

DO REGIME DE CONCESSÃO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

*Américo Luís Martins da Silva
Procurador Federal, Pós-Graduação em Direito Tributário da
Universidade Cândido Mendes - UCAM, Especialista em Direito
Empresarial, pelo Centro de Ensino Unificado de Brasília - CEUB,
Pós-graduado em Direito Civil pela Escola Superior da Magistratura
do Distrito Federal. Mestre em Direito Empresarial, pela
Universidade Gama Filho - UGF - RJ*

Sumário: 1 Evolução do direito de superfície; 2 Conceito de direito de superfície; 3 Distinção com as demais formas de utilização da superfície de terrenos; 4 Dos regimes de concessão da utilização de superfície de terrenos; 4.1 Do regime da concessão do direito de superfície disciplinado pelo Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10.07.2001); 4.2 Do regime da concessão do direito de superfície disciplinado pelo Código Civil de 2002; 4.3 Do regime da concessão de uso de terrenos públicos e particulares regulado pelo Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967; 4.4 Do cabimento do regime da concessão do direito de superfície em terrenos públicos; 5 Referências.

RESUMO: O direito de superfície, como direito real autônomo, temporário ou perpétuo, de fazer e manter construção ou plantação sobre ou sob terreno alheio, é um instituto jurídico incluído no campo do Direito das Coisas muito recentemente. O art. 674 do Código Civil de 1916 não o enumerava entre as modalidades de direitos reais. De maneira que este instituto só veio surgir pela primeira vez com o advento do art. 7º do Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967, o qual ainda encontra-se plenamente em vigor, pois não há qualquer disposição legal ulterior que o tenha revogado expressamente ou com disposições incompatíveis com as suas. Posteriormente a Lei nº 10.257, de 10.07.2001 (Estatuto da Cidade) também o adotou, tendo seguido o mesmo caminho os arts. 1.369 e segs. do Código Civil de 2002, absorvendo-o com mutações. Não se trata da mesma espécie de direito previsto em legislações diferentes. O direito de superfície previsto no Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967, tem suas características próprias, bem distintas do direito de superfície regulado pelo Estatuto da Cidade e do direito de superfície tratado no Código Civil de 2002. Assim sendo podemos com segurança afirmar que, na atualidade, existem três espécies de regime de concessão do direito de superfície, para disciplinarem a utilização, construção e plantação na superfície de terrenos: 1) o regime de concessão do direito de superfície regulado pelos arts. 21 a 23 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001 (Estatuto da Cidade); 2) o regime de concessão do direito de superfície regulado pelos arts. 1.369 a 1.377 do Código Civil de 2002; e 3) o regime de concessão de uso de terrenos públicos ou particulares regulado pelo art. 7º do Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967.

PALAVRAS-CHAVE: Concessão de Uso. Direito de Construir. Direito de Plantar. Direito de Subsolo. Direito de Superfície. Direito de Uso. Direito de Usufruto.

1 EVOLUÇÃO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

Pelo que tudo indica o direito de superfície surgiu no decorrer do século II depois de Cristo. Certo é que no antigo Direito romano, em sua primeira fase, vingava o princípio da associação estreita entre o solo e a superfície, sendo ambas partes da mesma coisa, o que levou a formar a expressão “superfície segue o solo” (*superficies solo cedit*). No direito clássico,¹ assim como ocorria no pré-clássico, vigorava em Roma, de modo absoluto, a regra de que superfícies *solo cedit*, por força da qual tudo quanto fosse acrescido ao solo (plantações e construções) passava a integrá-lo e ao seu dono pertencia, não podendo ser objeto de transferência senão juntamente com o solo.²

Portanto, segundo Arnaldo Rizzardo, 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. Mais tarde, porém, já se admitia aos particulares o uso do solo alheio, construindo moradias na superfície, ou estendendo plantações. A bem da verdade, na ocasião, o surgimento do direito de superfície decorreu da necessidade prática de se permitir à construção em solo alheio, principalmente sobre bens públicos. Os magistrados permitiam que comerciantes instalassem tabernas sobre as ruas, permanecendo o solo em poder do Estado. De maneira que, entre particulares, o instituto estabelecia-se por contrato, enquanto com o Estado limitava-se a permissão. A partir de então foi se consagrando o direito de superfície como um direito que não seguia o direito ao solo. Tal forma de utilização acabou sendo objeto da proteção do pretor, que concedia ao superficiário, quando ofendido em sua posse, um interdito de afastamento da perturbação. Mais tarde, no período pós-clássico, o *direito de superfície* tornou-se um preceito.³

1 Os historiadores da antiga Roma dividem o Direito romano em 3 (três) períodos distintos: 1- *Direito pré-clássico*: das origens de Roma até a Lei *Aebutia* (aproximadamente 149-126 a.C.); 2- *Direito clássico*: 126 a.C. até o fim do reinado de Diocleciano, em 305 d.C.; 3- *Direito pós-clássico*: 305 d.C. até o início do reinado de Justiniano; como divisão dentro do Direito pós-clássico, tem-se também o direito vigente no reinado de Justiniano (527 a 565 d.C.), que, pelo seu caráter regenerador, recebe o nome de *direito justinianeu*.

2 MOTA, Mauricio Jorge Pereira da. **Direito De Superfície No Direito Romano**, orientador Ricardo Pereira Lira, trabalho de conclusão de curso apresentado na disciplina de Propriedade Urbana do Mestrado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1º Semestre de 1995. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/mauricio_mota/mm_2.html>.

3 Cf. Direito das Coisas (De acordo com a Lei nº 10.406, de 10.01.2002), 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 861.

Sustenta BIONDO BIONDI quem, no Direito romano pós-clássico, com a extinção das fórmulas e do *officium praetoris*, ter-se-ia chegado ao aberto reconhecimento da propriedade superficiária (§ 98 do Livro Siro-Romano). No Direito Justiniano, desaparecidas as razões formais do sistema clássico, o superficiário viria a ser considerado verdadeiro proprietário, dispondo de qualquer das ações para a tutela do *dominium*. A superfície, pois, em época justiniana, 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. Argumenta também Biondo Biondi, baseado em Digesto 30, 86, 4, que junto com a propriedade superficiária o Direito Justiniano teria concebido a superfície como *servitus*, o que se explicaria pela especial relação estabelecida agora entre a superfície (considerada propriedade) e o solo. Por força de necessidade física e jurídica, tal relação se configuraria, pois, verdadeira servidão, ou, mais especialmente, como *servitus* de ocupar superfície em solo alheio. Esta vinculação entre solo e superfície apresentaria, além disso, toda a estrutura de uma servidão, já que se tratava de uma relação entre dois imóveis (a *superficies* e o *fundus*) de proprietários diversos, tendo por conteúdo um *pati*, comparável ao da *servitus oneris ferendi*. A concepção justiniana da superfície repousaria, pois, conclui BIONDO BIONDI, nos conceitos de propriedade e servidão, não se tratando, porém, de duas figuras diversas, mas sim das duas faces de um mesmo instituto.⁴

Portanto, no Direito romano pós-clássico, se permitia plena atribuição do *direito de superfície* a quem, sob certas condições, construísse em terreno alheio. Assim, passou-se a admitir que o *superficiário-construtor* realizasse obra separada do solo. No entanto, sob o ponto de vista romano, o direito de superfície somente era atribuído a construções, não se aplicando às plantações em terreno alheio. Seja como for, ao contrário da enfiteuse, o direito de superfície é um instituto de origem exclusivamente romana.

O antigo Direito português também adotou o *direito de superfície*. Todavia, Luiz da Cunha Gonçalves esclarece 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. Inclusive, foram justamente as necessidades práticas que fizeram com que tal instituto se ampliasse, porque era necessário

4 Cf. **La Categoria Romana delle Servitutes**. Milano: Società Editrice Vita e Pensiero, 1938. p. 37.

conciliar a inalienabilidade das terras feudais e eclesiásticas com a urgência do desenvolvimento das construções urbanas. No entanto, a concessão do direito de superfícies em Portugal tinha caráter perpétuo, como regra, e transmissível aos herdeiros do superficiário.⁵

Face à aplicação do Direito português em terras brasileiras, o *direito de superfície* acabou por ser introduzido no nosso ordenamento jurídico primitivo, considerando a superfície isolada do subsolo. Com efeito, no Brasil, segundo notícia Wilson de Souza Campos Batalha, “o direito de superfície, embora não com esta designação, era regulado pelo direito antigo, ou seja, pela Lei pombalina de 9 de julho de 1773, parágrafos 11, 17 e 26, em relação a construções, árvores e plantações”.⁶

Inclusive, segundo Lafayette Rodrigues Pereira, tal instituto do antigo Direito das Coisas brasileiro constituía então forma de colocar no solo alheio o objeto do direito real autônomo de construir e plantar. Lembrando ser direito real aquele que “afeta a coisa direta e imediatamente, sob todos ou sob certos respeitos, e a segue em poder de quem quer que a detenha”. Por sinal, o antigo *direito de superfície* valia-se da concepção doutrinária de que nem sempre o acessório segue o principal e que o princípio da acessão, como forma de aquisição da propriedade, pode ter exceções.⁷

Tal legislação perdurou por quase 2 (dois) séculos. No entanto, o *direito de superfície* somente subsistiu no Brasil Imperial até o advento da Lei nº 1.237, de 24.09.1864, que o suprimiu do nosso Direito, uma vez que a referida Lei não mencionou a superfície entre os direitos reais que permaneceriam em vigor .

Seja como for, o século XIX viu a consagração desse instituto. Apesar de o instituto não ter sido introduzido no Código Civil francês, pois era visto como forma de manutenção da propriedade feudal, codificações que vieram depois do Código Napoleônico introduziram o direito de superfície em seus textos. Entre elas podemos citar o Código austríaco de 1811.

5 Cf. Tratado de Direito Civil. 2. ed. vol. 9, São Paulo: Max Limonad, 1958. p. 293-299.

6 Cf. Loteamentos e condomínios, t. 2, São Paulo: Max Limonad, 1953. p. 19.

7 Cf. Direito das Cousas. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940. p.196.

Segundo Wilson de Souza Campos Batalha, o Código Civil alemão de 1986 disciplinou, expressamente, o *direito de superfície*, em seu § 1.012, no qual prescrevia a faculdade de gravar um imóvel “de maneira que àquele, a favor de quem a imposição do ônus tem lugar, corresponda o direito alienável e transmissível aos herdeiros de manter acima ou abaixo da superfície uma construção”.⁸ Entretanto, a previsão legal de tal instituto foi considerada inadequada para a época. Tanto é que em pouco tempo foi excluída da legislação alemã. Posteriormente, o *Bürgerliches Gesetzbuch – B.G.B.* ou Código Civil alemão que passou a vigorar em 1900, ampliado por uma ordenança de 1919, também veio ressuscitar o direito de superfície naquele país, a partir de então como um direito de ter uma edificação sobre o solo alheio.

Luiz da Cunha Gonçalves cita também que, na Itália, em 1908, quando a necessidade de construção urgente de habitações, destruídas pelo terremoto calabro-sículo, determinou a edição do Decreto de 19.08.1917, o qual mandava aplicar, retroativamente, a *teoria do direito de superfície*.⁹

No entanto, ao contrário da tendência mundial, na reforma da nossa legislação civil, o legislador deixou de incluir tal direito no rol dos direitos reais previsto no art. 674 do Código Civil de 1916. Inclusive, Arnaldo Rizzardo relata que, embora Clovis Bevilacqua tenha feito constar previsão no rol dos direitos reais, numa das etapas da elaboração legislativa do Código Civil, em momento subsequente, vingou a emenda supressiva, a qual afastou a espécie na redação final do Projeto.¹⁰

O nosso atual *direito de superfície* foi sucedâneo do *direito de superfície* que existia na antiga legislação dos ingleses e dos povos escandinavos. Inclusive, Vicente Guilarte Zapatero informa que o direito de superfície inglês foi instituído naquele país sob influência direta da *Bodenleihe* do Direito alemão e se apresentava como um conjunto de contratos superficiários, que se agrupam sob a denominação comum de *building-lease*. Este conjunto de contratos é chamado de *leasehold estate* ou *term of years absolute*, o qual abrange superfície. De maneira que, sob o conceito de *lease* (arrendamento), o instituto superficiário inglês une todas as formas de rendas sobre propriedade imóvel (*sendo de fincas*),

8 Cf. op. cit., p. 18.

9 Cf. op. cit., p. 293-299.

10 Id. loc. cit.

desempenhando o papel de arrendamento de uso, de arrendamento de uso e desfrute, bem como de arrendamento de direito de superfície. Além disso, ele relata que esse instituto é utilizado maciçamente na Inglaterra, tanto é que, em Londres, o solo encontra-se em propriedade de uns poucos magnatas, principalmente as do Duque de Westminster, estando a maior parte das casas edificadas sobre terrenos de uma *building-lease*, ou seja, objetos de concessões do direito de superfície. Acrescenta Vicente Guilarte Zapatero que o *lease-holder* tem um direito real que é eficaz contra todo terceiro, inclusive contra o novo adquirente. Todavia, o direito é temporariamente limitado, quase sempre a 80 (oitenta) ou 90 (noventa) anos. Depois de transcorrido este prazo, a propriedade, com todas as construções se reverte ao proprietário.¹¹ Assim, o *leasehold estate* ou *term of years absolute* é constituído para durar certo tempo, mesmo que de longa duração, não podendo, pois, ser submetido a uma condição resolutória, como por exemplo a morte do rendeiro ou proprietário.¹²

Pierre Arminjon, Boris Baron Nolde e Martin Wolff informam, ainda, que no antigo Direito soviético, havia o direito de construção, adaptação moderna do direito de superfície que havia no antigo Direito romano, e que foi introduzido pelo Decreto de 08.08.1921. O instituto soviético constituía direito real que conferia às cooperativas e aos cidadãos o direito de construir sobre terras de vilas, sem precisar, contudo, a natureza desse direito nem o seu conteúdo. No entanto, com a vigência do Código Civil soviético, o direito de construção passou a ter uma regulamentação detalhada. Era, pois, um direito real submetido a normas imperativas. Ademais, a constituição e a alienação do direito de construção devia ser registrada e suscetível de hipoteca. Entretanto, a natureza da construção dependia exclusivamente das disposições contratuais.¹³

Também no Código italiano de 1942, que unificou o Direito Privado naquele país, consagrou-se o *diritto de superficie*. Com efeito, este Código em seus arts. 952 a 956, estabeleceu que o proprietário pode constituir o direito de executar e manter acima do solo uma construção a favor de outrem, que lhe adquire a propriedade; e, ao mesmo tempo, pode alienar a propriedade da construção já existente, separadamente da propriedade do solo. Para Wilson de Souza Campos

11 Cf. El Derecho de Superficie. Prólogo de D. Ignacio Serrano, Pamplona, Aranzadi, 1966. p. 69.

12 ARMINJON, Pierre; NOLDE, Boris Baron; WOLFF, Martin. *Traité de Droit Compare*, t. 2º, Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1950. p. 34.

13 Cf. op. cit., vol. 3, p. 327.

Batalha o legislador italiano adotou uma concepção moderna do *direito de superfície*, na qual já se evidenciam 2 (duas) diferentes modalidades de concessão para construir e a propriedade do solo sendo separada da propriedade superficiária.¹⁴

O Código Civil português de 1966, de modo expresso, disciplinou igualmente o *direito de superfície*. Por sinal, o art. 1.542 desse Código, além de abolir o instituto da enfiteuse, conceitua a superfície como a “faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou nele fazer ou manter plantações”. Segundo Silvio de Salvo Venosa, o legislador constituinte português assim procedeu porque o objetivo é mais amplo do que na enfiteuse, permitindo melhor utilização da coisa. O proprietário do solo mantém a substância da coisa, pertencendo-lhe o solo, no qual pode ter interesse de exploração ou utilização do que dele for retirado. Tem esse proprietário, denominado “fundeiro”, a fruição do solo e do próprio terreno enquanto não iniciada a obra ou plantação pelo direito lusitano. O superficiário tem direito de construir ou plantar. O fundeiro tem também a expectativa de receber a coisa em retorno com a obra.¹⁵

No Direito brasileiro moderno, esse instituto de Direito Imobiliário várias foram as tentativas de se inserir o direito de superfície em lei. Inclusive, houve a sua inclusão no Anteprojeto Orlando Gomes, em cujo art. 524 mencionava-se que “o proprietário pode conceder a outra pessoa o direito de construir ou plantar no seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente inscrita no registro imobiliário”. Do Projeto nº 634, de 1975, constava disposição substancialmente idêntica, no art. 1.401, o qual mencionada o seguinte: “O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente inscrita no Registro de Imóveis”.

Todavia, tal direito, a nosso ver, veio a ser ressuscitado pelo Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967, com a denominação imprópria de “direito real de uso”, para designar espécie de direito real de edificar, cultivar e utilizar, que adere ao bem, alienável por ato *inter vivos* e transferível por sucessão legítima ou testamentária, podendo ser concedido para o fim exclusivo de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra exploração de interesse social (art. 7º). Posteriormente, voltou a surgir com a denominação de “direito

¹⁴ Cf. op. cit., p. 16.

¹⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. O direito de superfície no novo Código Civil. Disponível em: <<http://www.societario.com.br/demarest/svsuperficie.html>>. Acesso em 21 de maio 2006.

de superfície” pela Lei n° 10.257, de 10.07.2001 (Estatuto da Cidade). Finalmente, absorvido com mutações pelo Código Civil de 2002.

2 CONCEITO DE DIREITO DE SUPERFÍCIE

Atualmente, o *direito de superfície* pode ser conceituado como “o direito real autônomo, temporário ou perpétuo, de fazer e manter construção ou plantação sobre ou sob terreno alheio; é a propriedade (separada do solo) dessa construção ou plantação, bem como é a propriedade decorrente da aquisição feita ao dono do solo de construção ou plantação nele já existente”.¹⁶ Portanto, o que melhor caracteriza o *direito de superfície* é o direito real que garante ao não-proprietário do solo de ter e utilizar coisa própria agregada a terreno alheio (imóvel do fundeiro). Por isso é que Mário Klang o definiu como “o direito de uma pessoa de ter a propriedade de edifícios ou plantações feitas em terreno alheio, com pleno consentimento do proprietário deste terreno”.¹⁷

Em outras palavras, é o direito real que assegura ao superficiário ter coisa própria incorporada em terreno alheio, ou seja, do fundeiro. O que se assegura pelo direito de superfície e o direito de construir ou manter uma construção em terreno alheio, ou plantar, ou manter a plantação, também em terreno alheio. O objeto da concessão é o direito de implantar em solo do proprietário. O termo “superfície” não deve ser entendido no sentido geométrico, mas como aquilo que sobre o solo se fez.¹⁸

Também Frederico Bittencout o definiu como “direito real em virtude do qual uma pessoa passa a dispor, desfrutar e usar das construções e plantações que realizar em terreno alheio, com o prévio consentimento do dono”.¹⁹

Arnaldo Rizzardo resume a caracterização do direito de superfície dizendo que ele abrange o domínio do que se encontra na superfície. Mais apropriadamente, assenta-se no domínio da superfície, com o poder de dispor dela, que se presta a ser alienada, arrendada, alugada e a outras modalidades de disposição.²⁰

16 LIRA, Ricardo Pereira. Elementos de Direito Urbanístico. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 7.

17 Cf. Direito de superfície. In: Revista dos Tribunais, n° 541, p. 301.

18 VIANA, Marco Aurélio S. Comentários ao Novo Código Civil: Dos Direito Reais: Arts. 1.225 a 1.510, vol. XVI, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 549.

19 Cf. Direito Real de Superfície. In: Revista Forense, n° 272, p. 404.

20 Cf. op. cit., p. 862.

3 DISTINÇÃO COM AS DEMAIS FORMAS DE UTILIZAÇÃODA SUPERFÍCIE DE TERRENOS

Acrescenta-se que o *direito de superfície* não se confunde com o *direito de uso*, nem com o *direito de usufruto*, propriamente ditos. Apesar de todos eles poderem ser objeto de concessão, características peculiares efetivamente os distinguem.

O *direito de uso* nada mais é do que um direito de usufruto mais restrito, principalmente no que tange ao gozo ou fruição da coisa. O *direito de uso* assegura apenas a utilização da coisa alheia, que é limitada às necessidades do usuário. O nosso Direito deu ao uso as características fundamentais do direito real temporário independente, colocando-o como direito de usar o bem, permitindo que ele seja fruído segundo as necessidades próprias e pessoais do usuário (art. 1.412 do CC de 2002).²¹ Tal como ocorre com o usufrutuário, o usuário usa e desfruta do bem, mas com uma restrição peculiar que é a de perceber uma porção dos frutos apenas o bastante para satisfazer as suas necessidades básicas. O uso se dá de maneira que o usuário o faça, desde que submetido à obrigação de conservar e manter o bem; não pode demolir o prédio em que recai o uso e edificar um novo, nem modificar a destinação da coisa ou derrubar floresta ou mata para fazer da terra uma lavoura. No entanto, como possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis (art. 1.219 do CC de 2002).²² Isto significa dizer que a *concessão de uso* não deve implicar necessário aumento patrimonial para o proprietário na restituição da coisa. Portanto, na *concessão de uso*, o proprietário perde apenas o direito de usar, mas mantém o direito de gozar e dispor da propriedade.

21 “Art. 1.412. O usuário usará da coisa e perceberá os seus frutos, quanto o exigirem as necessidades suas e de sua família.

§1º. Avaliar-se-ão as necessidades pessoais do usuário conforme a sua condição social e o lugar onde viver.

§2º. As necessidades da família do usuário compreendem as de seu cônjuge, dos filhos solteiros e das pessoas de seu serviço doméstico”.

22 “Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis”.

Ao contrário do direito de uso, o *direito de usufruto* implica a transferência do direito de desfrutar do bem em caráter temporário, que passa a ser exercido por outra pessoa. Com efeito, cumpre ao usufrutuário, a partir de então, a disposição do direito de exigir os serviços e utilidades que o bem permite, inclusive o gozo e exploração de florestas ou recursos minerais (art. 1.390 do CC de 2002),²³ desde que observada a legislação mineral e ambiental em vigor. Opera-se a transferência do valor econômico contido no usar e gozar, respeitada a substância do bem. O desfrute se dá de maneira que o usufrutuário o faça, desde que submetido à obrigação de conservar a substância do bem; também aqui não pode demolir o prédio em que recai o usufruto e edificar um novo, nem modificar a destinação da coisa. Tal como ocorre no direito de uso, no *direito de usufruto*, o usufrutuário deve restituir os bens como os recebeu, bem como os acessórios da coisa e seus acréscidos ou produtos da acessão (art. 1.392 do CC de 2002),²⁴ os quais fazem deles uma unidade, sobre a qual se estende, naturalmente, o usufruto. Todavia, ele os recebe no estado em que se encontram, não estando o proprietário obrigado a entregá-los em boas condições de aproveitamento. As reparações ordinárias da coisa cabem ao usufrutuário, mas as extraordinárias são por conta do proprietário. No entanto, como possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis (art. 1.219 do CC de 2002). Isto significa dizer que a *concessão de usufruto* também não deve implicar necessário aumento patrimonial para o proprietário na restituição da coisa. De maneira que, na *concessão de usufruto*, o proprietário perde não apenas o direito de uso,

23 “Art. 1.390. O usufruto pode recair em um ou mais bens, móveis ou imóveis, em um patrimônio inteiro, ou parte deste, abrangendo-lhe, no todo ou em parte, os frutos e utilidades”.

24 “Art. 1.392. Salvo disposição em contrário, o usufruto estende-se aos acessórios da coisa e seus acréscidos.

§1º. Se, entre os acessórios e os acréscidos, houver coisas consumíveis, terá o usufrutuário o dever de restituir, findo o usufruto, as que ainda houver e, das outras, o equivalente em gênero, qualidade e quantidade, ou, não sendo possível, o seu valor, estimado ao tempo da restituição.

§2º. Se há no prédio em que recai o usufruto florestas ou os recursos minerais a que se refere o Art. 1.230, devem o dono e o usufrutuário prefixar-lhe a extensão do gozo e a maneira de exploração.

§3º. Se o usufruto recai sobre universalidade ou quota-parte de bens, o usufrutuário tem direito à parte do tesouro achado por outrem, e ao preço pago pelo vizinho do prédio usufruído, para obter meação em parede, cerca, muro, vala ou valado”.

mas também o direito de gozar, mantendo-se tão-somente o direito de dispor da propriedade.

O *direito de superfície* é concedido pelo proprietário, dono ou fundeiro a outra pessoa, e consiste no *direito de construir* (direito de transformar, edificar, beneficiar e realizar todas as obras que favoreçam a utilização ou aumento do valor econômico da coisa, desde que respeitadas as relações de vizinhança e o bem-estar coletivo) e/ou *direito de plantar* (preparo do terreno, semeio e colheita; cultura duradoura) no seu terreno. Não apenas isto, porque não dizer que se trata de direito real de propriedade sobre a superfície, já que o superficiário torna-se titular da superfície, com a prerrogativa de dispor dela, ou de sua transmissão, além dos direitos de gozo ou fruição, posse, proveito e defesa. Portanto, diferente do direito de uso e do direito de usufruto, o *direito de superfície* implica o gozo do superficiário do direito de levantar no terreno concedido as construções que lhe aprouver (desde palácios de arte até a mais modesta habitação), bem como as plantações que bem entender, desde que pertinente ou adequada ao solo e delimitadas à área fixada no contrato. No entanto, uma vez extinta a concessão do direito de superfície o dono passa a ter a propriedade plena sobre o terreno, a construção e a plantação, não cabendo qualquer indenização ao superficiário, salvo se as partes estipularam expressamente em contrato o direito a indenização (art. 1.375 do CC de 2002). Isto significa dizer que, ao contrário da concessão do direito de uso e do direito de usufruto, a *concessão do direito de superfície* deve implicar necessário aumento patrimonial para o proprietário na restituição da coisa. De maneira que, na *concessão do direito de superfície*, o proprietário perde não apenas o direito de utilização da coisa, mantendo-se o direito de gozar (inclusive as construções realizadas por outrem) e dispor da propriedade.

O direito de superfície também apresenta algumas semelhanças e proximidade com a *enfiteuse*. Esclarece Arnaldo Rizzardo que a *enfiteuse* é uma forma de utilização imobiliária que se exterioriza no contrato pelo qual 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. Apesar de em ambas as modalidades estar presente a transmissão do domínio útil, verifica-se uma diferença de extensão, posto que, na *enfiteuse*, concede-se o domínio útil incondicional. Tanto da superfície quanto do solo ou da parte inferior, já relativamente à superfície, a transmissão restringe-

se à parte superior da terra, remanescendo a propriedade do solo, ou das riquezas interiores, na pessoa do titular. Ademais, segundo ARNALDO RIZZARDO, o foro é da essência na enfiteuse, tal não acontecendo na superfície, figura que não aceita o pagamento de qualquer remuneração periódica pelo proveito.²⁵

Aliás, como o Código Civil de 2002 não tratou do instituto da enfiteuse, podemos dizer que o *direito de superfície*, reintroduzido pela introduzido pela Lei nº 10.257, de 10.07.2001, e pelo novo Código, veio para substituir com vantagem o *regime da enfiteuse*.

4 DOS REGIMES DE CONCESSÃO DA UTILIZAÇÃO DE SUPERFÍCIE DE TERRENOS

A nosso ver, no âmbito do Direito brasileiro são 3 (três) os regimes legais previstos para disciplinarem a utilização, construção e plantação na superfície de terrenos: 1) o *regime de concessão do direito de superfície* regulado pelos arts. 21 a 23 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001 (Estatuto da Cidade); 2) o *regime de concessão do direito de superfície* regulado pelos arts. 1.369 a 1.377 do Código Civil de 2002; e 3) o *regime de concessão de uso de terrenos públicos ou particulares* regulado pelo art. 7º do Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967, o qual ainda encontra-se plenamente em vigor, pois não há qualquer disposição legal ulterior que o tenha revogado expressamente ou com disposições incompatíveis com as suas.

Por sinal, nossa opinião encontra ressonância na doutrina predominante, a qual entende que, após o advento da Lei nº 10.257, de 10.07.2001 (Estatuto da Cidade), foi sancionado pelo Presidente da República o novo Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406, de 10.01.2002), que também disciplinou o *direito de superfície* em seus arts. 1.396 a 1.377. Assim, passou a existir, doravante, 2 (duas) modalidades de *direito de superfície*: 1) uma de caráter geral, aplicável a todas as situações e casos, indistintamente (a do Código Civil); e 2) outra específica, destinada a regular tão-somente as relações superficiárias constituídas por proprietários urbanos, nos termos do *caput* do art. 21 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001. Inclusive, se deve ter em conta que o § 2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657, de 04.09.1942) prescreve expressamente que “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”. Por sinal, a doutrina tem se quedado a reconhecer que a

²⁵ Cf. op. cit., p. 863.

disciplina da *Lei de Diretrizes Urbanas* (Lei nº 10.257, de 10.07.2001) é muito superior, em qualidade, à do novo Código Civil.²⁶

4.1 DO REGIME DA CONCESSÃO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE DISCIPLINADO PELO ESTATUTO DA CIDADE (LEI Nº 10.257, DE 10.07.2001)

Inicialmente, vale destacar que o Código Civil de 2002 encontra-se na mesma posição hierárquica da Lei nº 10.257, de 10.07.2001 (que não é Lei Complementar, mas tão-somente Lei Ordinária). Mesmo assim, ele não revogou expressamente as disposições da Lei nº 10.257, de 10.07.2001, e o texto nele contido, a disciplinar o direito de superfície, dá a este instituto um tratamento notoriamente diferenciado, criando, assim, outro regime distinto daquele previsto no Estatuto da Cidade. Além disso, tanto o Código Civil de 2002 como a Lei nº 10.257, de 10.07.2001, não revogaram o art. 7º do Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967. Portanto, salvo melhor juízo, temos efetivamente em vigor 3 (três) regimes distintos disciplinando a utilização, construção (edificações destinadas à habitação ou qualquer outro fim que com ela se relacione) e plantação (cultura duradoura) na superfície de terrenos, sejam eles públicos ou privados.

Quanto às disposições do Estatuto da Cidade a respeito da concessão do direito de superfície, lembramos que o proprietário urbano pode, perfeitamente, conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no Cartório de Registro Geral de Imóveis (*caput* do art. 21 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001).

Como se vê, o legislador especial adotou os elementos tradicionais utilizados na formação do direito de superfície, quais sejam, a constituição mediante escritura pública e o registro no Cartório do Registro Geral de Imóveis. Entretanto, não se pode perder de vista que, no âmbito de aplicação do Estatuto da Terra, o direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no respectivo contrato, atendida a legislação urbanística, ambiental e mineral (§1º do art. 21 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001).

²⁶ SOUSA, Luis Alberto Garcia de. A Lei de Diretrizes Urbanas e o direito de superfície. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2002/arti_luizgarcia.pdf>. p. 7.

Lembramos que houve tentativas de se mudar o texto contido no §1º do art. 21 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001. Com efeito, durante a tramitação do respectivo Projeto na Câmara dos Deputados, entre as emendas apresentadas, uma delas vedava obra no subsolo, exceto no caso de ser objeto da concessão do direito de superfície. No entanto, além de a referida emenda ter sido rejeitada conforme avançou os trabalhos no Projeto de Lei, acabou-se por estender-se o direito de superfície ao subsolo e ao espaço aéreo.

Assim, ao contrário do Código Civil de 2002, o legislador urbanístico adotou a concepção de que o direito de superfície deve estar harmônico com a tridimensionalidade da propriedade imobiliária urbana, não devendo se restringir ao solo. Dentro dessa visão é que Ricardo Pereira Lira assevera emergir da propriedade imobiliária, em toda sua abstração, divisão em 3 (três) partes distintas:

- 1) porção subterrânea;
- 2) porção da superfície; e
- 3) porção aérea.

Portanto, na concepção do Estatuto da Cidade, o direito de superfície vai muito além da sua antiga concepção (comunhão entre o solo e o bem que está diretamente em cima dele), abrangendo tanto o solo como o que está abaixo e acima dele.

Outrossim, a concessão do direito de superfície, por parte do proprietário do imóvel a outrem, tanto pode ser *gratuita* como *onerosa*. Ademais, o superficiário responde 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 (§§ 2º e 3º do art. 21 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001).²⁷

O *direito de superfície* pode ser transferido a terceiros, desde que sejam obedecidos os termos do respectivo contrato. Inclusive, por morte do superficiário, os seus direitos transmitem-se a seus herdeiros (§§ 4º e 5º do art. 21 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001).

²⁷ Cf. op. cit., 7.

Devemos destacar o fato de a possível onerosidade da concessão do direito de superfície não transformar o contrato em uma das modalidades de arrendamento, como sugeria a designação do Direito inglês. Com efeito, a natureza do contrato de arrendamento é a de uma relação estritamente obrigacional, enquanto que a do contrato de concessão do direito de superfície ter natureza de direito real sobre coisa alheia. Inclusive, daí ter a concessão do direito de superfície de se materializar mediante escritura pública; tanto sua instituição como extinção devem, necessariamente, ser levadas à averbação no *Cartório do Registro Geral de Imóveis*. Também a aplicação subsidiária do Código Civil de 2002 obriga a lavratura de escritura pública e o seu respectivo registro na matrícula imobiliária correspondente.

De maneira que o superficiário ou titular do direito de superfície, relativamente às edificações que realizou ou de que tenha a posse, pode perfeitamente aliená-las ou gravá-las, sendo protegido por uma reivindicação útil (ação negatória, confessória e publiciana). Por sinal, o superficiário pode dar o seu direito de superfície em garantia hipotecária, com o objetivo de assegurar obrigações assumidas por ele junto a terceiros.²⁸

Acrescenta Frederico Bittencourt que assiste ao superficiário o direito de transferir a terceiros, a título oneroso ou gratuito, o direito real em foco, desde que sejam respeitados os termos e os limites em que foi contratado com o proprietário do terreno, passando o adquirente a ocupar a posição jurídica de superficiário até então exercitada pelo transmitente.²⁹ Do outro lado, nada impede que o proprietário possa exercer o direito de transferir o seu domínio sobre o imóvel a outrem, porém permanecendo imutável o direito real do superficiário, o que obriga os adquirentes a respeitar a utilização da superfície por ele e as condições estipuladas em contrato entre ele e o transmitente.

É importante citar ainda que, em caso de *alienação do terreno* ou do *direito de superfície*, o superficiário e o proprietário, respectivamente, têm *direito de preferência*, em igualdade de condições à oferta de terceiros (art. 22 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001). Portanto, não se pode perder de vista que, de um lado, o superficiário pode exercer seu direito de preferência para a aquisição da propriedade, na hipótese de o imóvel vir a ser alienado; do outro, o proprietário pode exercer seu direito de

28 CERQUEIRA, Nelson de Figueiredo. Direito de Superfície. In: Revista dos Tribunais, nº 473, p. 27.

29 Cf. op. cit., p. 406.

preferência para aquisição do direito de superfície, na hipótese de o superficiário vir a aliená-lo. De maneira que, é desejo do legislador civil que o direito de propriedade e o direito de superfície possa vir ambos a se integrar no patrimônio de um ou de outro.

No entanto, Marco Aurélio S. Viana nos chama a atenção para o fato de o *direito de preferência* estar vinculado, necessariamente, à igualdade de condições. Ou seja, se o proprietário ou o superficiário dispõe de meios financeiros de atender ao preço e condições de pagamento, deve preferir ao terceiro, estranho à relação contratual subsistente. Porém, para que o *direito de preferência seja exercido*, aquele que aliena deve informar ou dar ciência ao outro seu propósito e apresentar a proposta para que a preferência seja ou não exercida. Tal informação deve ser dada ao outro por meio de notificação extrajudicial ou judicial, apresentando a proposta (condições, preço, forma de pagamento, etc.), levando ao seu conhecimento o local, dia e hora da escritura, bem como lhe concedendo prazo para se decidir pelo exercício da preferência. Para Marco Aurélio S. Viana, esse prazo deve ser de pelo menos 30 (trinta) dias, em virtude de a outra parte ter o direito de buscar meios para tanto, já que pode ser surpreendida pela pronta proposta. Mas se não vir a ser aceita, a alienação ao terceiro interessado está, a partir de então, liberada. Ao contrário, se o alienante não dá ciência da alienação a outra parte contratante, tem aplicação por analogia às disposições contidas no art. 504 do Código Civil de 2002,³⁰ ou seja, aquele que tem o direito de preferência pode exercer o direito de preferência no prazo de 6 (seis) meses, a contar da data do registro no Cartório de Registro Geral de Imóveis ou da ciência do interessado, depositando o preço e havendo o direito de alienar para si.³¹

Certo é que se extingue o *direito de superfície*: I- pelo advento do termo do respectivo contrato; II- pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário (art. 23 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001).

30 “Art. 504. Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência.

Parágrafo único. Sendo muitos os condôminos, preferirá o que tiver benfeitorias de maior valor e, na falta de benfeitorias, o de quinhão maior. Se as partes forem iguais, haverão a parte vendida os comproprietários, que a quiserem, depositando previamente o preço”.

31 Cf. op. cit., p. 554.

Por fim, uma vez extinto o direito de superfície, o proprietário tem o direito de recuperar 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. Entretanto, 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. De uma forma ou de outra, a *extinção do direito de superfície* deve ser averbada no Cartório de Registro Geral de Imóveis (art. 24 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001).

Como podemos observar, as disposições contidas nos arts. 21 a 24 do Estatuto da Cidade primam pelos princípios fundamentais que norteiam este estatuto, qual seja:

- 1) *princípio da eticidade* (ruptura com o formalismo jurídico);
- 2) *princípio da socialidade* (superação do caráter individual em favor do coletivo);
- 3) *princípio da operabilidade* (decisão de facilitar a interpretação e a aplicação das normas pelos operadores do Direito).³²

4.2 DO REGIME DA CONCESSÃO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE DISCIPLINADO PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Quanto às disposições do Código Civil de 2002 a respeito da concessão do direito de superfície, temos que o proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no *Cartório de Registro Geral de Imóveis* (*caput* do art. 1.369 CC de 2002).

Relata Fábio Siebeneichler de Andrade que, ainda durante a tramitação do Projeto do Código Civil, se deixou claro que o objeto do direito de superfície é a realização da transferência dos direitos de construção do proprietário do solo para o superficiário, de modo que este realize uma obra e a mantenha pelo tempo que durar a concessão. Portanto, o *direito de superfície* foi tomado pelo legislador brasileiro como instrumento técnico-jurídico propulsor do fomento da construção, tão necessário, sobretudo nos grandes centros populacionais, onde

32 SÉGUIN, Elida. Estatuto da Cidade, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 187.

a carência habitacional é problema constante. Além disso, o referido Projeto admitia a possibilidade de plantações, por ter ele se inspirado notoriamente no Código português.³³

Trata-se, portanto, de uma concessão que o proprietário faz a outrem, para que utilize sua propriedade, tanto para *construir* como para *plantar*. Entretanto, o Código Civil de 2002 se refere apenas ao direito de o superficiário *construir* ou *plantar*, não mencionando o *direito correlato*, previsto no Código português, qual seja, o *direito de manter no local as plantações ou construções já existentes*. Na opinião de Silvio de Salvo Venosa, parece ser inafastável também essa possibilidade em nosso Direito, por ser da natureza do instituto, não havendo razão para a restrição. Desempenha importante função social não só quem constrói e planta, mas, também, quem mantém plantações ou construções já existentes no terreno de outrem. Melhor exemplo disso é a situação de um prédio inacabado que o superficiário se propõe a terminar. Trata-se do que a doutrina lusitana denomina “direito de sobrelevação”, que não contraria a legislação brasileira. Nesse sentido se coloca também o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10.06.2001), que disciplina outra modalidade de regime de concessão do direito de superfície de imóveis urbanos, trazendo igualmente problemas de interpretação.³⁴

A respeito da necessidade de escritura pública e registro, Marco Aurélio S. Viana esclarece que a concessão de ter coisa própria incorporada em terreno alheio, que o proprietário, dono, fundeiro ou concedente assegura ao superficiário, reclama escritura pública, que deve ser levada ao *Cartório de Registro Geral de Imóveis*. Tratando-se de direito real, por força do art. 108 do Código Civil de 2002,³⁵ sua constituição exige, pois, escritura pública.³⁶

Ademais, ao contrário da concessão do direito de superfície regulada pelo Estatuto da Cidade, na concessão regida pelo Código Civil de 2002 cumpre as partes contratantes estabelecerem obrigatoriamente

33 Cf. “A atualidade do direito de superfície”. In: *AJURIS – Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 65, 1995, p. 408.

34 Cf. O direito de superfície no novo Código Civil. Disponível em: <<http://www.societario.com.br/demarest/svsuperficie.html>>. Acesso em: 21 de maio 2006

35 “Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País”.

36 Cf. op. cit., p. 547.

o prazo que melhor se ajusta aos seus interesses. O que o referido Código não admite é se registrar escritura sem prazo de duração do ajuste superficiário. Portanto, no regime regulado pelo Código Civil de 2002 é vedada à modalidade perpétua.

Entretanto, o *direito de superfície* não autoriza obra no *subsolo*, salvo se for inerente ao objeto da concessão (parágrafo único do art. 1.369 CC de 2002). Portanto, no regime previsto no Código Civil de 2002, o direito de utilização da superfície pelo superficiário está limitado ao nível onde alcançam as fundações do edifício e as raízes das plantas. Abaixo desses limites o domínio é reservado ao proprietário do solo. Todavia, segundo Arnaldo Rizzardo, é extremamente difícil se alienar o que se encontra acima do solo, ou apenas a superfície, mantendo-se o domínio sobre o que se situa abaixo, numa presunção de existir na propriedade manancial de minérios e outras riquezas localizadas no interior da terra. Até porque o proveito ou a exploração de possíveis fontes de riqueza importaria em inafastável prejuízo da parte superior ou externa, tirando-lhe a possível fonte de riqueza que ofereceria. Como se admitir, realmente, a exploração do subsolo pelo proprietário, sem ofensa aos prédios nele construídos e, pois, sem prejuízo aos direitos do superficiário?³⁷

Apesar de o Estatuto da Cidade dispor de maneira diferente, a nosso ver, a declaração prevista no art. 1.369 do Código Civil é a que melhor se coaduna com o objeto da concessão do direito de superfície, já que não vislumbramos como comum à edificação e plantação no subsolo; excepcionalmente pode-se construir no subsolo, mas aí teríamos uma concessão de direito de subterrâneo ou subsolo, e não uma concessão de direito de superfície. O mesmo se pode dizer do espaço aéreo, pois no conceito de superfície somente podem estar inclusas as construções que avançam em corpo único pelo espaço aéreo.

Por força do art. 1.370 do Código Civil de 2002, também o regime de concessão do direito de superfície previsto no referido Código pode ser *gratuito* ou *oneroso*. No entanto, o Código Civil de 2002, o qual tem aplicação subsidiária na concessão do direito de superfície disciplinada pela Lei nº 10.257, de 10.07.2001, determina, em relação à contraprestação devida pelo superficiário ao proprietário no caso de ser a concessão de direito de superfície da espécie onerosa, que as partes devem estipular “se o pagamento (*cânon superficiário*)

37 Cf. op. cit., p. 862.

será feito de uma só vez, ou parceladamente (em prestações anuais ou mensais)". A esse respeito lembramos que "pagamento" nada mais é do que "cumprimento de obrigação" ou "satisfação de dever previsto em contrato". O "pagamento" não precisa ser necessariamente em dinheiro, prevalece, pois, a forma de contraprestação prevista no contrato. Inclusive, podemos encontrar várias formas de pagamento na legislação brasileira. Por exemplo, o pagamento do preço do arrendamento rural pode ser ajustado em dinheiro ou em quantidade de frutos ou produtos agrícolas (art. 18 do Decreto nº 59.566, de 14.11.1966). O pagamento também pode ser ajustado em prestação de serviços, transferência de ônus, etc. Portanto, a contraprestação a ser auferida pelo proprietário do imóvel pode materializar-se em qualquer vantagem ou benefício evidente (com aumento patrimonial ou eliminação de diminuição patrimonial), de uma só vez ou parceladamente, exceto envolvendo construção ou plantação realizada pelo superficiário, em virtude de o art. 1.375 do Código Civil de 2002 já atribuir ao proprietário o direito a tais realizações, independentemente de indenização, seja gratuita ou onerosa à concessão.

Além disso, é de todo recomendável que as partes estabeleçam no instrumento de constituição do direito de superfície, entre outras coisas, a modalidade de pagamento (*cânon superficiário*), consignando-se se deve ser à vista ou parcelado, o número de prestações, o respectivo valor, a maneira da atualização, como ocorrerá a constituição da mora no cumprimento da partida e contrapartida, bem como todas as suas conseqüências da inadimplência.

Outrossim, ensina Arnaldo Rizzardo que, na falta de pagamento, é viável a resolução. No entanto, é perfeitamente possível se executar as prestações pendentes. Ingressa-se com o competente processo de execução, efetuando-se a constrição, por meio de penhora, para garantir a satisfação do crédito, nas construções e plantações erigidas no terreno. São as mesmas, depois de decorrido o prazo de embargos, ou julgados estes improcedentes, e após devida avaliação, levadas a hasta pública, para apurar-se o montante necessário ao pagamento das obrigações devidas.³⁸

Pelo que vimos até aqui alguns aspectos marcantes já podem ser destacados nesse instituto, que é altamente complexo:

38 Cf. op. cit., p. 864.

- 1) há um direito de propriedade do solo, que necessariamente pertence ao fundeiro;
- 2) há o direito de plantar ou edificar, o chamado “direito de implante” (obra ou plantação que decorre do direito de superfície); e
- 3) há o direito ao *cânon superficiário*, ou pagamento, se a concessão for onerosa.

Depois de implantada, há que se destacar a propriedade da obra, edificação ou construção, que cabe ao superficiário; a expectativa de aquisição pelo fundeiro e o direito de preferência atribuído ao proprietário ou ao superficiário na hipótese de alienação dos respectivos direitos.³⁹

Tal como na concessão do direito de superfície do Estatuto da Cidade, o superficiário responde pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel (art. 1.371 do CC de 2002). Vale dizer que tais tributos abrangem o recolhimento do imposto de transmissão, imposto da propriedade territorial urbana e imposto territorial rural.

O *direito de superfície* pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros. Porém, não pode ser estipulado pelo proprietário ou concedente, a nenhum título, qualquer pagamento pela transferência (art. 1.372 do CC de 2002). Em vista disso, é perfeitamente legítima a disposição feita em testamento, pelo superficiário, que atribua a um legatário, ou seja, a um seu sucessor a título singular, o direito real de superfície do qual era titular o testador.⁴⁰

A respeito da possibilidade de transferência do direito de superfície, Marco Aurélio S. Viana opina no sentido de que não há qualquer proibição legal para que a transferência a terceiro possa depender de prévia autorização do proprietário do terreno. Inclusive, nada impede que seja ajustado que a transferência não se faça durante certo prazo. Certamente temos o princípio de que todo e qualquer direito possa ser transmissível, mas as partes são livres para deliberarem em sentido contrário. Em especial quando a concessão é onerosa, é compreensível

39 VENOSA, op. cit.

40 BITTENCOURT, op. cit., p. 408.

que o proprietário queira se precaver, afastando a possibilidade de se transferir a um terceiro sem condições de honrar os pagamentos.⁴¹

Ainda em relação à proibição de o proprietário cobrar qualquer pagamento no caso de transferência do direito de superfície, Arnaldo Rizzardo nos chama a atenção para o fato de residir exatamente aí um ponto fundamental de distinção relativamente à enfiteuse, sendo que, nesta, admite-se o pagamento de um *laudêmio* em uma remuneração ou taxa estabelecida para o enfiteuta pagar ao senhorio direto da coisa aforada, como compensação pela renúncia que este exerce, ao direito que lhe é assegurado de compra na transferência do domínio útil. Já o superficiário, se transferir o direito de superfície, nenhuma contraprestação ou compensação efetuará ao proprietário do solo.⁴²

Destacamos que, tal como previsto no art. 22 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001, também na concessão regulada pelo Código Civil de 2002, em caso de *alienação do imóvel* ou *do direito de superfície*, o superficiário ou o proprietário tem *direito de preferência*, em igualdade de condições (art. 1.373).

Cumprido ao superficiário utilizar o terreno na forma estabelecida no respectivo contrato. De maneira que, antes do termo final do ajuste, pode resolver-se a concessão se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para a qual foi concedida (art. 1.374 do CC de 2002). Entretanto, devemos ter em mente que “destinação”, no caso, diz respeito à forma pela qual se atende as condições estabelecidas no contrato pelas partes, ou seja, se a construção está sendo realizada em conformidade com o ajuste ou se a plantação está sendo feita de maneira adequada (compatível com a natureza do solo a ser cultivado), conforme pertinência ao solo (tendo recebido solo fértil deve devolvê-lo da mesma maneira) e dentro dos limites de área previstos no contrato.

A nosso ver, a regra prescrita no art. 1.374 do Código Civil de 2002, para ser obedecida pelo superficiário, implica, em contrapartida, no direito de fiscalização do proprietário, para avaliar se tal regra está sendo efetivamente cumprida. Por sinal, Marco Aurélio S. Viana recomenda que é de todo salutar que as partes ajustem o exercício do direito de fiscalização do proprietário, evidentemente assegurando-se a tutela da privacidade e da intimidade do superficiário, que podem ser

⁴¹ Cf. op. cit., p. 552.

⁴² RIZZARDO, op. cit., p. 865.

afetados em função do exercício do direito de fiscalização. Segundo ele, se não houve previsão contratual a esse respeito não fica o proprietário impedido de fazer valer o seu direito, bastando deduzir a pretensão, que merecerá acolhida, quando se se fixará a forma como a fiscalização deverá ser feita.⁴³

A *concessão do direito de superfície* pode extinguir-se em virtude das seguintes causas:

- 1) vencimento do prazo estipulado no respectivo contrato;
- 2) descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário;
- 3) destinação da superfície, pelo superficiário, a propósitos diferentes daqueles previstos em contrato;
- 4) abandono, revelado na conduta ostentada pelo titular do direito, mesmo que nem sempre de modo expresso, indicativa da vontade de não mais manter a relação de proveito da superfície (simplesmente o beneficiário deixa de lado as construções ou plantações que fez no imóvel, não mais comparecendo ao local, resultando em completa deterioração e ensejando a conclusão de tal desinteresse), porém há necessidade de uma declaração judicial de emissão na posse, para tornar perfeito o direito à retomada da superfície, com a citação do superficiário;
- 5) perecimento das construções ou plantações existentes no imóvel (o perecimento se dá de modo que reste inviabilizada a reconstrução ou a renovação das plantações; por exemplo, quando as forças da natureza, como terremoto, rebaixamento do solo, inundação perene, não mais permitam a utilização a que antes se destinava o imóvel);
- 6) renúncia do direito de superfície, desde que revelada de modo expresso (a renúncia equivale ao abandono expresso, declarado ou explícito, mediante uma manifestação da vontade, na qual se enuncia o propósito de não mais utilizar o imóvel);

⁴³ Ibid., p. 556.

- 7) confusão ou reunião numa mesma pessoa das qualidades de proprietário e superficiário (pode ocorrer quando o titular do domínio do solo adquire o direito de superfície, ou o superficiário adquire o direito de propriedade do solo);
- 8) desapropriação, através da qual se dá a transferência compulsória tanto do direito de propriedade como do direito de superfície para o Poder Público expropriante, por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro ou em títulos da dívida pública.⁴⁴

Apesar de a Lei nº 10.257, de 10.07.2001, prever apenas 3 (três) hipóteses de extinção da concessão do direito de superfície (aquelas previstas no art. 23 e no §1º do art. 24), todas as causas acima enumeradas dão causa a extinção do direito de superfície nos contratos regidos pelo Estatuto da Cidade.

Seja qual for o motivo da extinção ou termo do respectivo contrato, uma vez extinta a concessão, o proprietário passa a ter a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário (art. 1.375 do CC de 2002). Ademais, no caso de extinção do direito de superfície em consequência de *desapropriação*, a indenização a ser paga pelo poder expropriante cabe ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito real de cada um (art. 1.376 do CC de 2002), ou seja, o proprietário faz jus a receber o preço da propriedade, incluindo edificações, benfeitorias e plantações anteriores à concessão, enquanto o superficiário tem o direito de ser indenizado pelas construções e plantações que realizou.

Finalmente, o *direito de superfície*, constituído por *pessoa jurídica de direito público interno*, rege-se pelo Código Civil de 2002, no que não for diversamente disciplinado em lei especial (art. 1.377).

Assim, os elementos de distinção entre o *regime de concessão do direito de superfície* da Lei nº 10.257, de 10.07.2001, e o *regime de concessão do direito de superfície* do Código Civil de 2002 podem ser enumerados da seguinte maneira:

44 RIZZARDO, op. cit., p. 866.

1. A concessão do direito de superfície do Estatuto da Cidade admite vigência por tempo determinado ou indeterminado, enquanto a concessão prevista no Código Civil só admite vigência por tempo determinado;
2. A concessão do direito de superfície do Estatuto da Cidade admite a utilização do solo, do subsolo ou do espaço aéreo relativo ao terreno, enquanto a concessão prevista no Código Civil só admite o direito de construir ou de plantar no solo do imóvel, proibindo expressamente obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão;
3. A concessão onerosa do direito de superfície do Estatuto da Cidade não dispõe a respeito da contraprestação a título de ressarcimento da privação do uso, enquanto a concessão onerosa prevista no Código Civil prevê o pagamento de uma só vez ou parceladamente;
4. A concessão do direito de superfície do Estatuto da Cidade admite a cobrança de multa ou lutas a favor do proprietário pela transferência da concessão a terceiros, enquanto a concessão prevista no Código Civil não admite, a nenhum título, estipulação pelo concedente de qualquer pagamento pela transferência.

Trata-se, pois, de modalidades de *concessão do direito de superfície* absolutamente diferentes. De maneira que as partes contratantes podem optar por um ou outro regime, devendo, porém, ficar expressamente designado no instrumento qual deles disciplina o ajuste.

4.3 DO REGIME DA CONCESSÃO DE USO DE TERRENOS PÚBLICOS E PARTICULARES REGULADO PELO DECRETO-LEI Nº 271, DE 28.02.1967

Quanto às disposições do Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967 a respeito da concessão de uso de terrenos públicos e privados, abrangendo a utilização, construção e plantação na sua superfície, temos que se encontra instituída tal espécie de concessão, a qual pode ser ajustada de forma remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel (sob condição extintiva), para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra

utilização de interesse social (*caput* do art 7º do Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967).

A concessão de uso pode ser contratada, por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo (no caso de concessão de uso de terrenos públicos), e deve ser inscrita e cancelada em livro especial. De maneira que, desde a inscrição da concessão de uso, o concessionário tem o direito de fruir plenamente do terreno para os fins estabelecidos no contrato e responder por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas (§§1º e 2º do art. 7º do Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967).

Outrossim, resolve-se a concessão antes de seu termo, no caso de o concessionário vir a dar ao imóvel destinação diversa da estabelecida no contrato ou termo, ou descumprir cláusula resolutória do ajuste, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza. Além disso, a concessão de uso de terras particulares ou públicas, salvo disposição contratual em contrário, transfere-se por ato *inter vivos* ou por sucessão legítima ou testamentária, como os demais direitos reais sobre coisas alheias, registrando-se a transferência (§§3º e 4º do art. 7º do Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967).

Por último, é permitida a concessão de uso do espaço aéreo sobre a superfície de terrenos públicos ou particulares, tomada em projeção vertical, para os fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social, e na forma que for regulamentada (art 8º do Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967).

Como se pode observar, ao contrário da *concessão do direito de superfície* do Estatuto da Cidade e da *concessão do direito de superfície* prevista no Código Civil, a “concessão de uso”, abrangendo a utilização, construção e plantação na sua superfície e tratada no Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967, é expressamente recomendada tanto para *terrenos públicos* como para *terrenos particulares*. Ademais, os elementos de distinção entre os *regimes de concessão do direito de superfície* previstos na Lei nº 10.257, de 10.07.2001, e no Código Civil de 2002, e o *regime de concessão de uso* previsto no Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967, são aqueles que enumeramos ao fazer comparações entre as características do direito de uso, do direito de usufruto e do direito de superfície.

Além disso, a *concessão de direito de uso* regulada pelo art. 7º do Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967, a nosso ver, seria a mais apropriada para a utilização dos imóveis em atividade de caráter exclusivamente social. Inclusive, devemos atentar para a destinação da *concessão do direito de uso* declarada pelo *caput* do art. 7º do Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967: “para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social”.

4.4 DO CABIMENTO DO REGIME DA CONCESSÃO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE EM TERRENOS PÚBLICOS

Alguma doutrina tem sustentado ser incabível a aplicação das disposições relativas à concessão do direito de superfície previstas na Lei nº 10.257, de 10.07.2001, tendo por objeto *terrenos públicos*. Inclusive, os autores que esposaram tal corrente argumentam que todos os dispositivos referentes ao uso de *terras públicas* que estavam contidos no Projeto de Lei do Estatuto da Cidade foram vetados na edição da Lei nº 10.257, de 10.07.2001, acabando sendo introduzidos, posteriormente, por Medida Provisória.⁴⁵

Realmente, vários trechos das razões de veto mencionadas na Mensagem nº 730, de 10.07.2001, indicam algo mais ou menos assim:

1. O instituto jurídico da concessão de uso especial para fins de moradia em *áreas públicas* é um importante instrumento para propiciar segurança da posse – fundamento do direito à moradia – a milhões de moradores de favelas e loteamentos irregulares. Algumas imprecisões do projeto de lei trazem, no entanto, riscos à aplicação desse instrumento inovador, *contrariando o interesse público* (razões do veto ao art. 15);
2. O *caput* do art. 15 do projeto de lei assegura o direito à concessão de uso especial para fins de moradia àquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados situada em *imóvel público*. A expressão ‘edificação urbana’ no dispositivo visaria a permitir a *regularização de cortiços em imóveis públicos*, que no entanto é viabilizada pela concessão a título coletivo, prevista no art. 16. Ela se presta, por

⁴⁵ SÉGUIN, op. cit., p. 189.

outro lado, a outra leitura, que poderia gerar *demandas injustificadas* do direito em questão *por parte de ocupantes de habitações individuais de até duzentos e cinquenta metros quadrados de área edificada em imóvel público* (razões de veto dos arts. 15 e 16);

3. Os arts. 15 a 20 do projeto de lei *contrariam o interesse público* sobretudo por não ressaltarem do direito à concessão de uso especial os *imóveis públicos* afetados ao uso comum do povo, como praças e ruas, assim como áreas urbanas de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental ou destinadas a obras públicas. Seria mais do que razoável, em caso de ocupação dessas áreas, possibilitar a satisfação do direito à moradia em outro local, como prevê o art. 17 em relação à ocupação de áreas de risco (razões de veto dos arts. 15 a 20).

Todavia, em momento algum os arts. 21 a 24 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001, excluíram a sua aplicação no caso de terrenos públicos. Fulminando o argumento sustentado pela doutrina defensora da não aplicação da Lei nº 10.257, de 10.07.2001, às concessões de direito de superfície de terrenos públicos, o art. 1.377 do Código Civil de 2002 é claríssimo: “o direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público interno, rege-se por este Código, no que não for diversamente disciplinado em lei especial”. Portanto, o próprio Código Civil reconhece a aplicação de lei especial disciplinadora do direito de superfície aos terrenos públicos.

Como se pode observar, as restrições quanto à aplicação das disposições previstas no Estatuto da Cidade aos imóveis públicos foram afastadas pelo art. 1.377 do Código Civil de 2002, promulgado em época posterior à Lei nº 10.257, de 10.07.2001.

Entretanto, em se tratando de terrenos públicos, a concessão do direito de superfície deve previamente ser submetida ao processo de licitação, já que a Lei nº 8.666, de 21.06.1993, exige licitação, na modalidade “concorrência pública” em tais casos (inciso I do *caput* do art. 17).⁴⁶

46 “Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I-quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e

fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: a) doação em pagamento; b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo; c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei; d) investidura; e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo ([Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994](#)); f) alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais de interesse social, por órgãos ou entidades da administração pública especificamente criados para esse fim ([Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994](#)); g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal inclua-se tal atribuição ([incluído pela Lei nº 11.196, de 2005](#)); II- quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos: a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação; b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública; c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica; d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente; e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades; f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

§1º. Os imóveis doados com base na alínea 'b' do inciso I deste artigo, cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário.

§2º. A Administração também poderá conceder título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis, dispensada licitação, quando o uso destinar-se ([redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005](#)): I- a outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel ([incluído pela Lei nº 11.196, de 2005](#)); II- a pessoa física que, nos termos de lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura e moradia sobre área rural situada na região da Amazônia Legal, definida no art. 2º da Lei nº 5.173, de 27 de outubro de 1966, superior à legalmente passível de legitimação de posse referida na alínea g do inciso I do caput deste artigo, atendidos os limites de área definidos por ato normativo do Poder Executivo ([incluído pela Lei nº 11.196, de 2005](#)).

§2º-A. As hipóteses da alínea g do inciso I do caput e do inciso II do § 2º deste artigo ficam dispensadas de autorização legislativa, porém submetem-se aos seguintes condicionamentos ([incluído pela Lei nº 11.196, de 2005](#)): I- aplicação exclusivamente às áreas em que a detenção por particular seja comprovadamente anterior a 1º de dezembro de 2004 ([incluído pela Lei nº 11.196, de 2005](#)); II- submissão aos demais requisitos e impedimentos do regime legal e administrativo da destinação e da regularização fundiária de terras públicas ([incluído pela Lei nº 11.196, de 2005](#)); III- vedação de concessões para hipóteses de exploração não-contempladas na lei agrária, nas leis de destinação de terras públicas, ou nas normas legais ou administrativas de zoneamento ecológico-econômico ([incluído pela Lei nº 11.196, de 2005](#)); e IV- previsão de rescisão automática da concessão, dispensada notificação, em caso de declaração de utilidade, ou necessidade pública ou interesse social ([incluído pela Lei nº 11.196, de 2005](#)).

§2º-B. A hipótese do inciso II do § 2º deste artigo ([incluído pela Lei nº 11.196, de 2005](#)): I- só se aplica a imóvel situado em zona rural, não sujeito a vedação, impedimento ou inconveniente a sua exploração mediante atividades agropecuárias ([incluído pela Lei nº 11.196, de 2005](#)); II- fica limitada a áreas de até 500 (quinhentos) hectares, vedada a dispensa de licitação para áreas superiores a esse limite ([incluído pela Lei nº 11.196, de 2005](#)); e III- pode ser cumulada com o quantitativo de área decorrente da figura prevista

Todavia, por força do inciso I do §2º do art. 17 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, a Administração Pública em geral pode, a nosso ver, conceder direito de superfície sobre seus imóveis, com dispensa de licitação pública, quando o uso destinar-se a outro órgão ou entidade da Administração Pública (pessoa jurídica de direito público), qualquer que seja a localização do imóvel.

No mesmo sentido, Marco Aurélio S. Viana opina que a concessão de direito de superfície envolvendo imóveis da União Federal, dos Estados, do Distrito Federal dos Municípios, de suas autarquias e das demais entidades de caráter público criados por lei (pessoas jurídicas de direito público interno) depende de licitação. O art. 175 da Constituição Federal submete concessão de prestação de serviços públicos a prévia licitação. No entanto, a Lei nº 8.666/93, alterada pela Lei nº 8.883/94, permite à Administração conceder em tais casos, dispensando a licitação, quando o usuário for outro órgão da entidade. Se ele estiver fora do âmbito da Administração Pública, exige-se a concorrência.⁴⁷

5 CONCLUSÃO

Como vimos, o *direito de superfície*, tal como ele é entendido hoje em dia, somente foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro na

na alínea g do inciso I do caput deste artigo, até o limite previsto no inciso II deste parágrafo ([incluído pela Lei nº 11.196, de 2005](#)).

§3º. Entende-se por investidura, para os fins desta lei ([redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998](#)): I- a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a 50% (cinquenta por cento) do valor constante da alínea 'a' do inciso II do art. 23 desta lei ([incluído pela Lei nº 9.648, de 1998](#)); II- a alienação, aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão ([incluído pela Lei nº 9.648, de 1998](#)).

§4º. A doação com encargo será licitada e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado ([redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994](#)).

§5º. Na hipótese do parágrafo anterior, caso o donatário necessite oferecer o imóvel em garantia de financiamento, a cláusula de reversão e demais obrigações serão garantidas por hipoteca em segundo grau em favor do doador ([incluído pela Lei nº 8.883, de 1994](#)).

§6º. Para a venda de bens móveis avaliados, isolada ou globalmente, em quantia não superior ao limite previsto no art. 23, inciso II, alínea 'b' desta Lei, a Administração poderá permitir o leilão ([incluído pela Lei nº 8.883, de 1994](#)).

47 Cf. op.cit., p. 558.

vigência do Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967, o qual ainda vigora por não haver revogação expressa de suas disposições ou incompatibilidade com disposições ulteriores.

Todavia, este instituto de direito imobiliário ganhou mesmo força doutrinária somente com a vigência dos arts. 21 a 23 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001 (Estatuto da Cidade) e arts. 1.369 a 1377 do Código Civil de 2002, os quais o colocaram na categoria especial do direito que assegura ao superficiário ter coisa própria incorporada em terreno alheio ou de propriedade do fundeiro, situação esta garantida pelo direito de superfície e pelo direito de construir ou manter construção em terreno alheio, ou pelo direito de plantar ou manter a plantação em terreno alheio.

Entretanto, o *direito de superfície* (direito que assegura o direito de construir ou de plantar) não se confunde com o *direito de uso* (direito que assegura apenas a utilização da coisa alheia), nem com o *direito de usufruto* (direito que transfere tanto o direito usar como o direito de gosar ou desfrutar). Apesar de todos eles poderem ser objeto de concessão, características peculiares efetivamente os distinguem. Portanto, pelas suas próprias características não é incorreto se afirmar que o legislador de 2002 atribuiu ao *direito de superfície* a função de substituir o instituto da *enfiteuse*, extinto então pelo novo Código Civil.

Outra questão a qual procuramos bem elucidar diz respeito ao fato de não haver, no Direito brasileiro, unificação da concepção do regime legal do direito de superfície. Com efeito, contamos 3 (três) regimes legais diferentes, previstos para disciplinar a utilização, construção e plantação na superfície de terrenos: 1) o *regime de concessão do direito de superfície* regulado pelos arts. 21 a 23 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001 (Estatuto da Cidade); 2) o *regime de concessão do direito de superfície* regulado pelos arts. 1.369 a 1.377 do Código Civil de 2002; e 3) o *regime de concessão de uso de terrenos públicos ou particulares* regulado pelo art. 7º do Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967.

Com certeza, estas disposições legais não tratam de um mesmo regime, pois possuem peculiaridades inconfundíveis.

As principais peculiaridades do regime de concessão regulado pela Lei nº 10.257, de 10.07.2001 (Estatuto da Cidade) são as seguintes: 1) a lei instituidora não menciona expressamente que sua aplicação deve

ocorrer tanto em relação à propriedade pública como em relação à privada, havendo, inclusive, divergência na doutrina quanto a aplicação no caso de terreno público; 2) quanto ao seu objeto, este regime tem a vocação para a utilização ampla do terreno, sendo esta restrita apenas a forma estabelecida no contrato e na legislação urbanística; 3) quanto à localização do imóvel, este regime é considerado específico, pois destinado a regular tão-somente as relações superficiárias constituídas por proprietários urbanos; 4) o proprietário urbano pode conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado; 5) esta concepção do direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno; e 6) neste regime é admissível cobrança de multa ou luvas a favor do proprietário pela transferência da concessão a terceiros.

Enquanto que as peculiaridades do regime de concessão regulado pelo Código Civil de 2002 são as seguintes: 1) a lei instituidora menciona, expressamente, sua aplicação geral apenas em relação à propriedade privada, pois reconhece a aplicação de lei especial disciplinadora do direito de superfície aos terrenos públicos; 2) quanto ao seu objeto, este regime abrange a construção ou o plantio em terreno alheio; 3) quanto a localização do imóvel, este regime é considerado de caráter geral, pois destinado a regular todas as situações e casos, indistintamente (relações superficiárias constituídas por proprietários urbanos e rurais); 4) o proprietário urbano ou rural pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno apenas por tempo determinado; 5) esta concepção não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão, ou seja, neste caso, o direito de utilização da superfície pelo superficiário está limitado ao nível onde alcançam as fundações do edifício e as raízes das plantas; e 6) neste regime é admissível cobrança de multa ou luvas a favor do proprietário pela transferência da concessão a terceiros.

Já as principais peculiaridades do regime de concessão regulado pelo Decreto-lei n.º 271, de 28.02.1967, são as seguintes: 1) o Decreto-lei instituidor recomenda expressamente sua aplicação tanto para terrenos públicos como para terrenos particulares; 2) quanto ao seu objeto, este regime abrange a utilização, construção e plantação no terreno alheio, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social; 3) quanto à localização do imóvel, este regime também é considerado de caráter geral, pois destinado a regular todas as situações e casos, indistintamente (relações

superficiárias constituídas por proprietários urbanos e rurais); 4) o proprietário urbano ou rural pode conceder a outrem o direito de usar, construir ou de plantar em seu terreno por tempo determinado ou indeterminado; 5) esta concepção autoriza urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social no solo e no espaço aéreo sobre a superfície concedida, tomada em projeção vertical; e 6) neste regime não há qualquer restrição à cobrança de multa ou lutas a favor do proprietário pela transferência da concessão a terceiros.

6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A atualidade do direito de superfície. Porto Alegre, **AJURIS – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, n. 65, 1995, p. 408.

ARMINJON, Pierre; NOLDE, Boris Baron; WOLFF, Martin. **Traité de Droit Compare**, t. 2º, Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1950.

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.

BITTENCOUT, Frederico. Direito Real de Superfície. Rio de Janeiro, **Revista Forense**, Forense, n. 272, p. 404 e segs.

CERQUEIRA, Nelson de Figueiredo. Direito de Superfície. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, n. 473, p. 27 e segs.

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

KLANG, Mário. Direito de superfície. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, n. 541, p. 301 e segs.

LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MOTA, Mauricio Jorge Pereira da. **Direito De Superfície No Direito Romano**. orientador Ricardo Pereira Lira, trabalho de conclusão de curso apresentado na disciplina de Propriedade Urbana do Mestrado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1º Semestre de 1995. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/mauricio_mota/mm_2.html>.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Cousas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

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

SÉGUIN, Elida. “Estatuto da Cidade”, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. **O direito de superfície no novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.societario.com.br/demarest/svsuperficie.html>>. Acesso em: 21 mar. 2006.

VIANA, Marco Aurélio S. **Comentários ao Novo Código Civil: Dos Direito Reais: Arts. 1.225 a 1.510**, vol. XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ZAPATERO, Vicente Guilarte. **El Derecho de Superficie**, Prólogo de D. Ignacio Serrano, Pamplona: Aranzadi, 1966.

