetuação de utilização pelo ordenamento jurídico, consumando o seu uso por tempo determinado ou indeterminado.

Nesse meio termo, apesar da regra não ser absoluta, em razão da excepcionalidade da “superfície solo cedit”, antes expondo a permissão da separação do domínio sobre o construído ou plantado para com a propriedade, consumando assim, o direito real de superfície como direito legalmente cível. Por essa razão, reza a norma que o proprietário poderá usar e dispor desse direito de propriedade, mas, dentro dos limites acerca do direito real de superfície.

E é nesse sentido que o tema discorre sobre o uso da superfície, bem comum do povo, mediante as regras do Estatuto da Cidade e as normas do Direito Civil, em razão de sua natureza como bem de direito de moradia destinado às pessoas, ao convívio de solo de natureza urbana.

Neste ponto, busca-se comparar materializar a legislação pertinente ao direito amplamente exposto, considerando ser uma prática social já difundida e regularmente conhecida do legislador ordinário, quando assegura a segurança jurídica àqueles inerentes ao direito de superfície, próprio de moradia urbana.

Em sentido amplo, resta expressar o que vem determinando a jurisprudência dos tribunais superiores acerca dessa garantia de solo, e de que forma esse direito

tem assegurado mudanças no contexto social, já que as decisões fundamentadas ensejam relevâncias jurídicas no âmbito normativo do Direito Imobiliário, dada a sua utilização econômica e social para a população, atribuindo o Direito de Superfície através das regras e normas preconizadas do Estatuto da Cidade e do Código Civil.

Neste diapasão, a superfície atribui o seu papel de propriedade à função social, tomando-se como regra sobre o solo o Direito imobiliário, com o fim de evitar a chamada especulação imobiliária, possibilitando assim, a todos, um melhor aproveitamento da propriedade afetada às pessoas em sede de garantias sociais.

Faltando, somente a constituição da superfície atribuída ao direito do concedente e do superficiário, detentores da propriedade, posto que recíprocos em direitos e obrigações, não obstante a igualdade de direitos de usar, gozar e dispor do que é devido e do que couber por direito, dentro dos limites jurídicos negociáveis sobre a coisa juridicamente constitutiva construída.

No geral, se observam divergências nesses direitos, considerando a aquisição de solo, ser, ainda, um grande problema de solução pela pouca difusão ofertada pela doutrina civilista assegurando tal questão, ainda que tratando de direito de aquisição da propriedade para todo e qualquer cidadão. Nesse ponto as normas divergem, considerando uma maior abrangência da prevalência do direito de superfície pertinente às legislações.

Desta forma, com a edição do novo Código Civil em seus artigos 1.369 a 1.377, têm-se que este serviu de regulamentação sobre os imóveis urbanos, consignando a aquisição do direito superficial, ainda que temporário sobre o solo, mas, concluindo pela necessidade de se desfazer desta garantia de prazo certo e determinado de uso.

Por tudo isso, importa nosso estudo explorar a historicidade do Direito de Superfície, baseando-se na discussão da doutrina civilista confirmando a importância do Instituto, que se deu a partir do Direito Romano com suas peculiaridades fundamentadas no conceito de moradia, tamanha a relevância da pesquisa categorizada no Brasil, não obstante o regido pelo Estatuto da Cidade e o

novo Código Civil, em suas diretrizes da política urbana atendendo a função social da propriedade, com objetivos próprios de direitos atendendo a toda coletividade.

Conclui-se que, apesar da introdução do Direito de Superfície ter sua edição inserida apenas no ano de 2002, através do novo Código Civil, foi somente com a criação da Lei nº 10.257 de 2001, mudando esse conceito e essa concepção para a moradia, ao contextualizar o direito de solo como direito real de Superfície inserido na norma cível com esse fim.

Neste mesmo sentido, há de se consolidar os dispositivos constitutivos que abrangem ou extinguem tais direitos regulamentados inseridos pelas legislações vigentes, divergindo ou não sob os aspectos da superfície, mas, assegurando sua extrema relevância para o conhecimento da pesquisa no país, a qual atendendo amplamente para esta minha formação, em termos de “especialização”.

# **1 DIREITO DE SUPERFÍCIE: SURGIMENTO NO DIREITO ROMANO, CONCEITO, NATUREZA E EVOLUÇÃO, COMO MODELO DE INCLUSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

## **1.1 Fins e Aspectos Sociais**

De início, é sabido que há uma dimensão de discussões a despeito da origem e da historicidade do Direito de Superfície, o que não surpreende a doutrina brasileira, tanto pelo conceito quanto pelo seu conteúdo amplamente discutido em sua originalidade numa linha mais argumentada, posto que data da época romana essa criação para quem o governo e posteriormente a igreja, foram os precursores desses direitos das pessoas no convívio diário do trabalho e das famílias, sem acesso a mais nobre das causas: ter direito e posse de moradia.

Segundo relatos antigos, a superfície é criação do Instituto de origem romana, onde fontes e evidências comprovam, para a época, as necessidades da população cominada a permissão de construir em solo alheio, haja vista ser o próprio governo detentor de toda administração local consolidada dos bens públicos. O que para a maioria da coletividade era impossível ter acesso a todas as necessidades, dado o restrito interesse público para ter direito á moradia. Nesse tempo, até os próprios comerciantes viviam sob o poder do governo que detinham todos os poderes, inclusive, sobre o poder de solo que pertencia ao Estado. Com o passar dos anos, interesses entre particulares foram citados, surgindo a partir daí, o direito de solo ou de superfície, estabelecido entre partes através de um contrato. Criou-se, nesse intento, um direito real sobre a coisa alheia, caracterizado como de posse sobre a propriedade, que se sabe, desde a época clássica até a edição de hoje, categorizado como sendo necessário à função social da propriedade, eis que recepcionado pela norma cível vigente.

Com o tempo, permitiu-se atribuir ao direito de superfície algumas condições àquelas pessoas que construíssem em solo alheio. Passou-se então a ser permitido, que a construção fosse feita em apartado, separada do solo. Porém, de acordo com



os detentores desta condição à época romana, o direito de superfície somente visaria ser atribuído em termos de construção, e não em caso de plantação, não sendo permitida sua aplicação em solo alheio.

Conforme aponta Pinto (2000), ao argumentar que “o Instituto da Superfície surgiu no direito romano no período classificado como romano-helênico”, originário dos arrendamentos de longo prazo, valendo-se dizer, os “*locatio conductio rei*”, quando então passou a se admitir a possibilidade de coexistirem, separadamente, a propriedade do solo da propriedade das construções, “ainda que por força de direito temporário e resolúvel por parte do proprietário do imóvel, em favor de terceiro<sup>1</sup>”.

Em tese, a noção hoje de “direito de superfície”, apontada pelos governantes de outrora como “direito sobre o solo”, se iniciou como uma característica de ceder um direito de propriedade consoante o princípio de “*superficies solo cedit*”, pois, condicionava a tudo que se erguia sobre o solo uma pertença de direito ao proprietário deste, atribuindo assim, à propriedade em sua essência ilimitadamente.

Interessante acrescentar os argumentos de Gomes apud Batista (2011), no ano de 2011, ao afirmarem que:

[...] tudo quanto é incorporado permanentemente ao solo de modo que não se possa retirar sem destruição, modificação, fratura ou dano ou intencionalmente empregado ao imóvel pelo proprietário em sua exploração industrial, aformoseamento ou comodidade constitui parte integrante do bem principal, a mais importante consequência desse princípio é a de que as partes integrantes essenciais não podem ser objetos de propriedade distinta da que recai no bem principal<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> PINTO, Rosane Abreu Gonzalez. **O Direito real de superfície e a sistemática do novo código civil brasileiro**. V. 755. Revista dos Tribunais: maio de 2000.

<sup>2</sup> GOMES, Orlando apud BAPTISTA, Bruno de Albuquerque. **Direito Real de Superfície**, ano 2011. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2385>; Acesso em: 07 set. 2017.

E, portanto, sopesando que o que se ergue sobre o solo, sem alterá-lo ou modificá-lo, pertence a propriedade se integrando ao bem principal, não havendo distinção de parte integrante deste.

Segundo a doutrina de Teixeira (2004), pode-se afirmar que “os romanos passaram a conceber a propriedade, a fim de verificar que não tinham eles qualquer noção acerca de direitos, concebendo e tendo o entendimento apenas a respeito de coisas materiais”<sup>3</sup>. Melhor dizendo, em épocas tão remotas, eles não tinham entendimentos para discernir sobre coisas corpóreas, pois, o valor era representado naquilo que poderia ser tocado, sendo então apreendido, já que o interesse era de valor de troca distinto da coisa pelo direito que se entendia existir sobre ela.

**Em tempo, o direito real só fora consagrado como direito sobre coisa alheia na era clássica. Nesse tempo, somente se permitia a condição do direito de superfície às pessoas em condições de direito construindo em terreno alheio. Daí foi que se permitiu a construção de moradia sendo separada do solo, ainda que na época romana, o direito de superfície fosse somente aplicado como construção e nunca como plantação sobre o solo alheio.**

Destarte, importa afirmar que os romanos não tinham uma concepção acerca da função da propriedade, apenas detendo poderes sobre as coisas, já que estas englobavam os “potestas do pater familias”, e, evidentemente, tudo sendo subordinado a ele, no caso, a mulher, os filhos e todas as coisas, inclusive escravos.

Com o passar dos anos houve uma evolução no direito romano, tornando-se um Estado mercantilista, ocorrendo então o desmembramento desses poderes sobre as coisas, já que estas só tinham seu valor reconhecido quando concebidas de materialidade, usque, sob coisas materiais.

O que vigorou, de modo absoluto a regra clássica do “superfícies solo cedit”, onde tudo que fosse plantado ou edificado no solo integrava ao dono como

---

<sup>3</sup> TEIXEIRA, José Guilherme Braga. **Da propriedade, da superfície e das servidões. Arts. 1.277 a 1.389.** In: ARRUDA ALVIM, José Manuel de; ALVIM Thereza (orgs.) Comentários ao Código Civil Brasileiro. v. 12. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\* fonte dessas informações podem ser encontradas no livro "O direito real de superfície" de José Guilherme Braga Teixeira.

pertença, porém, sem a anuência de transferir seu objeto juntamente com ele. Uma época em que o poder absoluto imperava, pois, somente as coisas materiais tinham seu reconhecido valor, corroborando para em tempos, que esse caráter fosse abrandado, passando o domínio a ser limitado em sua essência, gerando consequências sobre o uso do solo, servidões e usufrutos.

Foi a partir deste segmento que se admitiu a existência das servidões e do usufruto admitido sobre o solo, em razão das limitações admitidas sobre a propriedade, tornando esse direito absoluto, como coisa perpétua “oponível erga omnes”, ocorrendo assim, a fruição, uso, gozo, e disposição como bem conviesse.

Criou-se com esse sentimento de propriedade, uma evolução social e econômica na era romana, em que situações de antes vivenciadas, não eram agora mais vistas impondo rigores absolutos, sendo atenuadas, pois fora criado o princípio do “iura in re aliena”, expressando nos termos da lei o “direito sobre coisas alheias”<sup>4</sup>.

Tratando-se de período romano, justifica Mazzei (2007), esclarecendo a autonomia do solo sobre coisas alheias, quando diz:

“(...) é no período do Direito Justiniano que o instituto veio a ganhar autonomia como direito real a partir da outorga, pelo pretor, ao superficiário, de mecanismos maiores de proteção de seu direito, tendo sido enquadrado entre os direitos sobre coisa alheia, mitigando-se, no particular, o clássico princípio superficies solo cedit”<sup>5</sup>.

E, portanto, considerando o direito de solo a pessoa do superficiário, como direito real sobre coisa alheia, por força do referido princípio criado para esse fim.

Destaca, ainda, o autor, que a figura do Direito de Superfície surgiu inicialmente no direito público, por ocasião das concessões à particulares para

---

<sup>4</sup> FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6ª edição. 2ª triagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

<sup>5</sup> MAZZEI, Rodrigo Reis. **O Direito de Superfície no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Programa de Estudos Pós-graduados em Ciências Sociais – PUC. São Paulo: 2007.

edificar o solo estatal e das cidades, mediante o pagamento de anuidade<sup>6</sup>. Primando assim, para o preço da evolução, pois, com a concessão, restava evidente que seriam custeadas pelos municípios, se estendendo a os terrenos de particulares.

Com o passar dos anos, diante da evolução social nos tempos, esse direito de superfície ganhou espaço institucionalizado com a criação das constituições legislativas, condicionando o direito de solo, de superfície, ou sobre coisa alheias, como característico de uma política urbanística, senão vejamos:

Tratou-se na primeira Constituição Mexicana, no ano de 1917, de uma inovação abolindo o conceito absoluto de propriedade privada no interesse público. Uma dimensão de caráter absoluto de direito social para o uso da propriedade, onde o detentor passou a ter direitos de usar, gozar e dispor da coisa, sem limites.

Nesse seguimento, não houve mudanças em termos de perda legal, dada a circunstância do direito de propriedade. Uma afirmação característica presente na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC) de 1789, em seu artigo 5º, incisos XXII e XXIII; art. 170, inciso III da Constituição Federal (CF), e artigos 1.225, inciso II e 1.369 a 1377 do Código Civil de 2002 (CC).

Importa expor a importância do surgimento da Declaração, pois, a partir da sua criação na França, a mesma impôs que: “toda a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos fundamentais, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição”. Ou seja, as garantias fundamentais constitucionais para com as pessoas, eram primordiais em relação aos seus direitos, sem a interrupção dos poderes por que ansiava a sociedade.

Com sua chegada ao Brasil, através da Constituição de 1988, o Direito de Superfície representa um novo marco na questão dos Direitos Sociais a todo cidadão, posto que assegure garantias ao direito de moradia, dentre outros disponíveis às pessoas convivendo socialmente.

---

<sup>6</sup> MAZZEI, Rodrigo Reis. **O Direito de Superfície no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Programa de Estudos Pós-graduados em Ciências Sociais – PUC. São Paulo: 2007.

Há de se ressaltar, no entanto, que a questão da igualdade social sempre fora recheada de empecilhos para ter direito e acesso a terra no Brasil, perdurando sempre a intransigência e o engajamento burocratizado dos poderes, quando se deveria repensar o desenvolvimento habitacional no País, quanto à questão de moradia votada para as pessoas em áreas urbanas.

Por outro lado, a Constituição de 1988 representou um avanço na política urbana, como forma de garantir o direito da propriedade e do solo sobre o uso da terra. Para isso, a lei que regulamenta o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), no âmbito da política urbana, expressada pelos artigos 182 e 183 da Constituição Federal, veio estabelecer diretrizes importantes para as famílias, que ressalto para o objeto da pesquisa na aplicação do conteúdo normativo, resguardando o Direito de Superfície para às pessoas, em sua integralidade.

Nestes termos, têm-se que a Constituição Federal e o Estatuto da Cidade praticam autonomamente ações descentralizadoras, assegurando ao Município a devida competência para ocupação do uso do solo condicionado às normas da política urbana. Restando a análise e aplicabilidade cível, abordando especificamente as regras do referido Estatuto, em meio às normas distintas abrangentes ao Código Civil.

## **1.2 Conceituação**

Muitos são os autores que distinguem e conceituam o Direito de Superfície em todas as suas formas, como um direito real previsível a todo cidadão, podendo variar de acordo com a norma regulamentadora, a depender do ordenamento jurídico de outros países, que assim o admitem. E nesse meio termo, alguns ordenamentos limitam esse poder de superfície, a depender da construção, se obra ou plantação sobre o solo, pois, compreendendo o limite, alguns admitem a legalidade, enquanto outros a proíbem.

O que se trata-se de direito sobre a coisa alheia, permitindo a nova lei, que o proprietário atribua a alguém à conservação de seu imóvel, por determinado prazo, mais ou menos longo, sem que o proprietário tenha o encargo de explorá-lo pessoalmente ou mantenha ali constante vigilância contra terceiros.(ZANIN, 2007)<sup>7</sup>.

Neste mesmo sentido, destacam-se outros autores conceituando o Direito de Superfície, adiante opinando:

Washington de Barros Monteiro (2003): "consiste no direito construir, assentar qualquer obra, ou de plantar em solo de outrem<sup>8</sup>".

Wilson de Souza Campos Batalha (1953): "o direito de superfície consiste no direito real de ter plantações (plantatio), fazer sementeiras (satio) ou construir edifícios (inaedificatio) em terreno de propriedade alheia<sup>9</sup>".

Orlando Gomes (2002): "Superfície é o direito real de ter uma construção ou plantação em solo alheio<sup>10</sup>".

E, portanto, constituindo-se no conceito do Direito real de Superfície, pois, é direito autônomo, de construção, de plantação, em solo alheio, muito embora não inscrito como direitos reais em coisa alheia, como ensina Faria apud Rosenvald (2009)<sup>11</sup>, argumentando quando ao Direito de Superfície como direito real sobre coisa alheia, citando:

“Em virtude da omissão do Estatuto da Cidade e do Código Civil quanto à natureza jurídica do modelo, repercute-se na doutrina uma polêmica. Seria o direito real de superfície uma verdadeira propriedade ou um direito real em coisa alheia? A resposta é: ambos.

---

<sup>7</sup> ZANIN, Jorge Luiz. **Superfície: um novo/velho direito real. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2007. Disponível em: < [http://www.editoraforense.com.br/Atualida/Artigos\\_DC/superficie.htm](http://www.editoraforense.com.br/Atualida/Artigos_DC/superficie.htm)>. Acesso em: 12 set. 2017.**

<sup>8</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2003. 37. ed.

<sup>9</sup> BATALHA, Wilson De Souza Campos. **Loteamentos e condomínios**, t. 2. São Paulo: Max Limonad, 1953.

<sup>10</sup> GOMES, Orlando apud BAPTISTA, Bruno de Albuquerque. **Direito Real de Superfície**, ano 2011. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2385>; Acesso em: 07 set. 2017.

<sup>11</sup> FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6ª edição. 2ª triagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

O direito de superfície é um direito real sobre coisa alheia (lote ou gleba), pois sua formação resulta de uma concessão do titular da propriedade para fins de futura edificação (sobre ou sob o solo) ou plantação, que, quando concretizada pelo superficiário (cessionário), converterá o direito inicialmente incorpóreo, em um bem materialmente autônomo à propriedade do solo do concedente”.

Ou seja, ambas as condições recaem no conceito concreto do Direito de Superfície, caracterizando como direito real sobre coisa alheia.

Importante o conceito do doutrinador Loureiro (2004), quanto ao conteúdo do instituto por ele definido:

“A superfície é um direito real, fixado por tempo determinado ou indeterminado, que confere ao superficiário a propriedade da construção ou plantação, ainda que em caráter resolúvel, gratuito ou mediante o pagamento de uma pensão periódica e que pode ser transmitido por ato entre vivos ou causa mortis<sup>12</sup>”.

Por sua vez, assevera Ascensão (1978), conceituando o seguinte:

“A superfície pode ser simplesmente definida como o **direito real de ter a coisa própria incorporada em terreno alheio**. Isto basta para distinguir a superfície de qualquer outro direito real e para englobar todas as modalidades previstas<sup>13</sup> (grifo nosso)”.

Logo, confirmando o direito real sobre coisa alheia, distinguindo da superfície, por se ela incorporada a terreno alheio.

Assim, importante esta observação, já que suficiente para dispensar um estudo diferenciado sobre o Direito de Superfície, possibilitando alguma modalidade diferente do direito real de uso.

Para Pereira (2014, p. 218) “o ‘direito de superfície’ é um desses institutos que os sistemas jurídicos modernos retiram das cinzas do passado, quando não

---

<sup>12</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Direitos reais à luz do Código Civil e do direito registral**. São Paulo: Método, 2004

<sup>13</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito de Superfície Agrícola. **Revista de Direito Civil: Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, a. 2, 1978.

encontram fórmulas novas para disciplina relações jurídicas impostas pelas necessidades econômicas ou sociais<sup>14</sup>.

E o que dizer da doutrina de Diniz (2011, p. 485), ao conceituar o Direito de Superfície como um direito de uso de terreno por interesse público, particular e social, como sendo:

Concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, onerosa ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins de urbanização, industrialização, edificação, cultivo de terra ou outra utilização de interesse social<sup>15</sup>.

Questões relacionadas a conceituação do Direito de Superfície, divergem no quesito “direito real” e “direito sobre a coisa alheia”, mas, em síntese, subtende-se que ambas denotam indistintamente os mesmos argumentos e denominadores comuns. O fato é que, da relação que se afirma ser um direito de propriedade, se confirma que é um direito de solo, sobre a propriedade de outrem, e ainda, sobre a coisa alheia, não divergindo de outros interesses.

### 1.3 Natureza Jurídica

Neste item, importa demonstrar a natureza jurídica do direito de superfície, eis que suas regras e normas se encontram dispostas no Estatuto das Cidades e no novo Código Civil vigente, já que têm finalidades distintas regulando a política urbanística como função de interesse social urbano, como forma de conferir sustentabilidade e condições de moradia digna a todo cidadão, sendo um instrumento de direito da propriedade para satisfação dessas necessidades.

No contexto, é fato e notório, parte da doutrina afirmar que se trata de um direito real sobre coisa alheia, e outra parte que somente condiz a um direito sobre

---

<sup>14</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol IV – 22ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 218-222.

<sup>15</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. 26ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 485.



propriedade. O que não nos parece real, já que subentende-se que há uma cisão sobre os casos. Para tanto, a pessoa do superficiário é a mesma que adquire a propriedade, a construção, ou a plantação. Já o proprietário do solo, é aquele que mantém a titularidade sobre a coisa, e, portanto, não necessitando de desdobramento para a superfície e o solo, cada um com sua propriedade autonomamente.

Autores como Ricardo Pereira Lira, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald sustentam que o direito de superfície é tanto um direito real sobre coisa alheia, como um direito de propriedade<sup>16</sup>. Dizem eles, que é um direito real sobre coisa alheia, pois, sua formação concede ao titular da propriedade uma cessão ou plantação da área de solo, que por sua vez detém ao superficiário, essa propriedade incorporada.

Por outro lado, trata-se também de um direito em que a propriedade contemplará as finalidades de uso, gozo e fruição, cominando com mesma característica de antes, como sendo de cisão, resultando indiretamente em outra propriedade, mas, frisando que a da superfície independe daquela por ser diferente da do solo.

Nesse meio termo se fazer uma análise geral do direito de superfície, obsta sentidos contrários, por entender que num primeiro momento, o proprietário concede a uma terceira pessoa, o superficiário, a propriedade das construções e plantações a ser realizada em solo alheio, e em outro momento, este não detém toda a propriedade, mas apenas o direito de solo e a posse sobre este.

Juridicamente, o Direito de Superfície se encontra previsto no art. 1.369 e seu parágrafo único do novo Código Civil de 2002, assim preceituado, "in verbis":

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 Registro de Imóveis. Parágrafo único. O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.

---

<sup>16</sup> FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6ª edição. 2ª triagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

O que é pertinente o entendimento acerca do proprietário construindo sobre a superfície, confirmando o direito de propriedade como um direito real previsto na lei.

Para todos os efeitos, considera-se o direito de propriedade um direito complexo, embora unipessoal, pois, demanda direitos consubstanciados no uso, gozo, disposição e fruição reivindicando a coisa como objeto da propriedade.

No mesmo sentido, e aqui, tratando-se de outra forma de aquisição, têm-se a acessão, que se deriva, também, de outra forma de aquisição da propriedade, cominada a prerrogativa de direito pertencente ao proprietário por unir tudo que se incorpora ao bem adquirido. Caracteriza-se pela união de coisas indissolúveis, como um conjunto, não sendo tal parte autônoma ou que se subordine a alguma outra da mesma propriedade, cominado ao ordenamento jurídico a sua legalização.

Neste entendimento, demanda ser a natureza jurídica da superfície, segundo Diniz (2011), o direito real de fruição sobre coisa alheia, que não atinge a propriedade do dono do solo, por afastar a acessão<sup>17</sup>. Nela tem-se o proprietário de solo, indireto, e o superficiário, o possuidor direto, por direito de construir no terreno de outrem, conforme define a autora, em sentido amplo:

[...] direito real de fruição sobre coisa alheia, visto que não atinge a propriedade do dono do solo, por afastar a acessão, consagrada no art. 1.253 do Código Civil, pelo qual tudo que se acrescentar ao solo deverá pertencer ao seu proprietário (superfícies solo cedit). Sendo a superfície exceção ao princípio de que o acessório acompanha o principal, pois a lei concede ao superficiário um direito real sobre construção ou plantação feita em terreno alheio, utilizando sua superfície. Onde se tem: direito de propriedade do solo, cujo titular é o fundeio, que por ser também possuidor indireto; direito de plantar ou de construir do superficiário (possuidor direto) e o direito de preferência recíproco, ou seja, do fundeio (concedente) e do superficiário.

Mencionando ainda a autora, Diniz (2011, p. 485), que a propriedade do solo, que é a do fundeio, é uma propriedade da plantação e da obra construída, do superficiário, durante a vigência do contrato. E, portanto, um direito real derivado da coisa incorporada em solo alheio.

---

<sup>17</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. 26ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 485.

De outra forma, ainda destaca a autora, que o direito de superfície “é um direito de posse sobre plantações e construções, separado do domínio do solo, por ser, na verdade, um direito real de construir ou plantar em terreno de outrem”<sup>18</sup>.

Por isto, compreende uma relação do solo e do bem incorporado ao direito de superfície, podendo-se dizer que o mesmo nasce quando há o concedimento da propriedade a outrem construindo em terreno alheio, mediante registro por tempo determinado, nos termos da lei.

#### 1.4 Evolução Histórica

Por certo, sabe-se que o direito de superfície na Roma antiga, daí sua insurgência no antigo Direito romano; De início, perdurava o princípio da associação estreita entre o solo e a superfície. Já que ambos faziam parte da mesma coisa, tornou-se a expressão que o direito de superfície seguia o solo, o seguinte termo latino “superficies solo cedit”. Dessa incorporação vigorando em Roma de modo absoluto, essa regra tinha por força que tudo que fosse acrescido ao solo, integrava-o, pertencendo ao seu dono e não sendo objeto de transferência senão com ele.

Nesse âmbito de incorporação, Rizzardo (2006), aduz que “isto significava que quem fosse dono do solo seria também dono de tudo aquilo que se erguesse ou existisse sobre ele, pois se considerava a superfície uma parte do solo, intimamente a ele ligado, não se viabilizando a transferência de um elemento sem outro”<sup>19</sup>.

A bem da verdade, naquela ocasião, o surgimento do direito de superfície decorreu da necessidade de se permitir construir em solo alheio, ainda que a construção fosse sobre bens privados, também incidia sobre bens públicos.

---

<sup>18</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>19</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas** (De acordo com a Lei nº 10.406, de 10.01.2002), 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

Com o tempo, o Direito de Superfície passou a ser consagrado como um direito que não se seguia ao solo, e que somente mais tarde, já no período pós-clássico, é que passou a fazer parte de um preceito de direito.

A partir do Direito Justiniano, passada as razões formais do sistema clássico, foi que a pessoa do superficiário passou a ser considerada “proprietário”, sendo este detentor acionário da tutela de domínio. A superfície, naquela época, surgiria como entidade autônoma distinta do solo e suscetível de propriedade separada. o princípio “superficies solo cedit” continuaria vigente no Direito de Justiniano, passando, porém, a ser plenamente derogável<sup>20</sup> (BIONDI, 1938).

Assim, no Direito Romano citado, se permitia o Direito de Superfície, a quem construísse em solo alheio, admitindo-se que ele, o superficiário, construísse em área separada do solo. Para a época, esse direito apenas permitia e era atribuído somente à construção, não se aplicando à plantação em solo alheio.

Interessante expor o que admite a doutrina portuguesa sobre o Direito de Superfície, conforme opina Gonçalves (1958), esclarecendo que, naquele país, o sentido da palavra “superfícies” não coincide com o sentido geométrico. Seu significado seria “aquilo que sobre o solo se fez”, referindo-se aos objetos e não ao terreno<sup>21</sup>. Uma concessão da superfície, que tinha como regra caráter perpétuo, transmissível à família do superficiário, justamente pela aplicação do Direito português em nossas terras, introduzindo o Direito de Superfície no Brasil, justificando a sua legalidade a ser adquirida isolada do solo.

De outro lado, segundo Batalha (1953), “o direito de superfície, embora não assim designado, era regulado pelo direito antigo, e sim, pela Lei pombalina de 9 de julho de 1773, §§ 11, 17 e 26, em relação a construções, árvores e plantações<sup>22</sup>”

---

<sup>20</sup> BIONDI, Biondo. **La Categoria Romana delle Servitutes**. Milano: Società Editrice Vita e Pensiero, 1938.

<sup>21</sup> GONÇALVES, Luiz Da Cunha. **Tratado de Direito Civil**. 2. ed. vol. 9, São Paulo: Max Limonad, 1958.

<sup>22</sup> BATALHA, Wilson De Souza Campos. **Loteamentos e condomínios**, t. 2. São Paulo: Max Limonad, 1953.

Já Pereira (1977), opina que tal instituto, do antigo Direito das Coisas brasileiro, “se constituía com a colocação no solo alheio do objeto do direito real autônomo de construir e plantar. Lembrando ser o direito real, aquele que “afeta a coisa direta e imediatamente sob todos ou certos aspectos, e a segue em poder de quem quer que a detenha”<sup>23</sup>”.

Séculos depois, o Direito de Superfície subsistiu no Brasil Imperial até o advento da Lei nº 1.237/1864, que o suprimiu do nosso Direito, uma vez que não fora mencionado entre os direitos reais a permanecer em vigor.

Daí por diante, fora instituído em outros países, sendo ou não aceitos diante das normas legais de cada um deles, como forma de manter a propriedade feudal, como foi o caso do Código Civil alemão em 1900, prescrevendo gravar um imóvel para com àquele de direito alienável e transmissível aos herdeiros, em termos de uma construção sobre o solo, ampliando no ano de 1919 a superfície, como um direito de edificação sobre o solo alheio.

Nesse período, mediante a reforma civilista, o legislador ordinário deixou de incluir tal direito no rol dos direitos reais, incluso ao art. 674 do Código Civil de 1916.

## **1.5 Função Social**

Nesse item, têm-se que as normas da função social são plenamente aplicáveis ao sujeito de direito de superfície, de acordo com o artigo 182 da Constituição Federal, bem como no art. 21 do Estatuto da Cidade.

De grosso modo, a presença do mesmo no ordenamento jurídico atual representa uma exigência jurídica às normas sociais. O direito adquire assim, uma característica de direito real autônomo mediante o uso do solo, com o intuito de

---

<sup>23</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Rio, 1977. 2v.

solucionar o problema da falta de moradia ao cidadão cominado ao não aproveitamento do solo urbano, atendendo à função social da propriedade.

Afirma-se, portanto, que a superfície carece de utilidade econômica e social, pois, não demanda perpetuidade. Auxilia na crise habitacional, prezando pelo incentivo das pessoas ante a função social, reduzindo assim, o déficit habitacional.

Demonstra tal instituto ser benéfico à toda coletividade, posto que atendendo referido principio a função social da propriedade, atenderá benefícios de moradia às pessoas, caracterizando incentivos já utilizados por outras legislações estrangeiras.

Em tempos, a superfície é uma propriedade contida em outra e constituída com um fim social, perfazendo uma utilidade de direito de solo e de superfície, de forma individual ou coletiva. E que se entende por função social da propriedade que todo proprietário tem como dever à destinação dos bens que lhe pertencem. E que deixando de cumpri-los, poderá haver a expropriação legítima dos mesmos.

## **2 O INSTITUTO DA SUPERFÍCIE APLICÁVEL ÀS LEIS Nºs. 10.257/01 – ESTATUTO DA CIDADE, E 10.406/02 – CÓDIGO CIVIL, COMO NORMA ADMINISTRATIVA PÚBLICA DE SOBRELEVAÇÃO DE PROPRIEDADE**

A constituição do Direito de Superfície tem por efeito a suspensão ou a interrupção da incidência da regra da acessão, surgindo, então, a propriedade superficiária separada.

Discorre o artigo 79 do novo Código Civil, aplicando a regra da acessão, em que a coisa móvel torna-se imóvel pela incorporação ao solo, caracterizando um único bem. Assim, mesmo quando a construção ou plantação não pertence ao proprietário, a acessão tem plena incidência. No caso, ele passa a ter a outra propriedade acedida, pois, quem tem preferência sobre o outro é o proprietário do solo, como se atem as regras da aquisição por força da acessão artificial, diante dos artigos 1.253 a 1.259 do novo Código Civil, consoante os critérios de comparação sobre as coisas e na boa-fé do proprietário das construções ou plantações.

### **2.1 Evolução para o Termo “Propriedade”**

Em se tratando da evolução da propriedade, dizemos que a mesma foi se a moldando juridicamente à essa concepção. O termo foi-se aplicando em decorrência do abuso de direito regrado à limitações negativas e imposições, deveres e ônus, até findar com a sua concepção como função social. Esses direitos passaram então a ser limitados, junto com os interesses públicos da função social, sobre o privado.

Importante expressar Tepedino (2004, p. 317)<sup>24</sup>, ao dizer que “a disciplina da propriedade é concebida, assim, no âmbito da política fundiária, considerando a

---

<sup>24</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 316-318.

programação e o planejamento da utilização do solo urbano e rural, o que define os deveres do Estado e dos particulares titulares”.

No mesmo sentido, Silva (2006, p. 77)<sup>25</sup>, ao dizer que “o direito de propriedade não pode mais ser tido como um direito individual, pois, a inserção do princípio da função social modifica a sua natureza”.

Desta feita, a função social será cumprida, quando atender aos mais diversos critérios elencados no artigo 186 da Constituição Federal, não obstante o aproveitamento racional, utilização adequada, legislação sobre a observância do proprietário no atendimento da função social, exigências fundamentais da política urbana atendendo a população, de acordo com o plano diretor das cidades, conforme o preceito de lei preconizado no artigo 182, § 2º, da Constituição em vigor.

## 2.2 A Propriedade: Normas de Direito

Conforme dito, o direito de propriedade está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948<sup>26</sup> em seu artigo 17; na Constituição Federal, em seus artigos 5º, incisos XXII e XXIII, e 170 da Constituição Federal, inserido neste último a função social da propriedade; e no art. 1.228 do novo Código Civil, quanto ao uso, gozo e disposição da propriedade.

Na questão jurídica, a propriedade tem um sentido amplo, significa apropriação por parte do indivíduo de um bem qualquer, seja corpóreo ou incorpóreo<sup>27</sup> (AVVAD, 2009, P. 65).

---

<sup>25</sup> SILVA, José Afonso. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 4ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 72-77.

<sup>26</sup> **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2017.

<sup>27</sup> AVVAD, Pedro Elias. *Direito Imobiliário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 65.



Neste sentido, de forma clássica, a propriedade engloba os direitos de usar, gozar e dispor do bem, além de poder reavê-lo de quem injustamente o possua ou o detenha, conforme preconiza o citado artigo 182 do Código Civil, como um direito absoluto e perpétuo, ressaltando o direito como individual de antes humanizado da herança de concepções das Revoluções Francesa e Americana.

Hoje, sabe-se que a propriedade não é absoluta, como aponta o ilustre doutrinador José Afonso da Silva, enunciando o direito de propriedade como uma relação entre um sujeito ativo e um sujeito passivo universal, onde figura o direito da coletividade. O sujeito ativo, ao exercer seu direito, tem o dever de respeitar o direito da coletividade pelo qual o seu é limitado, abstraindo-se de violá-lo<sup>28</sup> (SILVA, 2006, p. 71).

No contexto, o Direito de propriedade, condicionado à moradia urbana, é a regra de direito urbanístico, na qual se busca propiciar direito à habitação, de acordo com as funções sociais da cidade elencadas no artigo 182 da Constituição Federal (BRASIL, CF, 1988).<sup>29</sup>

Os direitos, a princípio, inerentes à propriedade, que podem ser transferidos a terceiros sem que se desconstitua a sua condição jurídica de titularidade, são: o direito de usar “ius utendi”, em que o proprietário pode reservar para si ou concedê-lo a outrem; o direito de gozar “ius fruendi”, que se realiza pela aquisição dos frutos naturais ou civis; o direito de dispor “ius abutendi”, a contenção da coisa em sua disposição material; e, ainda, o direito de reaver a coisa, “rei vindicatio”, o poder que se exerce pelo titular, no caso em que a coisa seja tomada de si injustamente<sup>30</sup> (BRASIL, CC, 2002).

---

<sup>28</sup> SILVA, José Afonso. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 4ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 72-77.

<sup>29</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L1988.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1988.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2017

<sup>30</sup> \_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm#art2045](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045)>. Acesso: 27 out. 2017.

Para Tepedino (2004, p. 318), a propriedade pode ser analisada “no aspecto interno, quanto aos direitos de usar, fruir e dispor; quanto ao aspecto externo, aos direitos do nu proprietário de garantir seu exercício através da oponibilidade, serventia e direito de sequela<sup>31</sup>”.

E complementa, atribuindo o seu uso á função social, como um fator de proteção e justiça social, que inclui:

A propriedade com a sua função social, as limitações do solo urbano e as restrições ao domínio, dão um novo conteúdo ao proprietário, 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 o seu direito livremente, sem intervenção estatal. Ao contrário, todo o conteúdo do direito subjetivo de propriedade encontra-se redesenhado.

No texto, como a proteção em si não está conforme os ditames cíveis e constitucionais, ela somente é tutelada quando efetivada de valores existenciais, idealizadores da justiça social.

Para o direito à propriedade em comum, o mesmo consiste em retirar ao máximo da coisa, a sua utilidade jurídica, entende-se que a propriedade é una, via de regra, sendo a limitação, a restrição quanto aos direitos de uso, gozo ou fruição, em sua excepcionalidade.

Nestes termos, o direito de propriedade inserido constitucionalmente, nos revela ser um fator intervencionista nos direitos individuais para tutelar os direitos coletivos. Não deve ser vista, a propriedade em sua forma abstrata de antes, já que se poderia dispor da coisa de forma absoluta e concreta, sendo as limitações estabelecidas caso a caso, doravante a necessidade social, levando-se em conta todas as características do imóvel a ser construído. Dessa relação, irá depender o conteúdo dos interesses de extra proprietário, os quais regulados no âmbito da

---

<sup>31</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 316-318.

relação jurídica da propriedade, e porquanto, igualmente o conceito de função social será apreciado caso a caso, já que flexível, mas sempre respeitando os preceitos constitucionais.

Decerto, no Brasil, o termo “propriedade” tem uma correlação com a função social, já que fundamentada na ordem econômica do país, integrando o rol dos direitos fundamentais. E que o princípio da função social deve instrumentalizar o inciso inserido nas garantias constitucionais do direito de propriedade, criando parâmetros de interpretação doutrinária por todo o ordenamento jurídico brasileiro.

### **2.3 A Norma Cível e Demais Legislações Regendo a Superfície à Propriedade**

Destarte, sabiamente o Estatuto da Cidade, instituído pela Lei nº 10.257/2001<sup>32</sup> fora criado, com o intuito de também disciplinar o Direito de Superfície, eis que expressando o Instituto em seus artigos 21 a 24 do já citado Estatuto. Para tanto, é utilizado como um dos instrumentos gerais da política urbana, à concessão de direito real de uso de solo e a transferência do direito de construir pelo seu autor.

Neste mesmo condão compreendendo a propriedade, o Código Civil apresenta uma relação distinta, porém, com algumas nuances, expondo mais adiante.

Dispõe o artigo 21 do Estatuto<sup>33</sup> e seus parágrafos seguintes, a saber:

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.

---

<sup>32</sup> **Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2017.

<sup>33</sup> **Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2017.

§ 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.

§ 2º A concessão do direito de superfície poderá ser gratuita ou onerosa.

§ 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,

O que, salvo disposição em contrário, o proprietário atua para com o terceiro dispondo dos seus bens, poderes e instrumentos para o fim proposto, para quem está legitimada a atuar: a coletividade.

No geral, expõe a doutrina há garantia do direito de propriedade, se esta estiver vinculada ao exercício de sua função social, Trata-se da “razão de ser do direito, um sistema de solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa” (PERLINGIERI, 1900, p. 226), citando:

[...] 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<sup>34</sup>.

Neste escopo, a função social da propriedade integra o conceito jurídico promovendo valores sociais e criando interpretações estruturais na sua interioridade.

Segundo França (1999)<sup>35</sup>, a função social da propriedade não pode ser confundida com mera limitação administrativa (Direito Civil), já que não é condição para o exercício de direito, tratando-se do próprio dever de exercitar o direito de propriedade.

---

<sup>34</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. Tradução. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 226.

<sup>35</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Perfil constitucional da função social da propriedade. Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=676>>. Acesso em: 17 out. 2017.

Por outro lado, ao ser elaborado, o Código Civil discutiu a introdução do instituto do direito de superfície como direito à propriedade, com o intuito de reformular o direito das coisas, no sentido de uma decisão sobre concessão por meio do contrato de arrendamento. A partir daí, em razão do inserido ao novo Código Civil, promulgou-se o Decreto-Lei nº 271/67, que previa o direito de superfície em seu artigo 7º. Como um instrumento da função social. Dessa monta, enquanto o Projeto do Código tramitava no Congresso, o país estimulava o direito urbanístico, sendo o direito de superfície discutido noutro contexto, mas, como um instrumento de aproveitamento do espaço urbano através do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), que previa o Direito de Superfície em seus artigos 21 a 24 já citados.

Interessante os comentários de Gondinho (2000, p. 397), ao conectar a função social da propriedade com as necessidades humanas, sendo elas materiais ou pessoais, descrevendo:

Em que pese à autoridade do ilustre doutrinador, 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<sup>36</sup>.

Nesse diapasão, será de funcionalidade social a propriedade que, respeitando a dignidade da pessoa humana, contribui para o seu desenvolvimento e de toda nação, como visto, para a diminuição da pobreza e da desigualdade social do país,

Em igual contexto, incube ao direito de superfície o atendimento da função social em meio às leis expressas vigentes, muito embora sendo ainda sua aplicabilidade regularmente assegurada de grande discussão pela doutrina abrangente decidindo a legalidade de tão delicado assunto.

---

<sup>36</sup> GONDINHO, André Osório. **Função social da propriedade**. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Problemas de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 397 et seq.

Que compreende a sua relevância opinada pelo grande doutrinador Gomes apud Almeida (2002), ao descrever que o Estatuto da Cidade é “instrumento de política de desenvolvimento urbano. Os princípios da especialidade e da vedação do retrocesso mantêm híidas as disposições do Estatuto, não sendo, por isso mesmo revogada pelo Código Civil, cujas regras, a propósito, vêm estatuídas em seus artigos 1.369 e seguintes.”.

Considerando o lógico raciocínio do autor, concluindo pela vigência da lei 10.257/01<sup>37</sup>, pois que ambas as legislações, o Código Civil e o Estatuto da Cidade, estão em regime de coabitação.

Importante se ater, neste mesmo sentido, o entendimento 93 proferido pelo Conselho Nacional de Justiça - I Jornada de Direito Civil, adiante citado:

Art. 1.369: As normas previstas no Código Civil sobre direito de superfície não revogam as relativas a direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano”.

Desta feita, enquanto o Estatuto regula a disciplina urbanística, visando promover a função social, o Código Civil induz o direito de superfície como um instrumento destinado a atender interesses e necessidades privadas. Neste contexto, a lei geral – EC, não derroga a lei especial - CC.

No contexto, será socialmente funcional àquela propriedade que, respeitando a dignidade das pessoas, contribui para o seu desenvolvimento, racionalizando a diminuição da pobreza e, assegurando um processo de desigualdade social. Nestes termos, os direitos de patrimônio se adequam à nova realidade, sendo, portanto, instrumentos existenciais e de valores para com a coletividade ao viés da dignidade.

Para complementar, importante expor, adiante, o que outrora a doutrina já havia proclamado como direito à moradia digna - direito fundamental individual.

---

<sup>37</sup> \_\_\_\_\_. **Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2017.

É o que assunta a doutrina de Lira (1991, p. 81), em seu estudo sobre o direito de habitar à propriedade:

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<sup>38</sup>.

Nesse mesmo entendimento, Perlingieri (1999, p. 98)<sup>39</sup>, assevera que “o direito à moradia tem duas acepções diferentes. Uma conotação quando se tem em foco as relações econômicas e outra evidenciando o aspecto da tutela da pessoa. E cita:

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.

Assim, no sentido de densificar o direito de moradia, sob o aspecto da tutela da personalidade, vige a Lei Federal nº. 10.257/2001, auto denominada de Estatuto da Cidade, que trouxe para as metas do setor urbanístico, os instrumentos de política urbana, tais quais o direito de superfície. Contribuindo assim, para o desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

Nesses termos, a finalidade do instituto inserido no Direito das Coisas, aduz ai um melhor aproveitamento do solo urbano, como acrescenta Osório (2003, p; 174):

---

<sup>38</sup> LIRA, Ricardo Pereira. *Direito à habitação e direito de propriedade*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 81.

<sup>39</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 198

[...] este instrumento é também um aliado aos esforços para efetivar o cumprimento da função social da propriedade, já que, 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. O poder público, por sua vez, poderá, 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. No caso da função social do imóvel ser a 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.<sup>40</sup>

Assim,, subtende-se que a norma cível prevalece regulamentando os direitos reais constitucionais, dentro do direito das coisas, tendo em vista a política urbana em prol do aspecto urbano frente às cidades.

Nesse interim, é sabido que o desafio dos mestres civilistas demanda por construir um sistema que viabilize, de vez, a efetividade do princípio da função social da propriedade, destacando-se como prioridade o direito de moradia, posto ser o mesmo um dos mandamentos garantidores dos fundamentos constitucionais consignado ao direito de superfície pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Em suma, vigora o Código Civil por seu caráter maior à aplicação do Estatuto da Cidade, uma vez que as normas coexistem utilizando-se o critério da especialidade. Devendo-se recorrer ao Estatuto, quando o assunto visa à função urbana, e posteriormente ao Código Civil, quanto à matéria sobre o Direito de Superfície, pois que o Código Civil é a regra geral consignada aos direitos reais.

### *2.3.1 Direitos e Deveres para com o Concedente e o Superficiário*

Ressalte-se, um dos direitos e deveres externados ao concedente e ao concessionário, decorrentes da relação superficiária, devem ser exercidos conforme

---

<sup>40</sup> 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, 2003, p.174.



o acordado em contrato. Convém a estes, no âmbito da liberdade de contratar, o estabelecimento das obrigações entre os sujeitos dessa relação, fruto decorrente e natural do princípio da autonomia da vontade entre as partes, ou conforme fora estabelecido para em caso de testamento, desde que estes vínculos não atentem contra a ordem pública, a prática dos bons costumes e os princípios da relação superficiária.

Para a ordem pública, ressalte-se que esses direitos e deveres sejam verídicos e pessoais, característicos e explicitados no documento público que constituir o direito de superfície, não descaracterizando que hajam direitos e deveres implícitos aos casos, pois, são de caráter geral da teoria do direito de superfície, posto serem incidentais à omissão contratual ou testamentária, desta feita, sob as regras e normas do princípio da função social da propriedade, insculpido no Estatuto da Cidade e na seara cível, mormente aos aspectos da função social do contrato, inscrito ao direito social de moradia.

Para todos os efeitos, são destinados às pessoas do concedente, proprietário do subsolo, do espaço aéreo e na parte remanescente do solo de sua propriedade; e do superficiário, aquela pessoa que detém a superfície e assumirá todos os encargos que incidam sobre o imóvel, desde o momento da posse plena até findar o contrato, assim como, proporcionalmente à parcela de ocupação efetiva com os demais encargos e tributos a ele proporcionado, sobre a área objeto da concessão do direito de superfície.

#### 2.3.1.1 Direitos

Como dito, são direitos do concedente ser proprietário do subsolo, do espaço aéreo e na parte remanescente do solo de sua propriedade, desde que a garantia não exorbite em atos impeditivos ou prejudiciais à concretização do seu direito, que

consiste no objeto da superfície da relação concessionário-superficiário<sup>41</sup>. Ademais, rege-se adiante alguns destes direitos e deveres consignados aos mesmos:

. Expressa a norma que no direito de superfície temporária, o proprietário tem direito à reversão.;

. Constitui direito de preferência ao proprietário, em igualdade de condições com terceiros, em caso de venda ou dação em pagamento do direito de superfície, que este deve se estender ao direito de construir ou de plantar, e ainda, em caso de propriedade superficiária;

. O concedente tem direito de propor a resolução do direito de superfície antes do advento do termo, se contrato temporário;

. O mesmo pode transferir o direito de superfície para os casos *inter vivos* ou *causa mortis*, ou mesmo sobre a coisa superficiária, em razão da concessão para realização de construção ou plantação;

. Pode o concedente hipotecar o direito de superfície de maneira ampla, bem como constituindo sobre a propriedade superficiária ônus reais, apenas se extinguindo com o termo contratual, não obstante a legalidade de direitos reais de garantia, como nos casos de hipoteca e anticrese.

De outra banda, quando aos direitos do superficiário, destaque-se o direito de uso e gozo do solo alheio ante a propriedade da coisa superficiária, considerando como relativo o seu direito de superfície em termos de construir ou plantar em solo alheio, atendendo a destinação adequada de fruir da coisa alheia.

Importante acrescentar, aqui, que o superficiário, além do direito de usar, fruir e dispor da coisa, objeto da superfície, alude, também, aos direitos de:

- . onerar a construção ou a plantação;
- . a transmissão *inter vivos* (sem pagamento ao proprietário) e transferência *causa mortis*;
- . a preferência na aquisição do domínio; e

---

<sup>41</sup> TORRES, Marcos Alcino Azevedo. **Direito de Superfície**. Disponível em: <<http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/diversos/malcino.html>>. Ano 2016. Acesso : 05 nov. 2017.

. em caso de desapropriação, receber sua parte na indenização.

### 2.3.1.2 Deveres

Importante enunciar, adiante, alguns dos deveres do concedente e do superficiário, segundo aponta Torres (2008)<sup>42</sup> para com o direito de superfície:

. De início, importante saber que em caso de concessão onerosa, as partes devem ajustar o pagamento de uma pensão superficiária, devendo esta ser entregue ao concedente;

. Em caso de obrigação, se não cumprida, dá ensejo à resolução do direito de superfície, retirando o direito de construir ou de plantar, e ainda, de exercer o direito sobre a propriedade superficiária, conforme o acordado contratualmente;

. Quando se constituir a contraprestação do concessionário no caso de ingresso gratuito sobre a coisa superficiária, patrimônio do concedente, deverá ele ter a obrigação de conservá-la;

. E, no caso de perecimento da coisa superficiária, poderá ele, ainda, reconstruí-la, enquanto viger o direito de superfície ante os termos do contrato;

. Em todos os casos, o superficiário responde, inclusive, pelos encargos e tributos que incidirem sobre a obra superficiária e o solo, enquanto durar o direito de superfície;

. Em termos, e na hipótese de alienação do solo, cominada a venda ou dação em pagamento, o *dominus solis* deve ser preterido ao superficiário, nas mesmas condições de igualdade com terceiros.

No bojo, culmina a possibilidade do mesmo, como titular de direito real, reivindicar a coisa, objeto de terceiros, podendo ainda, ajuizar ações possessórias, como manutenção e reintegração de posse, em decorrência de agressões ao seu direito; e ações petórias, como reivindicatória, negatória e confessória, em prol da

---

<sup>42</sup> TORRES, Marcos Alcino Azevedo. **Direito de Superfície**. Disponível em: <<http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/diversos/malcino.html>>. Ano 2016. Acesso : 05 nov. 2017.

posse, cabendo, ainda, segundo a doutrina, ações de embargos de terceiro, de nunciação de obra nova e sobre dano infecto.

Nessa monta, dentre os deveres do superficiário, o principal deles é suportar o exercício da superfície. Prosseguindo, em relação às obrigações tributárias, é o superficiário que responderá pelos encargos e tributos devidos que incidirem sobre a propriedade, arcando, ainda, proporcionalmente, com a parcela de ocupação efetiva sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, de acordo com Artigo 21, § 3º do Estatuto da Cidade, salvo disposição em contrário no referido contrato.

E quanto a alienação do terreno ou do direito de superfície, o superficiário e o proprietário, respectivamente, terão direito de preferência, em igualdade de condições com terceiros, conforme o exposto no artigo 22 do Estatuto da Cidade.

## 2.4 Direito de Sobrelevação

Demanda do direito de construir pelo superficiário. Insta ao direito de propriedade, conforme disposto pelos artigos 1.228 e 5º, inciso XXII da Constituição Federal. É prerrogativa do proprietário do bem construir como bem entender em seu terreno, realizando as modificações necessárias ao imóvel.

E neste caso, tanto o solo, como o subsolo e o espaço aéreo podem ser objeto da construção, respeitando-se os limites impostos pelas normas administrativa e cível, cabendo ao município delimitar os contornos da construção.

Em caso de condomínio, pode o loteador estabelecer restrições, consoante autoriza o artigo 45 da Lei nº 6.766/1979<sup>43</sup>, quando citada: “O loteador, ainda que já tenha vendido todos os lotes, ou os vizinhos, são partes legítimas para promover

---

<sup>43</sup> \_\_\_\_\_. **Lei nº 6.766 de 19 de dezembro de 1979**. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências.. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6766.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm)>. Acesso: 27 ago. 2017.

ação destinada a impedir construção em desacordo com restrições legais ou contratuais. E, portanto, restringindo construção em desacordo com a legalidade destinada aos imóveis, objeto de alienação.

Atualmente, discute a doutrina jurídica, apesar da inexistência de previsão legislativa para tanto, da existência de concessão de uma superfície acima de outra já concedida, sendo esta, a sobrelevação.

A sobrelevação, seria “a possibilidade de o titular da propriedade superficiária construir ou conceder a um terceiro que construa sobre a sua propriedade superficiária” (LIRA, 2003, P. 151)<sup>44</sup>.

A previsão de sobrelevação é de que o direito de superfície também seria uma ferramenta utilizada ao direito de propriedade para o atingir da função social.

## 2.5 A Norma Pública e a Moradia Urbana

A Administração Pública pode ser conceituada como a reunião de órgãos constituídos e de funções direcionadas para a prestação de serviço público coletivo, observando-se os princípios inseridos na Constituição Federal, objetivando a finalidade de alcançar resultados positivos, beneficiando administrados.

No rol dos princípios atribuídos, ressalte-se o da eficiência, condizendo com a política e organização urbana, exigindo da Administração Pública a contrapartida em prestação de tributos, com o dever de fiscalizar as ocupações e construções. E uma vez arrecadando, presta serviços públicos de sua competência.

---

<sup>44</sup> LIRA, Ricardo Pereira. **O novo código civil, estatuto da cidade, direito de superfície**. Número especial 2004. Anais dos seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 abril/2003, p. 151.

Desta forma, importante destacar, ainda, a questão da ocupação desordenada incluindo terras e construções irregulares prejudicando áreas urbanísticas ordenadas pelas leis nºs. 6.766/79<sup>45</sup> Parcelamento do Solo, e 10.257/01 (Estatuto da Cidade)<sup>46</sup>.

Nesse intento, sabe-se que a atividade urbanística é função da Administração Pública. Tem ela, o poder de ordenar a urbanização da cidade, pois, o planejamento urbano é uma atividade regulamentada pela Constituição Federal, com base nos artigos 21, incisos IX e XX; 174, § 1º e 24, inciso I, conferindo à União a competência para elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do seu território ante o desenvolvimento econômico e social do país.

---

<sup>45</sup> \_\_\_\_\_. **Lei nº 6.766 de 19 de dezembro de 1979**. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências.. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6766.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm)>. Acesso: 27 ago. 2017.

<sup>46</sup> \_\_\_\_\_. **Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2017.

### 3 O INSTITUTO COMO NORMA EXPRESSA NO ESTATUTO DA CIDADE E NO CÓDIGO CIVIL: ANÁLISE COMPARATIVA

#### 3.1 Breve Regulamento entre as Normas

Importante ressaltar neste quesito, o que preconizam as normas públicas a despeito da política urbana sobre o Direito de Superfície, de acordo com o que expõe a doutrina e a legislação abrangente.

Na opinião de Barbosa (2006, p. 71)<sup>47</sup>, fazendo uma distinção das leis que abrangem a política urbana das cidades, que cita:

A Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, conhecida como Estatuto da Cidade, conforme já ponderado anteriormente, regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, e estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências de forma muito semelhante ao Código Civil. Importante observar que, no Capítulo II, dos instrumentos da política urbana, mais especificadamente na seção VII, em seus artigos 21 a 24 regulamenta e positiva o direito de superfície urbana.

Ou seja, distinguindo a política urbana presente no Estatuto da Cidade e de acordo com as diretrizes do Código Civil, regulamentando assim, o direito de superfície em solo urbano.

Por certo, o objeto da superfície assegura a utilização do solo, o subsolo ou o espaço aéreo, em tese, discorrendo sobre os direitos inerentes ao terreno, objeto do contrato, de acordo com o que reza a legislação sobre o solo urbano, previsto no no Estatuto da Cidade, artigo 21, § 1º, mediante a concessão de direito, podendo se dar na forma gratuita ou onerosa, de acordo com Artigo 21, § 2º, do mesmo Estatuto..

Já para o caso de direito de transmissão, duas são as disposições enunciadas pelo Estatuto: por meio da transferência a terceiros, conforme previsto

---

<sup>47</sup> BARBOSA, Diana Coelho. **O Direito de Superfície: À Luz do Estatuto da Cidade**, 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 71.

no Artigo 21, § 4º; e, em razão da morte do superficiário, sucedendo-se aos seus herdeiros, conforme disposto no § 5º do mesmo artigo.

E que para o caso de alienação da superfície, vige o artigo 22 do Estatuto, ao garantir que o superficiário e o proprietário restarão preferência de direitos, já que se encontram em igualdade de condições preteridos à oferta de terceiros.

Ainda, em caso de extinção da superfície, de acordo com o enunciado do artigo 24 do Estatuto, três são os motivos para cessar o direito: 1) com o advento do termo do contrato; 2) pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário; e, 3) antes do termo final do contrato, se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para a qual for concedida (BRASIL, EC, Art. 24, § 1º)<sup>48</sup>.

Por outro lado, Interessante expor o que dita o artigo 1.369 do novo Código Civil, “in verbis”:

O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, desconstituindo a perpetuidade, concluindo que essa condição pode ocorrer tanto em áreas urbanas quanto rurais.

Ou seja, valendo-se da condição de proprietário, e, portanto, concedendo o direito a terceiro para construir por tempo determinado, desconstituindo assim, a perpetuidade da propriedade.

Merece atenção os comentários de Venosa (2006)<sup>49</sup>, ao dinamizar a importância do direito de superfície como fator econômico e social, quando diz:

O Direito de Superfície tem grande importância econômica e social, por fomentar a habitação e ser dinamizador da propriedade. Sobre alguns aspectos marcantes: 1- há um direito de propriedade do solo, que necessariamente pertence ao fundeio; 2- há o direito de plantar ou

---

<sup>48</sup> \_\_\_\_\_. **Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2017.

<sup>49</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. São Paulo: Atlas, 2006. 6 ed.



edificar, o chamado direito de implante; 3- há o direito ao cânon, ou pagamento, se a concessão for onerosa.

Nota-se que há importância econômica e social quanto ao dinamismo da habitação, quando relatando que há um direito sobre o solo, de plantar ou construir, como também, um direito de pagamento, em caso de superfície onerosa.

Em todo caso, acrescente que esse direito desempenha função econômica e social, levando-se em conta a plantação e a construção existente em terreno de outrem.

Desta feita, fundamente-se que o Estatuto visa ao seu objeto, o próprio direito de superfície, enquanto o Código Civil determina que esse objeto tenha relação com o construir e plantar, pois, enquanto este não se retrata à obras no subsolo, o Estatuto da Cidade as utiliza, diante do acordado entre as partes.

Por último, o importante é que o Estatuto assegurou o Direito de Superfície em seus artigos 21 a 23, consignando detalhes exponenciais enunciados pelos novo Código Civil e a próprio lei que trata esse direito, muito embora não se coadunem, mas, que se identificam como uma correlação à moradia urbana.

### **3.2 Efeito Aparente de Leis**

Em matéria de efeitos, há de se estabelecer uma coexistência nas leis que regulamentam o direito de superfície, com base no Estatuto da Cidade e no Código Civil, haja vista alguns objetos distintos entre ambos, o que carece de análise comparada por todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Desta forma, necessário um estudo demonstrando uma análise mais elaborada, a partir de quadros distintos que auxiliarão tais observações. No primeiro caso, elaborando as regras e normas condicionadas pelo Estatuto da Cidade de acordo com o previsto pelo novo Código Civil; e no segundo, consignando um estudo através de análises de uma metodologia expressa sob vários aspectos relevantes abordando discussões e divergindo entre ambas as leis.

Assim, importa diferenciar alguns dos artigos inerentes as citadas normas do Estatuto da Cidade e do Código Civil, já que definem regras e normas expressas sob o direito de superfície, em se tratando do proprietário do solo e do superficiário fazendo uso do mesmo em igualdade de direitos, “in verbis”:

Art. 21. O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis.

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

Logo, distinguindo o direito de superfície sob os mesmos aspectos entre as normas, consoante prazo, direito de construção e registro do imóvel.

Art. 21. (...)

§ 1º O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística.

Art. 1.369. (...) Parágrafo único. O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.

Os parágrafos determinam o direito de utilização do solo e de outros espaços relativos ao terreno, mas não ao subsolo pelo Código Civil, salvo norma contratual concedendo tal direito, em consonância com a legislação urbanística pelo Estatuto da Cidade.

Art. 21. (...)

§ 2º A concessão do direito de superfície poderá ser gratuita ou onerosa.

Art. 1.370. A concessão da superfície será gratuita ou onerosa; se onerosa, estipularão as partes se o pagamento será feito de uma só vez, ou Parceladamente.

Os artigos citados condicionam a concessão, devendo esta ser gratuita ou onerosa, de acordo com a forma pactuada de pagamento.

Art. 21. (...)

§ 3º O superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo.

Art. 1.371. O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel.

Ressaltam os mesmos, a pessoa do superficiário, estipulando que este responderá pelos encargos necessários à ocupação do imóvel, ainda que proporcional a sua ocupação, salvo disposição contratual sobre a concessão.

Art. 21. (...)

§ 4º O direito de superfície pode ser transferido a terceiros, obedecidos os termos do contrato respectivo.;

Art. 21. (...)

§ 5º Por morte do superficiário, os seus direitos transmitem-se a seus herdeiros.

Art. 1.372. O direito de superfície pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros.

Parágrafo único. Não poderá ser estipulado pelo concedente, a nenhum título, qualquer pagamento pela transferência.

Retrata o mesmo, ao direito de transmissão da superfície a terceiros, quando pactuado sob contrato, e a seus herdeiros por ocasião da morte, não sendo autorizado em caso de transferência como pagamento.

Art. 22. Em caso de alienação do terreno, ou do direito de superfície, o superficiário e o proprietário, respectivamente, terão direito de preferência, em igualdade de condições à oferta de terceiros.

Art. 1.373. Em caso de alienação do imóvel ou do direito de superfície, o superficiário ou o proprietário tem direito de preferência, em igualdade de condições

Caso típico de direito de preferência sob a venda do imóvel para o proprietário, o superficiário e o terceiro.

Art. 24. Extinto o direito de superfície, o proprietário recuperará o pleno domínio do terreno, bem como das acessões e benfeitorias introduzidas no imóvel, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário no respectivo contrato.

Art. 1.375. Extinta a concessão, o proprietário passará a ter a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário

No caso de extinção de direito de superfície, em que o proprietário rege-se do seu direito ao imóvel e tudo que nele demanda domínio, independente de cláusula contratual indenizatória se não houver pacto estipulando-a.

Art. 24. (...)

§ 1º Antes do termo final do contrato, extinguir-se-á o direito de superfície se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para a qual for concedida.

Art. 1.374. Antes do termo final, resolver-se-á a concessão se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para que foi concedida.

Desta feita, questiona a norma pela destinação diversa da concessão, cabendo a extinção do direito sobre o imóvel objeto da superfície, para o qual foi pactuado

### 3.2.1 Diferenciando o Estatuto da Cidade do novo Código Civil

Importante enunciar neste tópico, algumas especificidades regidas pelo Estatuto e o Código Civil, correlatas ao direito de superfície, dentre elas, a natureza, aplicação, contrato, prazo, objeto, concessão, tributo, transmissão, transferência, extinção e hipoteca, conforme definidas adiante:

.Em razão de sua natureza jurídica, demanda de direito real, conforme exposto no artigo 1.225, inciso II, do novo Código Civil;

. A finalidade urbanística é definida pelo Estatuto como instrumento de política urbana (art. 4º.,V,“I”); ao contrário do Código Civil, expondo como não urbanística;

. A forma de contrato é solene e inclui o registro geral do imóvel definidos pelo Estatuto e o Código, não vedando disposição de última vontade pelo seu autor, usucapião ou expropriação do solo pelo poder público;

. O prazo no Estatuto é por tempo indeterminado ou determinado; o contrário do Código Civil, que só reconhece por tempo determinado;

. No Estatuto, o objeto abrange o solo, o subsolo e o espaço aéreo, não havendo direito de cisão, incluindo-se polêmica no caso de sobrelevação; no Código, abrange somente o solo, cria polêmica sobre o espaço aéreo, sem direito de superfície por cisão, instando também polêmica quanto à sobrelevação;

. Quanto à concessão, defendem que deverá ser gratuita ou onerosa;

. Em matéria de tributos, há previsão expressa regida pelo Estatuto quanto á pactuação entre as partes sobre o pagamento do imóvel; o contrário do Código Civil que não acata previsão expressa, não inviabilizando caso de eventual acerto;

. Os meios de transmissão podem ser por atos inter vivos ou causa mortis;

. *Para o EC* Pode ser estipulado um *quantum*, porque a lei é omissa. Já no CC não pode ser estipulado nenhum valor, em razão da transferência;

- . Na transferência, pode-se determinar um quantum regido pelo Estatuto; o contrário do Código, que não permite e não estipula valor algum a ser transferido;
- . Quanto à extinção, admite o Estatuto pelo advento do termo; descumprimento das obrigações contratuais e o desvio de finalidade; já o Código Civil, prevê apenas, o advento do termo e o desvio de finalidade;
- . Em se tratando dos efeitos da extinção, a regra disposta pelas normas é e regressão, que independe de indenização;
- . Por último, quanto à hipoteca, nada acrescenta o Estatuto já que ela é parte essencial do Instituto; o mesmo se atendo ao Código Civil, mas, admitindo-a.

### **3.3 Comentários da Doutrina Divergindo o Proprietário do Solo no Estatuto da Cidade, do Incurso no Código Civil**

Inicialmente, incube ao elemento subjetivo do direito de superfície, o artigo 21, do Estatuto da Cidade no que se refere ao proprietário do solo. O mesmo não traduzindo ao artigo 1.369, do Código Civil, se limitando a enunciar que este constitui do direito à superfície.

Importante a interpretação doutrinária de Di Pietro (2002, p. 180)<sup>50</sup>, ao expor que: “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”. Assim, limitando-se ao Estatuto ao imóvel rural, mas, autorizando o uso rural e urbano por seu proprietário pelo Código Civil.

E Wolff (2003)<sup>51</sup>, opinando sobre o direito em cidades sustentáveis, cujo comando remete à equidade intergeracional, “garantido-se a terra urbana, a moradia, o saneamento ambiental, a infraestrutura urbana, o transporte e serviços

---

<sup>50</sup> 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.

<sup>51</sup> WOLFF, Simone. *Estatuto da Cidade: A Construção da Sustentabilidade*. **Revista Jurídica**, n. 45, v. 4, fev. 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_45](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_45)>. Acesso em: 09 out. 2017.

públicos, bem como o trabalho e o lazer para todos os que habitam – e deverão habitar – as cidades brasileiras”. Ou seja, citando garantias aos imóveis urbanos com suas características usuais, tais quais as específicas citadas, em termos de habitação e moradia voltada às cidades brasileiras.

Mattos (2003)<sup>52</sup>, por sua vez, opina que “não se pode limitar a incidência do direito de superfície urbanístico apenas à zona urbana, porque a lei deve ser sistematicamente interpretada aos arts. 1º. e 2º. do Estatuto da Cidade”, que contém o princípio de sua função social. Ou seja, não se limitando somente à zona urbana, mas, com vista a melhor interpretação sobre a função social da propriedade.

Excepcionalmente, a sistemática da doutrina posicionada sobre o proprietário do direito de superfície incurso no Estatuto, do proprietário atribuído no Código Civil, tem-se que são equiparados, embora diverjam sobre inúmeros pontos assemelhados em alguns artigos do Estatuto frente ao Código Civil e vice e versa.

Ademais, são incontestáveis aos direitos de superfície, visando, dentre outros atributos, o uso do subsolo e do espaço aéreo, os encargos e tributos, prazo de concessão entre o proprietário e o superficiário, podendo ainda ser determinado ou indeterminado, com relação ao pacto contratual celebrado, conforme demonstram os artigos referentes às citadas leis tratando desses direitos, mais adiante.

Dispõe o Estatuto da Cidade:

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.

§ 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.

§ 2º - A concessão do direito de superfície poderá ser gratuita ou onerosa.

---

<sup>52</sup> MATTOS, Liana Portilho. ***A Efetividade da Função Social da Propriedade Urbana à Luz do Estatuto da Cidade***. Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2003.

§ 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. (BRASIL, EC, 2001)

Dispõe o novo Código Civil:

Art, 1229. A propriedade do solo abrange o a do espaço aéreo e subsolo correspondente, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais que tenha ele interesse legítimo em impedi-las

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.

Parágrafo único. O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.

**Art. 1.371. O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel (BRASIL, CC, 2002)<sup>53</sup>.**

Neste contexto, no entendimento de Diniz (2008)<sup>54</sup>, o Código Civil explora o solo de forma mais restrita, em caso de construção ou plantação, relatando no parágrafo único do artigo 1.369 a não autorização de obra no subsolo, salvo se esse for o objetivo da concessão de direito do proprietário. Já o Código Civil induz a faculdade de o imóvel ser urbano ou rural com prazo determinado. Quanto ao Estatuto da Cidade, assegura o direito à exploração do solo, subsolo e espaço aéreo na área urbana, que abrange também, prazo determinado ou indeterminado.

Com relação à encargos e tributos, divergem as legislações quanto ao superficiário e ao proprietário, consoante a explanação de Venosa (2006)<sup>55</sup>:

O artigo 1.371 do atual Código afirma que o superficiário responderá por encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade fiduciária. O Estatuto da Cidade vai mais adiante, pois além de estipular essa responsabilidade tributária no art. 21, § 3º, acrescenta que o superficiário arcará,

---

<sup>53</sup> \_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm#art2045](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045)>. Acesso: 27 ago. 2017.

<sup>54</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas.** 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>55</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais.** São Paulo: Atlas, 2006. 6 ed.

indiretamente ao proprietário, proporcionalidade á sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objetiva da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrario do contrato respectivo.

E acrescenta o autor, ao opinar sobre alguns parâmetros divergentes atribuídos às legislações questionadas, adiante se posicionando:

. há de se constatar que o Estatuto da Cidade se sobressaiu em relação ao capítulo que trata da usucapião - ainda que a usucapião não tenha sido citada na pesquisa - com base no enunciado pelo Código Civil, pois são leis da mesma época, disciplinando o direito de superfície, de acordo com os artigos 21 a 24 antes citados;

**. Ambos os diplomas legais versam sobre a mesma matéria.**

. O instituto vigorou após 90 (noventa) dias de sua publicação, vigente o Código Civil;

**. O Estatuto tem um amplo alcance de atuação, em relação ao conflito de normas pelo Código Civil, vigorando assim, em princípio sobre as demais leis, ainda que aquelas sejam posteriores;**

. Tratando-se de usucapião e direito de superfície, ambos se encontram presentes aos dois diplomas legais em paralelos<sup>56</sup>.

Por esse motivo, aponta, ainda, este autor, quanto aos enunciados 93 e 94 do Conselho da Justiça Federal do Supremo Tribunal Federal, discorrendo sobre o aval desta matéria:

93 – Art. 1.369: As normas previstas no Código Civil sobre direito de superfície não revogam as relativas a direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano.

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 (VENOSA, 2006).

Neste sentido, trata a doutrina de Ricardo Pereira Lira<sup>57</sup>, ao comentar a não revogação do Código Civil sobre o Estatuto, ao dizer que:

---

<sup>56</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. São Paulo: Atlas, 2006. 6 ed.

<sup>57</sup> LIRA, Ricardo Pereira. **O novo código civil, estatuto da cidade, direito de superfície**. Número especial 2004. Anais dos seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 abril/2003, p. 151.



Não incide no caso a regra, segundo o qual lei posterior, que regula inteiramente a matéria tratada na lei anterior a revoga. Isso porque o direito de superfície contemplado no Estatuto da Cidade é um instituto de vocação diversa do previsto no Código Civil, voltado aquele para o desenvolvimento urbano, editado como necessário 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.

No mesmo segmento, Sarmiento Filho<sup>58</sup> resume essa divergência afirmando que o Estatuto legisla sobre a área urbana e o Código Civil sobre imóveis rurais, pois, “aqueles que elegem como objeto determinante o fator localização do imóvel, sobre o qual institui a superfície a se localizar em área urbana, aplica-se o Estatuto da Cidade, ao passo que o Código Civil estaria reservado aos imóveis rurais”.

Desta forma, subtede-se que ambas as legislações convivem com o Direito de Superfície estabelecido pelo Estatuto e a norma cível incidindo sobre o direito à moradia para com o proprietário de solo urbano definido pelo próprio Estatuto, diante do critério de fixação essencialmente legislação e disciplinado à política das cidades.

### 3.4 Objeto da Superfície

No que se refere ao objeto, fonte da superfície urbana abrangendo o solo, o subsolo e o espaço aéreo correspondente, sabe-se que este se insere nos moldes do artigo 21, § 1º do Estatuto da Cidade, e que, em sendo a superfície inserida no artigo 1.369, § único do Código Civil, é sabido que este só abrange o solo, porém, podendo também ser utilizado o subsolo, em caso de obra objeto de concessão.

Neste caso, se refere ao “direito de construir ou plantar em seu terreno”, de modo que não pairam dúvidas sobre a incidência do direito de superfície, ainda que

---

<sup>58</sup> SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheiras. **O direito de superfície na legislação brasileira**. Disponível em: <http://www.irib.org.br/biblio/boletimel2375.asp>, acesso em: 05 nov. 2017

este, previsto no Estatuto da Cidade, sirva apenas como instrumento de política urbana (DI PIETRO, 2002, p. 171-190)<sup>59</sup>.

Por certo, se a doutrina ponderar essa possibilidade, decerto, há de vir expressa em lei, haja vista o entendimento sobre o direito de sobrelevação sendo então admitido pelo ordenamento jurídico. E que importa a interpretação extensiva do termo 'terreno' insculpida nos artigos 21, *caput*, do Estatuto da Cidade e 1.369, *caput*, do novo Código Civil, instituindo o terreno construído sem construção, admitindo-se assim, a superfície por sobrelevação.

### 3.5 Formas de Extinção

Ressalte-se, o Estatuto da Cidade preconiza em seu artigo 23 já citado, a extinção do direito de superfície pelo advento do termo e descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário. Já no artigo 24, § 1º, o mesmo também prevê tal extinção, porém, antes do termo final, causada pelo superficiário, em razão de destinação diversa ao imóvel, objeto de concessão da superfície.

Convém, para o momento, expressarmos as causas extintivas de direito de superfície expressas no Código Civil, através do artigo 1.374, consoante enumeradas em relação ao advento do termo e o desvio de finalidade.

. Como advento do termo, pondo fim à suspensão da eficácia do princípio *superficies solo cedit*, operando a reversão da coisa superficiária para o *dominus soli*, cessando o direito real limitado de construir sobre coisa alheia;

Segundo Lira (1997, p. 82)<sup>60</sup>, quando se trata de direito de superfície gerado por cisão e o dono do solo já foi o dono da coisa superficiária, neste caso, há verdadeira reversão.

---

<sup>59</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania 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.

. Pelo descumprimento contratual, a exemplo da destruição da coisa, contrariando assim, a função social da propriedade implicando na sua utilidade; pela renúncia da mesma quando constituir legado; e pelo descumprimento com a obrigação de pagamento, ensejando assim, a extinção da superfície.

Como cita Torres (2017)<sup>61</sup>, revendo a possibilidade contratual de levantamento da coisa superficiária, pelo superficiário, para entregar o solo no estado que recebera, posto carecer de previsão, pois não é econômico-social destruir-se uma riqueza.

Em síntese, citando Torres (2017), há ainda outras causas extintivas do direito de solo, a saber, como a expropriação e a confusão entre os titulares, ocorrendo em três situações distintas: quando da aquisição pelo proprietário do solo; adquirida do solo pelo superficiário; e ao ser adquirida do solo e da superfície por terceira pessoa.

---

<sup>60</sup> LIRA, Ricardo Pereira. **O Moderno Direito de Superfície**. In: LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 82.

<sup>61</sup> TORRES, Marcos Alcino Azevedo. **Direito de Superfície**. Disponível em: <<http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/diversos/malcino.html>>. Ano 2016. Acesso em: 10 set. 2017.

#### 4 A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS E O DIREITO DE SUPERFÍCIE ATENDENDO A FUNÇÃO SOCIAL, EM MEIO ÀS REGRAS E NORMAS DO ESTATUTO DA CIDADE E A LEGISLAÇÃO CIVIL VIGENTE

Como um suporte fático ao tema em questão, importante discriminar, com unanimidade, o que discute a doutrina atuante a despeito do direito de superfície, consoante o entendimento dos tribunais superiores valorizando o verdadeiro sentido do direito de propriedade voltado à moradia das pessoas, que demanda atender a função social, no interesse de toda a coletividade.

Neste sentido, importa o entendimento jurisprudencial em sede de embargos:

Ementa: Apelação Cível. Embargos à Execução. Honorários de Profissional. Não havendo direito real de superfície autônomo em relação à propriedade, descabida a penhora sobre construção feita em terreno alheio. Apelo Improvido. Unânime. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Segunda Câmara Especial Cível/ Apelação Cível Nº 70001271428/ Relator: Desembargador Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil/ Julgado em 06.06.2001)<sup>62</sup>.

E, portanto, expondo unanimemente honorários improvidos a respeito de direito de superfície, não cabendo penhora em termos de construção em terreno alheio.

De outro lado, impetrado recurso de apelação interpelando concessão de direito de superfície decorrente de transmissão causa mortis:

TJ-RS - Apelação Cível AC 70062186994 RS (TJ-RS)  
Data de publicação: 19/11/2014  
Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ITCD. DIREITO DE SUPERFÍCIE. CONCESSÃO MEDIANTE PAGAMENTO. FATO GERADOR DO TRIBUTO NÃO CONFIGURADO. Da mera leitura das alíneas do art. 4º da Lei nº 8.821/89 depreende-se que a hipótese de incidência do ITCD consiste na transmissão de bens móveis e imóveis por morte ou doação do titular. No caso em exame, o negócio

---

<sup>62</sup> \_\_\_\_\_. **TJ-RS - AC: 70001271428 RS**, Relator Des.: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Data de Julgamento: 06/06/2001, Segunda Câmara Especial Cível. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/221628343/apelacao-civel-ac-70001271428-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 out. 2017.

celebrado entre a empresa demandante e os proprietários do bem imóvel em questão (concessão de direito de superfície mediante pagamento) constitui fato gerador do ITBI, imposto de competência municipal (art. 156, II, CF). Procedência do pedido para anular o débito cobrado pelo Estado do Rio Grande do Sul a título de ITCD, porquanto não configurado fato gerador do tributo no caso concreto. Sucumbência redimensionada. - Prequestionamento. Há muito que este Tribunal vem decidindo que não se faz necessária a análise expressa de todos os dispositivos e argumentos trazidos pelos recorrentes. Mister é que o acórdão traga, de forma fundamentada, a resposta à controvérsia típica da lide. APELO PROVIDO DE PLANO. (Apelação Cível Nº 70062186994, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 14/11/2014)<sup>63</sup>.

**Ou seja, procedente ao pedido de anulação do Itcmd preterido, resultando provido o pedido por questionar a legalidade do imposto para se auferir a transferência do imóvel.**

Por outro lado, rege o direito de superfície em sede de inventário e partilha diante da exclusão de bem, impossibilitando assim, a escritura em nome do espólio, adiante citado:

TJ-DF - Agravo de Instrumento AGI 20130020274956 DF 0028438-16.2013.8.07.0000 (TJ-DF) - Data de publicação: 29/04/2014  
 Ementa: PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVENTÁRIO E PARTILHA. DIREITO DE SUPERFÍCIE. TRANSMISSIBILIDADE. CÓDIGO CIVIL E ESTATUTO DA CIDADE (ART. 21). COMPROVAÇÃO. ESCRITURA PÚBLICA. 1. AGRAVO DE INSTRUMENTO TIRADO CONTRA INTERLOCUTÓRIA PROFERIDA EM SEDE DE INVENTÁRIO E PARTILHA, QUE DETERMINOU A EXCLUSÃO DE BEM DENOMINADO CHÁCARA MENINO JESUS 123, SETOR P NORTE - CEILÂNDIA/DF, DIANTE DA INFORMAÇÃO, PRESTADA PELA TERRACAP, QUANTO À IMPOSSIBILIDADE DA ESCRITURAÇÃO DO IMÓVEL EM NOME DO ESPÓLIO DE ODILON ALVES, HAJA VISTA NÃO TER SIDO FIRMADO CONTRATO DE CONCESSÃO DE USO JUNTO À EXTINTA FUNDAÇÃO ZOOBOTÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. 2. DESTARTE, UMA DAS PRINCIPAIS MARCAS DO DIREITO DE SUPERFÍCIE É SUA TRANSMISSIBILIDADE, POR ATO INTER VIVOS, ONEROSO OU GRATUITO, OU CAUSA MORTIS. 2.1 TODAVIA, APESAR DE O DIREITO DE SUPERFÍCIE, ENTENDIDO COMO SENDO DIREITO REAL DE TER CONSTRUÇÃO OU PLANTAÇÃO EM SOLO ALHEIO, SER PASSÍVEL DE TRANSMISSÃO AOS HERDEIROS, POR MORTE DO SUPERFICIÁRIO (ART. 1.372 DO CCB), A FORMA LEGAL DE INSTITUIÇÃO DO REFERIDO INSTITUTO É POR MEIO DE ESCRITURA PÚBLICA (ARTS. 21 DO ESTATUTO DA CIDADE E 1.369 DO CC/2002). 2.2 NO MESMO SENTIDO, O ART. 21, DA LEI 10.257 /2001 (ESTATUTO DA CIDADE), PRESCREVE QUE "O PROPRIETÁRIO URBANO PODERÁ CONCEDER A OUTREM O DIREITO DE SUPERFÍCIE DO SEU TERRENO, POR TEMPO

---

<sup>63</sup> \_\_\_\_\_. **TJ-RS - AC: 70062186994 RS**, Relator.: Marilene Bonzanini, Data de Julgamento: 14/11/2014, Vigésima Segunda Câmara Especial Cível. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/apelacao-civel-ac-70062186994-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 23 out. 2017.

DETERMINADO OU INDETERMINADO, MEDIANTE ESCRITURA PÚBLICA REGISTRADA NO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS". 3. INVIÁVEL COGITAR-SE DE TRANSMISSIBILIDADE, AOS HERDEIROS, DE DIREITO DE SUPERFÍCIE NÃO INSTITUÍDO REGULARMENTE POR MEIO DE INSTRUMENTO PÚBLICO, EM RAZÃO DE O IMÓVEL SEJA OBJETO DE PARCELAMENTO IRREGULAR. 4. AGRAVO IMPROVIDO<sup>64</sup>.

Logo, improvido o agravo, consoante a legalidade do registro do imóvel.

Segundo, têm-se caso típico de direito de superfície, tendo como propriedade o terreno, como resultado de arrematação judicial, em matéria de recurso cível:

TJ-RS - Recurso Cível 71000548511 RS (TJ-RS)

Data de publicação: 10/08/2004

Ementa: DIREITO DE SUPERFÍCIE É DISTINTO DO DIREITO DE PROPRIEDADE SOBRE O TERRENO, CONFORME NOVA ORDEM JURÍDICA. TERRENO ARREMATADO EM LEILÃO JUDICIAL. ALEGAÇÃO DE FORMAÇÃO DE CONDOMÍNIO RESULTANTE DE ARREMATACÃO RELATIVO À BENFEITORIA EXISTENTE E OBJETO DE LOCAÇÃO. LOCAÇÃO. COBRANÇA DE LOCATIVOS. O terreno foi adquirido por arrematação judicial, constando na matrícula e na informação administrativa do município que foi objeto de arrematação somente a área do terreno. Existindo imóvel edificado, objeto de contrato de locação, a questão sobre a formação de condomínio entre o arrematante e o detentor da benfeitoria deve ser solvida em feito próprio. Pelo art. 1.369 do NCC o direito de superfície foi consagrado como distinto do direito de propriedade, podendo coincidir. No caso, a arrematação foi do solo e a ação ajuizada sob a égide do novo Código Civil, portanto, não resta solvida a questão da legitimidade ativa, a qual depende de solução em feito próprio, que não se insere na competência dos Juizados Especiais, consoante art. 3º da Lei nº 9.099 /95. Complexidade evidenciada pela necessidade prova pericial para quantificação de eventual direito de crédito sobre o uso da superfície. Extinção do feito de ofício. (Recurso Cível Nº 71000548511, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Maria José Schmitt Sant Anna, Julgado em 10/08/2004).<sup>65</sup>

No caso, deixa de ser provido o recurso, em razão da aquisição somente do terreno, significando direito distinto da superfície, evidenciando termos próprios entre o arrematante e o detentor da benfeitoria do condomínio. Nestes termos, não impende crédito algum sobre o uso da superfície, em razão da aquisição distinta do direito de propriedade.

<sup>64</sup> \_\_\_\_\_. **TJ-DF** - Agravo de Instrumento AGI **20130020274956 DF** 0028438-16.2013.8.07.0000 (TJ-DF) - Data de publicação: 29/04/2014. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/agravo-de-instrumento-20130020274956-df?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 24 out. 2017.

<sup>65</sup> \_\_\_\_\_. **TJ-RS** - Recurso Cível **71000548511**, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator.: Maria José Schmitt Sant Anna, Data de Julgamento: 10/08/2004. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/recurso-civel-71000548511-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 25 out. 2017.

## CONCLUSÃO

Em meio ao exposto, demonstrou o tema de pesquisa ainda carecer de ampla discussão doutrinária, em virtude de distinções entre as leis, ocorrências divergentes, peculiaridades com características expostas ante as normas do Estatuto da Cidade, por vezes, contrariando o que expõe o novo Código Civil, e vice e versa.

Embora nosso estudo tenha apontado algumas problemáticas voltadas a despeito do direito de superfície, demonstrou ser o mesmo ainda polêmico por estudiosos discutindo a questão, analisando a legislação abrangente quanto ao modo de aquisição, natureza jurídica, constituição, objeto, meios de concessão, transmissão e forma de extinção, se comparado a outros temas cíveis numa escala de concessão, tendo como função social um objeto: a propriedade.

Em se tratando de desenvolvimento ao que fora suplantado, pode-se compreender que houve avanços na sistemática voltada ao direito de superfície pelo ordenamento jurídico, cuja finalidade fez ressurgir a importância da moradia urbana no segmento das relações privadas, tendo como relevância o princípio da função social da propriedade, cujo significado reflete ao digno direito constitucional de habitação, que compreende o solo, o subsolo e o espaço aéreo, consignado ao direito de moradia pela legislação pertinente.

Neste meio termo, poder-se-ia afirmar que o direito de superfície, voltado às exigências do direito contemporâneo, dinamiza em seu conteúdo a propriedade, revelando-se, para tanto, ser instrumento cumpridor da função social.

Por assim dizer, é sabido que o Instituto fora criado como garantia do direito à moradia, eis que datado desde à época romana ao que tal garantia já era utilizada pelo governo e a igreja, que detinham poderes e padrões na sociedade. Daí, o Brasil arregimentou tal direito abrangente às suas legislações, como uma garantia da população aos anseios sociais, para quem a habitação sempre foi objeto de desejo

das pessoas, tendo como base as normas do Estatuto da Cidade, ante o exposto na Lei Civil, em sede de limitações aos imóveis urbanos.

De todo caso, o projeto de lei aprovando a Lei n.º 10.257/2001, fez ressurgir direitos estabelecendo diretrizes e normas gerais da política urbana. A partir daí, o Estatuto da Cidade estabeleceu não só diretrizes para uma implantação moderna de política urbana, mas, de regulamentos aplicáveis à instrumentos voltados a dinamizar a função social voltada à propriedade.

Assim, para algumas organizações sociais, não restaram dúvidas de que o instituto da superfície se revelou de grande utilidade para dinamizar o domínio da propriedade, atendendo ao bem comum das pessoas que ansiavam por moradia para habitarem com suas famílias.

No mesmo sentido, serviu para fomentar negócios com imóveis, tendo como benefício a distribuição de terras, seguindo-se esse curso pelo Poder Público, em sede de instrumento voltado à regularização fundiária.

Hoje, com tanta necessidade de se gerir o espaço urbano, o homem o fez adaptando-o às suas características essenciais e necessidades, com a adoção de padrões definindo um grau influente de ocupação e expansão desses espaços considerados urbanos, donde um conjunto de interesses econômicos e políticos imperam sobre a ocupação, transformando áreas urbanas em modelos de cidades sustentáveis, convenientemente às ações de urbanização, progresso e industrialização, e, portanto, contribuindo para o crescimento demográfico, dentre outras ações.

E que sob a lógica de olhar a propriedade urbanística como função social da coletividade, decerto contribuiu por ansiar à moradia urbana, como base da norma incurso pelo Estatuto da Cidade e o incurso no Código Civil, posto que aquele fora criado com a função de crescimento e de progresso social para as áreas urbanas na dinâmica do ordenamento jurídico, já que os segmentos sociais implantados à propriedade, ainda que povoando favelas, loteamentos e áreas diversas, legislam sobre o direito de moradia voltado à posse e a propriedade em prol da coletividade.



Neste sentido, o Estatuto é instrumento legal para reger a gestão territorial urbana, efetivando, precipuamente, o bem estar social e a sustentabilidade do direito de habitação voltado às pessoas, consoante o exposto em atenção a propriedade inclusa no segmento cível, atendendo a função social em sede de sustentabilidade.

Recentemente, dados apontaram que uma avaliação aplicada pelo Estatuto da Cidade, demonstrou que são inúmeros os problemas enfrentados nas cidades, quando o assunto visa essencialmente a moradia urbana de todo cidadão. Alguns se destacam, e dentre outros, o planejamento, plano diretor, ocultam graves problemas para com a população, privilegiando outros interesses no espaço considerado urbano. Por tudo isto, denotam a falta de mobilidade, modificando a realidade urbana no âmbito das cidades brasileiras.

Por certo, o Estatuto da Cidade e o Novo Código Civil são unânimes com suas estruturas próprias, relacionando campos de incidência distintos, muito embora entre normas conflitantes, demandando certa dificuldade gerada conseqüentemente a causa de sua aplicação. No todo, denota que o direito real de superfície demanda ser de grande relevância social, ainda que pouco reconhecido pela legislação vigente, mas, desempenhando importante papel em termos de reconhecimento à utilização da moradia, fomentando a função social da propriedade.

Em síntese, conclui-se para o importante desafio de harmonizar a coexistência do Instituto da superfície urbana, para quem o Estatuto da Cidade e o novo Código Civil estabelecem normas de direito à moradia de superfície (pelo superficiário), regulada pelo concedente (o proprietário) de forma distinta e aparente, não podendo a mesma fomentar uma visão aparente de missão, mas, de viabilizar às necessidades sociais condizentes às diretrizes das cidades, eis que mais abrangente à função social, no sentido de garantir à toda coletividade, esses e outros direitos sociais constitucionais e cíveis de forma mais justa, digna e solidária a todos, existencialmente.

## REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito de Superfície Agrícola. **Revista de Direito Civil: Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, a. 2, 1978.

AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 65.

BARBOSA, Diana Coelho. **O Direito de Superfície: À Luz do Estatuto da Cidade**, 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 71.

BATALHA, Wilson De Souza Campos. **Loteamentos e condomínios**, t. 2. São Paulo: Max Limonad, 1953.

BIONDI, Biondo. **La Categoria Romana delle Servitutes**. Milano: Società Editrice Vita e Pensiero, 1938.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L1988.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1988.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.766 de 19 de dezembro de 1979**. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências.. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6766.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm)>. Acesso: 27 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm#art2045](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045)>. Acesso: 27 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **TJ-RS - AC: 70001271428 RS**, Relator Des.: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Data de Julgamento: 06/06/2001, Segunda Câmara Especial Cível. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/221628343/apelacao-civel-ac-70001271428-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **TJ-RS - AC: 70062186994 RS**, Relator.: Marilene Bonzanini, Data de Julgamento: 14/11/2014, Vigésima Segunda Câmara Especial Cível. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/apelacao-civel-ac-70062186994-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 23 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **TJ-DF** - Agravo de Instrumento AGI **20130020274956 DF** 0028438-16.2013.8.07.0000 (TJ-DF) - Data de publicação: 29/04/2014. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/agravo-de-instrumento-20130020274956-df?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 24 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **TJ-RS** - Recurso Cível **71000548511**, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator.: Maria José Schmitt Sant Anna, Data de Julgamento: 10/08/2004. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/recurso-civel-71000548511-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 25 out. 2017.

**Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2017.

**Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. 26ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 485.

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.

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.

FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6ª edição. 2ª triagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Perfil constitucional da função social da propriedade**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=676>>. Acesso em: 17 out. 2017.

GOMES, Orlando apud ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. et all. *Estatuto da Cidade – Lei 10.257, de 10.07.2001 – Comentários*. **Revista dos Tribunais**, 2002.

GOMES, Orlando apud BAPTISTA, Bruno de Albuquerque. **Direito Real de Superfície**, ano 2011. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2385>: Acesso: 07 set. 2017.

GONÇALVES, Luiz Da Cunha. **Tratado de Direito Civil**. 2. ed. vol. 9, São Paulo: Max Limonad, 1958.

GONDINHO, André Osório. **Função social da propriedade**. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Problemas de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 397 et seq.

LIRA, Ricardo Pereira. **O novo código civil, estatuto da cidade, direito de superfície**. Número especial 2004. Anais dos seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 abril/2003, p. 151.

LIRA, Ricardo Pereira. **O Moderno Direito de Superfície**. In: LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 82.

LIRA, Ricardo Pereira. **Direito à habitação e direito de propriedade**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 81.

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

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

MAZZEI, Rodrigo Reis. **O Direito de Superfície no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Programa de Estudos Pós-graduados em Ciências Sociais – PUC. São Paulo: 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2003. 37. ed.

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, 2003, p.174.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol IV – 22ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 218-222.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Rio, 1977. 2v.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. Tradução. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 226.

PINTO, Rosane Abreu Gonzalez. **O Direito real de superfície e a sistemática do novo código civil brasileiro**. V. 755. Revista dos Tribunais: maio de 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas** (De acordo com a Lei nº 10.406, de 10.01.2002), 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 72-77.

TORRES, Marcos Alcino Azevedo. **Direito de Superfície**. Disponível em: <<http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/diversos/malcino.html>>. Acesso em: 05 out. 2017.

TEIXEIRA, José Guilherme Braga. **Da propriedade, da superfície e das servidões. Arts. 1.277 a 1.389**. In: ARRUDA ALVIM, José Manuel de; ALVIM Thereza (orgs.) **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. v. 12. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 316-318.

TORRES, Marcos Alcino Azevedo. **Direito de Superfície**. Disponível em: <<http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/diversos/malcino.html>>. Ano 2016. Acesso em: 10 set. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. São Paulo: Atlas, 2006. 6 ed.

WOLFF, Simone. *Estatuto da Cidade: A Construção da Sustentabilidade*. **Revista Jurídica**, n. 45, v. 4, fev. 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_45](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_45)>. Acesso em: 09 out. 2017.

ZANIN, Jorge Luiz. **Superfície: um novo/velho direito real**. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2007. Disponível em: <[http://www.editoraforense.com.br/Atualida/Artigos\\_DC/superficie.htm](http://www.editoraforense.com.br/Atualida/Artigos_DC/superficie.htm)>. Acesso em: 12 set. 2017.