



DIREITO DE SUPERFÍCIE: UM PARALELO ENTRE O ESTATUTO DA CIDADE E O NOVO CÓDIGO CIVIL

Valkíria A. Lopes Ferraro*

RESUMO

O presente artigo tem como escopo delinear os principais contornos existentes no Instituto da Superfície, uma vez que este se faz presente tanto no Código Civil como no Estatuto da Cidade. São leis conflitantes regulamentando a mesma matéria. Assim, teria o Novo Código Civil, por ser Lei posterior, revogado as disposições do Estatuto da Cidade? Como definir a aplicabilidade dessas legislações?

Palavras-Chave: Superfície; Direito Real; Estatuto; Registro; Concessão; Constituição; Extinção.

ABSTRACT

The current article has as purpose to perform the main features in the Surface Institute, which is such in the Civil Code as in the City Statute. They are conflicting laws regulating the same subject. Thus, being following Law, would the New Civil Code have revoked the disposals of the City Statue? How to establish the applicability of these legislations?

Key-Words: Surface; Real Law; Statue; Register; Concession; Constitution; Extinguishing

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Direitos Reais Limitados. 3 Histórico do Direito de Superfície. 3.1 A Superfície no Brasil. 4 Contornos do Instituto no Direito Comparado. 5 Conceito e Natureza Jurídica. 6 Características da Superfície. 7 Constituição e Extinção da Superfície. 8 Pontos Conflitantes entre o Estatuto da Cidade e o Novo Código Civil. 9 Enfiteuse “versus” Superfície. 10 Direito de Superfície e Concessão de Direito Real de Uso – Diferenças. Conclusão. Referências.

* Docente do Curso de Direito do Centro Universitário Filadélfia – Unifil. Docente do Curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina - UEL.

Mestre em Direito Civil pela Universidade Estadual de Londrina. Doutora em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

E-mail: valkíria@sercomtel.com.br

1 INTRODUÇÃO

Os Direitos Reais podem recair sobre coisas corpóreas ou incorpóreas. Dentre eles encontram-se aqueles que incidem sobre coisas alheias, como se o proprietário viesse a permitir que outrem obtenha o bem como seu, em determinadas circunstâncias ou condições, nos termos da lei ou do contrato. O Direito de Superfície se insere nessa temática como direito real de gozo ou fruição, incidente sobre coisas alheias.

Hoje o período é fortemente marcado pela busca de um maior equilíbrio social. Nesse sentido, o Estatuto da Cidade e o Novo Código Civil procuram adaptar institutos jurídicos, como o Direito de Superfície, às exigências indispensáveis a um convívio social mais harmônico na sociedade no que tange à propriedade. Tanto que, abolindo-se a Enfiteuse, trouxe de volta à Superfície, com o escopo de melhor ocupar os espaços e possibilitar que mesmo aqueles desprovidos de recursos possam construir ou plantar, ainda que sem terrenos próprios.

Para tanto, apresenta-se aqui uma breve análise a respeito da existência dos direitos reais limitados, para, em seguida, passar os olhos sobre a história do Direito de Superfície, inclusive destacando seus momentos no Brasil. Antes de adentrar no conceito e natureza jurídica, faz-se uma breve incursão sobre a legislação estrangeira no que se refere ao assunto. Posteriormente, abordam-se as características, formas de constituição e extinção da Superfície. Com maior ênfase, estabelece um paralelo entre o Estatuto da Cidade e o Novo Código Civil. Por fim, diferencia-se o Instituto da Superfície da Enfiteuse e da Concessão de Direito Real de Uso.

2 DIREITOS REAIS LIMITADOS

O direito real é a relação que se estabelece entre o homem e a coisa, mediante uma inflexão direta, sem que haja intermediário. Dentre os direitos reais encontra-se a propriedade ou o domínio, sendo este o mais completo deles, abrangendo o *jus utendi*, o *jus fruendi*, *jus abutendi* e a *vindicatio*.

O proprietário, embora possa ter concentrado em mãos todas as prerrogativas inerentes ao direito de propriedade, pode conceder uma ou mais delas a outrem, fato do qual decorre a elasticidade do direito de propriedade.

Os direitos reais limitados, nesse sentido, nascem do fato de um terceiro gozar de um dos poderes inerentes ao domínio. Dentre os direitos reais limitados tem-se: a superfície, a servidão predial, o usufruto, o uso e a habitação. A enfiteuse também é um direito real sobre coisa alheia, porém é um instituto em extinção. O atual Código Civil não mais disciplina a enfiteuse, ao dispor (artigo 2.038) que fica

proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até a sua extinção, aos princípios do Código Civil de 1916.

3 HISTÓRICO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

Pode-se considerar o direito romano, no seu início, totalmente incompatível com o direito de superfície. O conceito de propriedade, para os romanos, era rigidamente individualista. O proprietário o era tanto de direito como de fato sobre aquilo que lhe pertencia.

Com o passar do tempo, no entanto, penetra o elemento social no conceito romano de propriedade, passando a existir uma espécie de arrendamento, primeiramente sobre as terras do Estado. Essa concessão, inicialmente geradora de direitos obrigacionais, passou a ser regida no período *justinianeu* por ação real.

A idéia de construções e plantações consideradas como propriedade autônoma só veio a nascer no feudalismo, na idade média, rompendo com o tradicional princípio *superficies solo cedit*. Nesse período, difundiu-se o pensamento que admitia a bifurcação da propriedade: a de direitos nas mãos do senhor feudal e a de fato nas mãos dos vassalos.

A história mostrou, porém, que custou muito caro a idéia de propriedade autônoma em relação aos servos e vassalos. Dos enfiteutas e superficiários eram cobrados valores abusivos por trabalharem em terras alheias, gerando assim uma escravização do homem em relação à terra.

No século XIII, por força do iluminismo, o conceito de propriedade retorna aos seus moldes mais antigos, absoluto e exclusivo, respeitando no máximo as normas de boa vizinhança, em sinal de repúdio às relações criadas pelo regime feudal. A contemporaneidade, todavia, trouxe de volta os institutos da enfiteuse e da superfície, agora alocados em outro contexto histórico.

3.1 A Superfície no Brasil

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

1 LIRA, R. P. O Direito de Superfície e o Novo Código Civil, p. 252.

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

Alguns autores entendem ter sido o direito de superfície reintroduzido no ordenamento brasileiro sob a forma de concessão de direito real de uso pelo Decreto 271/61. No entanto, Ricardo Lira¹ afirma ser tal concessão essencialmente diferente da superfície, pois não suspende os efeitos da acessão.

4 CONTORNOS DO INSTITUTO NO DIREITO COMPARADO

Na França, o direito de superfície é admitido pela doutrina como implícito em seu artigo 553 do Código Civil, que reza presumir-se do proprietário do solo as plantações ou construções realizadas naquele, até que se prove o contrário. Provedo-se o inverso, ter-se-á propriedade da obra (construção ou plantação) separada da propriedade do solo, conforme preleciona Ricardo Pereira Lira².

A Itália regula o instituto da superfície expressamente nos artigos 952 e 956 de seu Código Civil. A superfície italiana pode dar-se apenas para fins de construção e não de plantação, e não se perde esse direito pelo seu não-uso. Na Bélgica, desde 1824, a superfície vem sendo regulamentada munindo o superficiário dos poderes de alienar, hipotecar e instituir servidões sobre as acessões.

O direito português admite expressamente a constituição da superfície por testamento e usucapião (artigo 1528), além do contrato, diferenciando-se do direito brasileiro, que estabelece a constituição “*inter vivos*”, sendo silente quanto à aquisição por usucapião, que é repudiada pela doutrina. Além disso, o Código português prevê prazo decadencial de dez anos para o superficiário construir ou plantar, caso o contrato não estabeleça, lacuna existente na lei civil brasileira.

Como regra geral, o direito comparado mostra, através da legislação de diversos países, que o direito de superfície é sempre tratado como direito real e que o superficiário goza, normalmente, dos poderes de alienar e hipotecar as construções ou plantações que aderem ao solo.

2 Id. *Ibid.*, p. 255.

5 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Para Maria Helena Diniz³, o direito de superfície:

é um direito real de fruição sobre coisa alheia visto que não atinge a propriedade do dono do solo, por afastar a acessão, consagrada no artigo 1253 do Código Civil, pelo qual tudo que se acrescentar ao solo deverá pertencer ao seu proprietário (*superficies solo cedit*). Assim sendo, a propriedade superficiária é a 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.

Quanto à natureza jurídica do instituto, entende-se ser um direito real. Corroboram com essa afirmação os seguintes fatos enunciados por Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴:

- a) a exigência de sua constituição por meio de escritura pública registrada no Cartório de bens Imóveis (exigência esta só cabível em se tratando de direitos reais sobre imóveis);
- b) a possibilidade de sua transmissão a terceiros por ato “inter vivos” ou “causa mortis”;
- c) o fato de, extinta a superfície, recuperar o proprietário o domínio pleno sobre o imóvel, a indicar que o mesmo era limitado por incidir sobre o bem um direito real;
- d) o fato de o superficiário ser indenizado na desapropriação (artigo 33 do Decreto Lei n. 3.365/41), pois apenas aqueles que possuem um direito real sobre o bem desapropriado podem se subrogar na indenização paga pelo expropriante.

³ DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, p. 410.

⁴ DI PIETRO, M. S. Z. **Estatuto da Cidade** (Comentários à Lei 10.257/01) – Direito de Superfície, p. 182.

Trata-se a superfície de um instituto complexo, segundo o entendimento da mencionada autora Maria Sylvia Di Pietro⁵, por envolver o direito do proprietário ao solo; o direito do superficiário de construir ou plantar sobre solo alheio; depois de edificada a obra, a propriedade autônoma desta por aquele (superficiário); e o direito a eventual pagamento do superficiário ao proprietário.

Assim, a superfície é o direito real sobre coisa alheia, instituído pelo proprietário em favor de um terceiro (superficiário), por meio de ato “inter vivos”, gratuito ou oneroso, pelo qual este, temporariamente, adquire o direito de plantar ou construir no terreno de quem o concedeu.

6 CARACTERÍSTICAS DA SUPERFÍCIE

Um traço muito importante da superfície é o caráter autônomo da edificação ou plantação após sua realização. Desse fato decorre a possibilidade de constituição de hipoteca sobre a construção. Realmente, muitas pessoas sem recursos, para adquirir terreno, poderão construir suas moradias sobre solo alheio, por meio da concessão da superfície. Entendendo ser a edificação propriedade autônoma do superficiário, ele poderá colocá-la em garantia para o recebimento de financiamento a ser utilizado para a construção de sua moradia. Com isso, poder-se-ia atenuar o problema da carência de moradias no Brasil e concretizar o princípio da função social da propriedade e da cidade.

Para o já citado autor Ricardo Lira⁶, tanto o Novo Código Civil como o Estatuto da Cidade não enfatizam o caráter autônomo da propriedade do superficiário, sua hipotecabilidade e o destino desta e de outros direitos reais quando da extinção da superfície. O mesmo autor propõe alterações na regulamentação do instituto, sugere um artigo dispondo que extinta a superfície pelo advento do termo, a hipoteca da coisa superficiária igualmente se extingue e a hipoteca do solo não se estende à coisa superficiária.

A outorga do direito de superfície ocorre por atos “inter vivos”. Esse direito será gerado com o registro do contrato celebrado entre o proprietário e superficiário no Cartório de Registro de Imóveis (artigo 1369 - CC). O contrato deve estar revestido sob forma de escritura pública.

É facultada a estipulação da gratuidade ou onerosidade na concessão do direito de superfície. Se onerosa for a concessão, o “cânon” pago pelo superficiário ao proprietário pode ser feito de uma só vez ou em parcelas (artigo 1370 - CC). Silencia a lei quanto à periodicidade do pagamento, portanto, deve-se tomar cuidado para não aproximar demais a superfície do arrendamento.

5 Id. Ibid. p. 181.

6 Id. Ibid. p. 265.

A duração da concessão, nos termos do artigo 1369, “caput”, do Código Civil, deve ser por tempo determinado. A vedação implícita ordenamento jurídico brasileiro é para com a instituição de superfície perpétua, e não indeterminada, já que existe a possibilidade desta de acordo com o Estatuto da Cidade.

O artigo 1369 do Código Civil faz referência ao direito de construir e plantar por parte do superficiário. Uma interpretação literal do mesmo “codex” não abrange a concessão de superfície com bens já construídos, como ocorre, por exemplo, no direito português. No entanto, pode-se pensar se não poderia ser também direito do superficiário manter um bem já existente, pois a não admissibilidade desse fato restringiria o campo de atuação da superfície à extinta enfiteuse, além de não atender o princípio da função social da propriedade na medida em que esta requer. O projeto de Lei n. 6960/02 cogita de o verbo “manter” além de construir e plantar como prerrogativas do superficiário.

7 CONSTITUIÇÃO E EXTINÇÃO DA SUPERFÍCIE

No direito comparado, de um modo geral, admitem-se três formas de constituição do direito de superfície: a concessão, a cisão e a usucapião. O direito brasileiro contempla expressamente apenas a primeira modalidade.

A concessão consiste na outorga pelo proprietário ao superficiário do direito de construir ou plantar sobre ou sob o terreno daquele. O proprietário é o cedente do direito de implante, e o superficiário o cessionário. A concessão desse direito é formal, pois exige escritura pública inscrita no Cartório de Registro de Imóveis para se efetivar.⁷

Pode a concessão do direito de superfície ser gratuita ou onerosa. A constituição desse direito se dá por ato “inter vivos” (contrato), não podendo ser feita por ato de última vontade (como era permitido para a enfiteuse)⁸. Assim, o indivíduo não pode deixar em testamento um direito de superfície em favor de alguém, apenas podendo impor ao seu legatário ou herdeiro o encargo de construir a superfície em benefício de outrem. Porém, com relação à transmissão, pode a superfície ser transmitida aos sucessores do superficiário com a morte deste, conforme artigo 1372 do Código Civil, além de ele ter a possibilidade de transferir a terceiros o seu direito, obedecendo, é claro, ao direito de preferência do proprietário do solo.⁹

⁷ CÓDIGO CIVIL. Art. 1227.

⁸ VENOSA, S. de S. Direito Civil. Direitos Reais, p. 426-427.

⁹ CÓDIGO CIVIL. Art. 1373.

Quanto à cisão, ocorre quando o proprietário do solo é também dono da edificação ou plantação sobre ele, transferindo ao superficiário o direito de manter essas acessões. O superficiário tornar-se-á proprietário da construção ou plantação, e o dono do terreno continuará na propriedade deste. A situação inversa também é possível, ao transferir o dono do solo a propriedade deste, tornando-se superficiário dos bens anteriormente construídos. Segundo Venosa¹⁰, quanto à concessão do direito de superfície com construções já edificadas, pode o proprietário continuar no domínio do solo e da obra sobre ela realizada, outorgando ao superficiário apenas o direito de acabar a obra ou incorporar benfeitorias sobre ela. Com relação a estas, seu proprietário seria o concessionário.

A usucapião (como a cisão) é outra forma de aquisição do direito de superfície. Por ela o indivíduo constrói sobre o terreno alheio, vindo depois de um lapso de tempo celebrar com o proprietário do solo um contrato de superfície. Esse indivíduo passará a pagar ao dono um cânon após feitura do contrato, tendo usucapido o direito de superfície pelo período anterior à realização dele. Caso o contrato não houvesse sido celebrado, o dono do solo também seria da edificação, em função dos efeitos da acessão (artigos 1353 e 1355 CC). A celebração do vínculo contratual, no entanto, retroage à data do início da construção, considerando-se o superficiário proprietário da obra. Tal entendimento é fornecido por Ricardo Lira¹¹, que critica a posição adotada por vários juristas a respeito da impossibilidade de tal aquisição, por implicar na aquisição do domínio da terra, o que não ocorre, pois o pagamento do cânon significa reconhecimento de que o solo pertence a outrem, incidindo a usucapião sobre o direito de superfície.

A duas últimas modalidades de aquisição da superfície não se encontram acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Quanto à extinção do direito de superfície, pode ocorrer de diversas formas:

I. advento do termo final (CC. Art. 1374, 1. Parte e EC., Art. 23,I), pois com fim do prazo estipulado no contrato retorna ao proprietário o domínio do bem;

II. descumprimento das obrigações contratuais pelo superficiário (por exemplo: não pagamento do cânon; pela destinação diversa daquela para a qual foi concedida, etc.). (Art.23, II - EC);

10 VENOSA, S. DE S. Op. Cit. p. 431.

11 LIRA, R. P. Op. Cit., p. 393.

III. pelo fato do superficiário dar ao terreno destinação diversa da convencionada (CC. Art. 1374 e EC. Art. 24, parágrafo primeiro);

IV. pela consolidação, ou seja, fusão do direito do proprietário do solo e do direito de superfície, quando o proprietário exerce o seu direito de preferência e adquire a superfície, ou o superficiário, exercendo igual direito, adquire a propriedade do solo (CC. Art. 1373 e EC. Art. 22);

V. renúncia do superficiário (CC, Art. 473);

VI. pelo distrato (resilição bilateral), quando o vínculo contratual é dissolvido por deliberação de ambos os contraentes (Art. 472, CC);

VII. pelo perecimento do terreno objeto da superfície (pois não há mais como o superficiário exercer seu direito);

VIII. decadência, pelo não uso do direito de construir dentro do prazo avençado. O Código Civil não estabelece prazo para o caso de não estipulação contratual, o que vem sendo objeto de críticas doutrinárias que muitos chamam por reforma;

IX. pela desapropriação (caso em que o Poder Público torna-se proprietário do solo e das construções ou plantações). Ocorrendo a desapropriação, o proprietário e o superficiário devem ser indenizados na proporção de seus direitos (CC. Art. 1376), pois a superfície é um direito real. Aquele que tem direito pessoal não pode subrogar-se na quantia depositada, podendo impetrar ação direta contra o Poder Expropriante para reaver seus prejuízos (Arts. 26-31 da Lei 3.365/41);

X. falecimento do superficiário sem herdeiros (CC. Art. 1372).

Com a extinção do direito de superfície, voltam a operar os efeitos da acessão, tornando-se o proprietário do solo dono também das construções e plantações sobre ele realizadas, via de regra, sem indenização (Art. 1375, CC), salvo se houverem as partes pactuado.

A extinção do direito de superfície deve ser averbada no Cartório de Regis-

tro de Imóveis, como reza o Art. 24, parágrafo segundo, do Estatuto da Cidade, embora não haja regra semelhante no Novo Código Civil.

8 PONTOS CONFLITANTES ENTRE O ESTATUTO DA CIDADE E O NOVO CÓDIGO CIVIL

A Lei 10.257/01, denominada Estatuto da Cidade, visa uma melhor ordenação da cidade, fazendo com que esta e a propriedade urbana cumpram a função social delas exigida, através da implementação de certos instrumentos de política urbana, dentre eles, o direito de superfície.

Referida lei veio regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal. Entrou em vigor em julho de 2001 e regulou, dentre outros instrumentos de política urbana, o direito de superfície. No entanto, o novo Código Civil (Lei 10.406/02), entrou em vigência a partir de janeiro de 2003 e veio regulamentar novamente a matéria. Segundo o disposto no artigo 2º., § 1.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, teriam as disposições do Estatuto da Cidade sido revogadas pela nova lei civil? Entende-se que não. No caso, vigora o Princípio da Especialidade, pelo qual a lei mais específica, ainda que anterior à nova lei geral, é a que deve reger o assunto a ela pertinente. Nesse sentido, os imóveis urbanos, por serem objeto de políticas urbanas previstas no Estatuto da Cidade, devem obedecer às normas deste, submetendo-se, supletivamente, à disciplina do Novo Código Civil, que regerá o direito de superfície no âmbito rural.

Entre as duas legislações há pontos conflitantes. O Estatuto da Cidade admite a constituição do direito de superfície por tempo determinado ou indeterminado (Art. 21). Já o Novo Código Civil rejeita a última hipótese, pregando “[...] o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado”. No entendimento de Silvio Venosa¹², se o contrato for estabelecido por tempo indeterminado (regulado pelo Estatuto da Cidade), deve haver a possibilidade de rescisão unilateral do contrato (Art.473, CC). Se o contrato for omissivo quanto ao modo de se operar essa rescisão, deverá o Poder Judiciário estabelecer um prazo adequado para o superficiário deixar o bem (Art. 473, parágrafo único).

Nos termos do Novo Código Civil, a concessão do direito de superfície somente abrange o subsolo quando a utilização deste for inerente ao objeto da concessão (Art. 1369, parágrafo único), ou houver menção expressa no contrato (por exemplo: concessão da superfície de um terreno argiloso para uma fábrica de tijolos). O Estatuto da Cidade, por sua vez, reza que a concessão da superfície

12 VENOSA, S. Op. Cit., p. 427.

abrange o uso do solo, do subsolo e do espaço aéreo correspondente ao terreno, tudo nos termos do contrato avençado. De posse dessas informações, conclui-se que, se o imóvel for urbano (regido pelo Estatuto da Cidade), é permitida implicitamente a utilização do subsolo e do espaço aéreo relativo ao terreno; já se o imóvel for rural (regulado pelo Código Civil) o uso desses espaços está condicionado à previsão do contrato ou à natureza da exploração da superfície.

Outra diferença, entendida mais como uma omissão do legislador civil, é a de que o Estatuto da Cidade exige o registro da extinção da superfície (Art. 24, parágrafo segundo) e o Novo Código Civil não. Porém, devido à publicidade conferida pelo registro e, também, por razões do sistema, entende-se que a extinção das superfícies rurais (reguladas pelo Código Civil) deve ser averbada no Cartório de Registro de Imóveis.

Cabe observar que, com relação aos tributos e encargos, prevê o novo Código Civil ser o superficiário responsável por eles no tocante à construção ou plantação (CC, Art. 1371). O Estatuto da Cidade, por sua vez, onera o cessionário com os tributos e encargos incidentes sobre a propriedade superficiária e sobre a área objeto de concessão do direito de superfície (Art. 21, parágrafo terceiro), salvo disposição contrária no contrato.

9 ENFITEUSE VERSUS DIREITO DE SUPERFÍCIE

O direito de superfície veio substituir com grande vantagem o instituto da enfiteuse, previsto como direito real pelo Código Civil de 1916 e abolido pelo artigo 2.039 do Código Civil de 2002, que veda a constituição de novas enfiteuses.

O Código Civil de 1916 disciplina a enfiteuse em seu artigo 678 da seguinte forma: “Dá-se a enfiteuse, aforamento ou empraçamento, quando por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquire, e assim, se constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro, anual, certo e invariável”.

Assim, como a superfície, a enfiteuse constitui direito real sobre coisa alheia. Os contratantes são o senhorio direto (proprietário do bem) e o foreiro ou enfiteuta (titular do domínio útil). O objeto da enfiteuse recai apenas sobre as terras não cultivadas ou terrenos que se destinem a edificação (Art. 680 CC/1916). Daí tem-se que não é possível a constituição de enfiteuse sobre terrenos já edificados, tese sustentada no caso da superfície.

A enfiteuse é o direito real sobre coisa alheia que mais confere prerrogativas ao seu titular, que pode usar, gozar e até dispor. No entanto, não há dualidade de domínio, sendo o verdadeiro proprietário do bem o senhorio direto, podendo o enfiteuta vir a ser proprietário, consolidando a plenitude do domínio, se exercer o

resgate, após dez anos da constituição da enfiteuse, mediante o pagamento de um laudêmio ao senhorio direto de 2,5% do atual valor da propriedade plena, mais dez pensões anuais (Art. 693 do CC/1916).

Com o exercício do direito de resgate, extingue-se a enfiteuse e o foreiro adquire a propriedade plena. Esse direito inexistente na superfície.

No instituto da enfiteuse, o foreiro é obrigado a pagar anualmente ao senhorio uma certa quantia (cânon ou pensão) invariável (Art. 678, *in fine*, CC/1916) e, o vínculo que os une é perpétuo. Se constituída a enfiteuse por tempo limitado, será considerada arrendamento (Art. 679, CC/1916). A superfície pode ser: gratuita ou onerosa, constituída por tempo determinado ou indeterminado, porém, jamais perpétua.

Na enfiteuse, o foreiro deveria pagar o laudêmio ao senhorio direto quando da alienação do bem enfiteutico (Art. 686, CC/1916). O Código Civil de 2002 (Art. 2038, parágrafo primeiro, inciso I) proíbe a cobrança de laudêmio. Na superfície, o cedente não tem direito ao pagamento pela transferência (CC. Art. 1372, parágrafo único).

Como já explicitado, a enfiteuse constitui um direito real sobre coisa alheia, constituído por ato “inter vivos”, ou de última vontade, pelo qual o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando o enfiteuta uma pensão ou foro anual e invariável ao senhorio direto.

Denota-se, por essas características, que o instituto da superfície é mais dinâmico que o da enfiteuse, possibilitando, assim, um melhor atendimento ao princípio da função social da propriedade e às exigências sociais, por colaborar com a racionalização do uso do solo urbano e com a manutenção do homem na zona rural.

10 DIREITO DE SUPERFÍCIE E CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO – DIFERENÇAS

Existe grande semelhança entre o direito de superfície e a concessão do direito real de uso regulamentada pelo Decreto 271/61, a ponto de alguns doutrinadores defenderem que a instituição da concessão teria significado a volta da superfície no Direito Brasileiro. Porém, com olhar atento aos institutos, percebe-se que são essencialmente distintos.

O direito real de uso consiste na concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, gratuita ou onerosa, por tempo certo ou indeterminado, para fins de urbanização, industrialização, edificação, cultivo de terra, ou outra utilização de interesse social.

Um grande traço diferenciador entre a superfície e o direito real de uso consiste no fato de que, na concessão, o concessionário tem apenas um direito real

de uso e gozo sobre a obra e não a propriedade autônoma destas, gerada pela superfície. Vale dizer: na concessão não ocorre a suspensão dos efeitos da acessão, o que se dá na superfície. Não sendo proprietário, o cessionário não pode gravar e hipotecar a construção. Esse fato dificulta o financiamento em favor do concessionário, pois não pode oferecer o bem em garantia.

Outra diferença reside no fato da concessão de direito real de uso estar vinculada a fins de interesse público, enquanto a superfície pode, também, ser utilizada para atender interesses privados.

Corroborar para tal diferenciação o artigo 4º. do Estatuto da Cidade, que elenca ambos como instrumentos de política urbana.

11 CONCLUSÃO

Em função de recente produção legislativa referente ao direito de superfície, espera-se que o tempo venha mostrar a repercussão prática desse instituto no meio social. Se realmente os objetivos do legislador serão atingidos, só o direito aplicado mostrará.

No plano teórico a superfície possui grandes vantagens. Pode, inclusive, vir a ser um forte instrumento no combate à escassez de moradias no Brasil, principalmente com relação à população menos favorecida. O dono do terreno, ao conceder o direito de implante, pode deixar de sofrer as sanções previstas no artigo 182, parágrafo quarto da Constituição Federal (parcelamento e edificação compulsórios, IPTU progressivo e desapropriação, respectivamente) e ver sua propriedade verdadeiramente utilizada, conforme os ditames da justiça social.

No que tange às diferenças encontradas entre o Estatuto da Cidade e o Novo Código Civil, percebe-se que, na verdade, pelo princípio da especialidade, esta lei não revogou aquela, mas sim regula as situações por ela previstas supletivamente, além de ser o referencial legal para os imóveis rurais.

Embora essas legislações apresentem muitos avanços, alguns pontos devem ser aperfeiçoados. Pode-se pensar, por exemplo, em acrescentar o direito de superfície por cisão; regular especificadamente a constituição de hipoteca e outros direitos reais sobre a propriedade superficiária; explicitar o modo de se operar o direito de preferência pelo superficiário e proprietário. Enfim, outras alterações podem ser elaboradas, todas com o intuito de aperfeiçoar o instituto.

Por fim, para concluir pode-se dizer que aplicabilidade do direito de superfície consiste na percepção das verdadeiras virtudes sociais, sempre com o condão de fixar as idéias balizares do referido instituto.



REFERÊNCIAS

- DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito das Coisas. 17. ed. v. IV. São Paulo: Saraiva. 2002.
- DI PIETRO, M. S. Z. **Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257) – Direito de Superfície**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GONÇALVES, C. R. **Direito Civil: Direito das Coisas (coleção sinopses jurídicas)**. v. III. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GUIMARÃES, J. R. **O Novo Código Civil e o Direito das Coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 798. abr./2002.
- LIRA, R. P. O Direito de Superfície e o Novo Código Civil. Rio de Janeiro. **Revista Forense**. n. 364. nov./dez. 2002.
- PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de Direito Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro. **Revista Forense**. v. IV. 1984.
- RODRIGUES, S. **Direito Civil: Direito das Coisas**. v. 5. 27. ed.. São Paulo: Saraiva. 2002.
- VENOSA, S. de S. **Direito Civil: Direitos Reais**. v.5. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2004.
- WALD, A. **Direito Civil Brasileiro, Direito das Coisas**. 11. ed. São Paulo, Saraiva. 2002.