

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

LUCAS MARCELO BRAZ

**DIREITO DE SUPERFÍCIE E SEUS EFEITOS JURÍDICOS À LUZ DA
LEI 10.257/2001 – ESTATUTO DA CIDADE E DO CÓDIGO CIVIL
BRASILEIRO**

CRICIÚMA, JUNHO DE 2011

LUCAS MARCELO BRAZ

**DIREITO DE SUPERFÍCIE E SEUS EFEITOS JURÍDICOS À LUZ DA
LEI 10.257/2001 – ESTATUTO DA CIDADE E DO CÓDIGO CIVIL
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para
obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense UNESC.

Orientador: Prof. Fabrizio Guinzani

CRICIÚMA, JUNHO DE 2011

LUCAS MARCELO BRAZ

**DIREITO DE SUPERFÍCIE E SEUS EFEITOS JURÍDICOS À LUZ DA
LEI 10.257/2001 – ESTATUTO DA CIDADE E DO CÓDIGO CIVIL
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Criciúma, 20 de junho de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Fabrizio Guinzani - (UNESC) - Orientador

Prof. Sheila Martignago Saleh - (UNESC)

Prof. Monica Abdel Al - (UNESC)

Dedico esta monografia a todos os meus familiares e amigos, em especial aos meus pais, sem os quais não poderia estar concluindo mais essa etapa de minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, que me deu forças para concluir o presente trabalho monográfico, e me auxiliou em momentos de incerteza e indecisões. Sem Ele, eu não seria nada.

Em especial, aos meus pais e minhas irmãs, os quais foram muito importantes na minha formação pessoal e intelectual.

À Luana Souza Crepaldi, meus amigos e membros do Criciúma Esporte Clube, pela compreensão e apoio nos momentos mais difíceis dessa jornada.

À meu orientador Fabrizio Guinzani, que auxiliou no processo de confecção deste trabalho, por sua atenção e dedicação, me ajudando nos momentos difíceis esclarecendo dúvidas e sanando dificuldades.

À professora Prof.^a Rosangela Del Moro, a qual ajudou nos momentos difíceis do processo de confecção deste trabalho.

Por fim, gostaria de agradecer às professoras Sheila Martignago Saleh e Monica Abdel Al, as quais muito ajudaram na minha formação acadêmica e escolha do tema, pela gentileza em aceitar o convite para fazer parte da minha banca.

A alegria está na luta, na tentativa, no sofrimento envolvido. Não na vitória propriamente dita.

Mahatma Ghandi

RESUMO

O objetivo principal do presente trabalho monográfico é estudar a divergência do Direito de Superfície entre o Estatuto da Cidade, lei 10.257/2001, e o Código Civil Brasileiro pela análise dos doutrinadores. Nesse sentido, a pesquisa procura um melhor entendimento e conseqüente esclarecimento acerca das divergências do no uso do subsolo e do espaço aéreo, onde o Estatuto da Cidade defende em seu artigo 21 § 1º que o superficiário pode utilizar o solo, subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno por prazo determinado ou indeterminado, divergindo no Código Civil Brasileiro que autoriza o superficiário a utilizar apenas a superfície e por prazo determinado, conforme seu parágrafo único do artigo 1.369. Outro ponto divergente entre as duas legislações é sobre os encargos e tributos, cujo Código Civil Brasileiro prevê em seu artigo 1371 que é de responsabilidade do superficiário todos os encargos e tributos incidentes sobre o imóvel. No entanto, o Estatuto da Cidade estabelece em seu artigo 21, § 3º, que deve ser de responsabilidade do superficiário apenas os encargos e tributos incidentes proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva do imóvel. Visando atingir tal objetivo, o trabalho foi dividido em três etapas. No primeiro capítulo foi abordado o estudo do Direito de Superfície perante a Constituição Federal Brasileira e a devida função social da propriedade a luz da Carta Magna. No segundo capítulo foi examinada a função dos Direitos Reais e os Direitos Reais sobre Coisas Alheias. Por fim, no terceiro e último capítulo, foi analisado o conflito de normas entre o Código Civil Brasileiro e o Estatuto da Cidade. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, alicerçado nas normas já existentes no ordenamento jurídico pátrio, sendo utilizado amplo material bibliográfico (doutrinas, artigos e sites da internet) e a pesquisa resultou na divergência entre os artigos 21 a 24 do Estatuto da Cidade e dos artigos 1369 a 1377 do Código Civil.

Palavras-chave: Direito de Superfície. Divergência. Estatuto da Cidade e Código Civil.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB - Constituição Da República Federativa do Brasil

CC - Código Civil de 2002

CC/1916 - Código Civil de 1916

EC – Estatuto da Cidade – Lei 10.257/2001

CJF/STF - Conselho da Justiça Federal do Supremo Tribunal Federal

MNRU - Movimento Nacional de Reforma Urbana

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I	13
2 DIREITO DE SUPERFÍCIE NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL.....	13
2.1 Histórico.....	13
2.2 Estatuto da Cidade.....	16
2.2.1 Diretrizes gerais da Política Urbana	16
2.2.2 Instrumentos de Política Urbana.....	20
2.3 Da Função Social da Propriedade.....	23
2.4 Do Direito de Superfície.....	25
2.4.1 Conceito/Objetivo.....	25
2.4.2 Natureza Jurídica.....	27
CAPÍTULO II.....	30
3 DIREITOS REAIS	30
3.1 Distinção entre Direitos Pessoais e Direitos Reais	30
3.2 Direitos Reais Sobre Coisa Própria	32
3.2.1. Propriedade.....	32
3.3 Direitos Reais Sobre Coisas Alheias.....	33
3.3.1. Direitos Reais limitados ao gozo ou fruição.....	35
3.3.1.1 Servidões Prediais.....	35
3.3.1.2 Usufruto.....	36
3.3.1.3 Uso	37
3.3.1.4 Habitação.....	37
3.3.1.5 Superfície.....	38
3.3.1.6 Concessão de Uso Especial Para Fins de Moradia.....	39
3.3.1.7 Concessão de Direito Real de uso.....	40
3.3.2.Direitos Reais de garantia.....	41
3.3.2.1 Penhor.....	42
3.3.2.2 Anticrese.....	43
3.3.2.3 Hipoteca.....	43
3.3.3 Direitos reais de Aquisição	44

CAPÍTULO III.....	47
4 CONFLITO DE NORMAS: CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO X ESTATUTO DA CIDADE.....	47
4.1 Direitos de Superfície e Enfiteseuse	47
4.2 Direito das Partes: Pagamento e transmissão	49
4.3 Extinção do Direito de Superfície	51
4.4 Vantagens do Direito de Superfície (EC e CC).....	583
4.5 O posicionamento Doutrinário perante o conflito entre o Estatuto da Cidade e o Código Civil Brasileiro acerca do direito de Superfície.....	54
5 CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS.....	Erro! Indicador não definido.61

1 INTRODUÇÃO

Existem muitos pontos controvertidos no direito civil brasileiro, mas um deles se destaca como Direito de Superfície, sobre a obrigação de definir o direito que o proprietário possui sobre a superfície de seu imóvel. Esse instituto abarca muitas questões que ocasionam divergências nos ensinamentos doutrinários.

Neste contexto, observando algumas das mais importantes vertentes é que se apresentam diversos parâmetros com que se efetiva o instituto, é que depara-se com um contemporâneo problema que já atingiu, atinge e que deixa a solucionar o presente problema perante os Direitos Reais essenciais ao cidadão em sua propriedade.

É essencial produzir um estudo aprofundado acerca do assunto que é tão pouco explorado pelos estudiosos e, conseqüentemente, proporcionando pouca produção doutrinária e jurídica, na qual é de obrigação do Poder Judiciário dispor a solução ao cidadão.

O Direito de Superfície diante da propriedade, deriva das legislações do Código Civil Brasileiro e do Estatuto da Cidade, onde as duas legislações divergem sobre alguns pontos. Portanto faz-se necessário questionar qual das legislações deve prevalecer acerca da propriedade.

Neste prisma, a sociedade é prejudicada por essa divergência. No entanto, o prejudicado terá por defesa a legislação que favorecer sobre o seu direito de sua propriedade perante o Poder Judiciário.

Com isso não se exprime enfaticamente que uma legislação é superior à outra, portanto é de responsabilidade do Poder Judiciário exaltar qual das legislações é inerente sobre o Direito de Superfície.

No primeiro capítulo, discorrer-se-á acerca do desenvolvimento histórico do Direito de Superfície no Brasil. O Estatuto da cidade esclarecendo as diretrizes gerais e os instrumentos da Política Urbana, bem como a função social da propriedade e do Direito de Superfície no que tange ao seu conceito, objetivo e natureza jurídica. O objetivo desse capítulo é situar a origem do direito de superfície e seus posicionamentos sobre a propriedade à disposição do cidadão.

No segundo capítulo será abordado o Direito de Superfície perante o Código Civil Brasileiro e seus fundamentos, observando os Direitos Pessoais e os

Direitos Reais, suas limitações e gozo, analisando as garantias dos Direitos Reais e a forma de aquisição desses direitos.

No terceiro capítulo, tratar-se sobre o conflito aparente de normas entre o Código Civil e o Estatuto da Cidade nas formas do Direito de Superfície e enfiteuse, explanando o direito das partes diante do pagamento e da transmissão do Direito de Superfície. Verificando ainda quais as conseqüências da extinção do Direito de Superfície perante as duas legislações, as vantagens desse direito de Superfície perante as duas legislações, finalizando com o posicionamento doutrinário perante o assunto. O objetivo desse capítulo é situar as diferenças entre o Código Civil e o Estatuto da Cidade perante o Direito de Superfície.

O presente estudo encerra-se com a conclusão e o método utilizado para alcançar os objetivos propostos foi o dedutivo, através de pesquisa bibliográfica.

2 DIREITO DE SUPERFÍCIE NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL

2.1 Histórico

O Direito de Superfície surgiu no Brasil como propriedade no contexto de desapropriação por interesse social através da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1946, cujo seu artigo 147 “caput”, relatava sobre o uso da propriedade assim expondo: “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos” (BRASIL, 2011a).

O autor da emenda Constitucional de 1946, Senador Ferreira de Souza, justificou o assunto perante a Comissão Constitucional na arte de seu discurso que:

O ser humano possui como seu, de forma absoluta, aqueles bens necessários à sua vida, à sua profissão, à sua manutenção e à de sua família, mesmo os que constituem economia para o futuro. Mas além desse mínimo, a propriedade tem uma função social de modo que ou o seu proprietário a explora e mantém dando-lhe utilidade, concorrendo para o bem comum, ou ela não se justifica. A emenda não chega ao extremo de negar a propriedade, mas, superpondo o bem-comum ao bem individual, admite a expropriação das propriedades inúteis, das que poderiam ser cultivadas e não o são, daquelas cujo domínio absoluto chega a representar um acinte aos outros homens (DI PIETRO, 1991, p.87).

O direito de propriedade foi inserido literalmente com a CRFB de 1967 com a função de atender ao princípio da função social da propriedade. Neste sentido o artigo 157 da CRFB expõe que: “A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: inciso III - função social da propriedade” (BRASIL, 2011b).

Em 1969, com a Emenda Constitucional, o ordenamento Jurídico continuou com a forma de defender a propriedade modificando e aprimorando o artigo 157 da anterior CRFB para o artigo 160, onde dispunha que: “A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: inciso III - função social da propriedade” (BRASIL, 2011c).

Com a conquista da atual CRFB promulgada em 1988, o direito relacionado à propriedade foi subdividido pelo princípio do direito de propriedade e

princípio da propriedade e sua função social na ordem econômica. A inovação foi um novo capítulo com o título: Da Política Urbana.

O princípio do Direito de Propriedade foi relatado na nova CRFB através do artigo 5º inciso XXII e XXIII onde expõe:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

[...]

(BRASIL,2011d)

Com relação à propriedade e sua função social na ordem econômica foi tutelada através do artigo 170, incisos II e III da atual Carta Magna onde relata:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

[...]

(BRASIL, 2011d)

A propriedade ganhou uma nova legislação ao ser inserir o capítulo III da CRFB, com o título “Da Política Urbana”, através dos artigos 182 e 183. A conquista foi adquirida através da luta do MNRU, Movimento Nacional de Reforma Urbana, onde esta organização possuía uma concepção progressista, na qual o doutrinador Souza relata sobre a luta do movimento e a característica desta política:

[...] caracterizada como um conjunto articulado de políticas públicas, de caráter redistributivista e universalista, voltado para o atendimento do seguinte objetivo primário: reduzir os níveis de injustiça social no meio urbano e promover uma maior democratização do planejamento e da gestão das cidades (2002, p. 158).

A aprovação da emenda que incluiu os artigos 182 e 183, foi uma das maiores conquistas da mobilização social, sendo esta subscrita por de quase 130 mil eleitores. No debate de aprovação e votação no Congresso teve emenda

constitucional sofreu cortes, como transportes coletivos e aplicação do instrumento usucapião em terrenos públicos.

A doutrinadora Regina de Fátima C. F. Ferreira expõe em seu artigo, sobre o a Conquista do artigo 182 e 183 da CRFB ao assim argumentar:

Da Emenda Popular de Reforma Urbana, construída pelo Movimento Nacional de Reforma Urbana, a Assembléia Nacional Constituinte absorveu apenas dois artigos – os artigos 182 e 183 – que constituem o capítulo sobre a Política Urbana. O artigo 182 incorporou dois princípios fundamentais: a função social da propriedade, submetendo o direito de propriedade ao interesse coletivo e a função social da propriedade, submetendo o direito de propriedade ao interesse coletivo, e a função social da cidade, definindo que a política de desenvolvimento urbano tem como objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades (2008, p.37).

O artigo 182 da CRFB relata sobre a política de desenvolvimento urbano:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

[...]

(BRASIL, 2011d)

Com relação o artigo 183 da atual CRFB, este descreve sobre qual área é caracterizada como urbana:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem

oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.
(BRASIL, 2011d)

Nesse sentido, será aprofundado sobre o tema, Política Urbana no próximo assunto.

2.2 Estatuto da Cidade

2.2.1 Diretrizes Gerais da Política Urbana

O Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001, foi criado após 18 anos de luta dos movimentos urbanistas pela aprovação da Emenda Constitucional 26 na qual dispõe sobre o direito social da moradia. O Estatuto da Cidade veio regulamentar os artigos 182 e 183 da CRFB, fortalecendo a legislação sobre áreas denominadas urbanas.

O 1º artigo da Lei 10.257/01 estabelece:

Art. 1º Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei.

Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

[...]

(BRASIL, 2011e)

Os doutrinadores, Medauar e Almeida, relatam em sua obra sobre a inserção do Estatuto da Cidade na legislação brasileira:

O Estatuto da Cidade [...] veio preencher uma condição de executoriedade das normas contidas nesse capítulo da Constituição Federal, sobretudo no art. 182, uma vez que o art. 183, igualmente disciplinado por esta Lei, já poderia entender-se autoexecutável.[...] De todo modo, a prévia edição da lei federal que ora se comenta era elemento necessário à atuação legislativa dos municípios, ainda que alguns aspectos da previsão do art. 182 da Constituição Federal já pudessem ser diretamente disciplinados por lei municipal (2004, p.42).

A Política Urbana e suas diretrizes gerais são as principais funções do Estatuto da Cidade, destacada no art. 2º da Lei 10.257/01. Diante do assunto o doutrinador Carvalho Filho destaca em sua obra para maior compreensão:

A política urbana se constitui do conjunto de estratégias e ações que visam ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana. Assim as estratégias e ações só podem ser consideradas legítimas se estiverem em consonância com as diretrizes gerais (2005, p. 21).

Portanto a Política Urbana é o mecanismo organizacional das cidades, e possui a função de propiciar o crescimento controlado destas cidades através de programas e planejamentos do Poder Público. A função da Política Urbana é propiciar uma melhor qualidade de vida à sociedade.

A política de desenvolvimento urbano perante o Estatuto da Cidade é de responsabilidade municipal por possui maior compreensão e fiscalização com metas de controle urbano. A CRFB em seu artigo 30, incisos I e II relata sobre o assunto: Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (BRASIL, 2011d).

Refletindo sobre a responsabilidade da Política Urbana, o doutrinador João Érico Lucas Coelho transcreve em seu artigo que: “[...] é no Município que vive o cidadão. É do Município que retira o seu sustento, sua educação. O Município tem a sua base territorial. E esta base territorial tem peculiaridades e características próprias: geográficas, hidrográficas, ambientais” (COELHO, 2006).

Carvalho Filho destaca o conceito sobre o que são diretrizes gerais da Política Urbana:

Diretrizes gerais da política urbana são o conjunto de situações urbanísticas de fato e de direito a serem alvejadas pelo Poder Público no intuito de constituir, melhorar, restaurar e preservar a ordem urbanística, de modo a assegurar o bem estar das comunidades em geral (2005, p. 21).

Sendo assim as diretrizes gerais da Política Urbana são os requisitos para o crescimento organizacional das cidades, e devem respeitar a função social da propriedade junto com o equilíbrio ambiental, para que, com isso passe haver o bem estar da populações das áreas urbanas (COELHO, 2006).

O Estatuto da Cidade tem a função de dar suporte aos legisladores, administradores públicos e à sociedade, de forma a orientar para que se consiga o fim almejado da Política Urbana. Assim relata o doutrinador Carvalho Filho:

O Estatuto da Cidade veio a lume para fornecer as diretrizes de desenvolvimento urbano, traçar contornos da função social da cidade e da propriedade imobiliária urbana. Estas diretrizes e contornos refletem o limite dos poderes da Administração Pública na execução de tal desiderato e, notadamente, estabelecem até onde ela pode ir sem ferir os direitos da propriedade por causa da bilateralidade poder-dever dos direitos disponíveis em favor dos administradores e como estão configurados (2005, p. 52).

Com esta breve noção de Política Urbana e suas diretrizes gerais, adentra-se ao capítulo I da lei 10.257/01, que legisla sobre o assunto.

O artigo 1º do EC, em seu parágrafo único, vem a estabelecer que esta lei é responsável pelas normas de ordem pública e interesse social, com a intenção de regular a utilização da propriedade denominada urbana, considerando a consciência do bem coletivo, da segurança e o bem estar dos cidadãos. Com isso, obriga o Poder Público a buscar soluções para o desenvolvimento sustentável, respeitando o equilíbrio ambiental.

Neste sentido os doutrinadores Medauar e Almeida destacam sobre o equilíbrio das questões ambientais e urbanas:

Mostra-se de grande relevância a menção ao equilíbrio ambiental, como um dos fatores condicionantes do uso da propriedade urbana. O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito assegurado, a todos, pela Constituição Federal (art. 225, caput). A questão ambiental e a questão urbana apresentam-se intrincados de modo forte e o ordenamento dos espaços urbanos aparece, sem dúvida, como um instrumento de política ambiental (2002, p. 25).

Com relação ao artigo 2º do EC, em seu *caput* destaca o objetivo da Política Urbana com o intuito de ordenar o pleno desenvolvimento da função social da cidade e da propriedade urbana. O tema é tratado em dezesseis incisos. Desta forma esclarecem os pontos mais relevantes para a conclusão deste trabalho, a

saber os incisos: I e II expressam os princípios do EC, garantindo a sustentabilidade das cidades, bem como a gestão democrática destas; o inciso III estabelece que deve haver cooperação entre os governos e a iniciativa privada para que solucione o interesse da sociedade; o inciso IV relata que deve haver um planejamento e desenvolvimento das cidades para que se evite o crescimento desordenado, prejudicando a sociedade e o meio ambiente; em relação ao inciso VIII, este dispõe haver adoção de padrões para o consumo e produção de produtos compatível com a sustentabilidade ambiental, social e econômica. O inciso XII, tutela a produção de mecanismos de proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e artificial, do patrimônio cultural, histórico e artístico; já o inciso XIII é importante para com a harmonia e a forma de resolução de conflitos, que proceda audiências públicas em casos onde houver o intuito ou implantação de empreendimentos ou atividades que produzam efeitos negativos sobre o meio ambiente natural através de construções.

O caput do artigo 3º, do referido Estatuto, estabelece que: Compete à União, entre outras atribuições de interesse da política urbana: complementando com cinco estatutos na qual legislam sobre a competência da União em matéria urbanística. “Para os doutrinadores Medauar e Almeida, [...] os incisos I a V contemplam preceitos já existentes no texto constitucional de 1988” (2004, p. 38).

O inciso I do artigo 3º do EC, e nos artigos 24, inciso I e se parágrafo primeiro, bem como o artigo 30, inciso II da CRFB tratam da competência de legislar sobre as normas gerais do Direito Urbanístico. O inciso II expõe sobre a competência legislativa comum para com a cooperação, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em relação à Política Urbana, também expressa no parágrafo único do artigo 23 da CRFB/88, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. O inciso III trata da competência legislativa material comum relatada no artigo 23, IX, da CRFB/88, na qual dispõe que: “é promover, por iniciativa própria e em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”. O inciso IV, expressa a competência legislativa privativa da União, igualmente prevista no artigo 21, XX da CRFB/88, que: “institui diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”. No inciso V, também verificou-se competência legislativa da União, que igualmente relatada no artigo 21,

IX da CRFB/88: “para elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social” (BRASIL,2011).

Sendo assim conclui com as diretrizes gerais da Política Urbana contempladas no Estatuto da Cidade, lei 10.257/01.

2.2.2 Instrumentos de Política Urbana

O Instrumento de Política Urbana é previsto no capítulo II do Estatuto da Cidade, esse instrumento permite implementar e garantir a gestão democrática deste instrumento nos debates, audiências e consultas Públicas. O autor Gasparini relata sobre o assunto: “[...] Instrumentos para esta Lei são todos os meios capazes, conjunta ou individualmente, de propiciar a execução da política urbana” (GASPARINI, 2002, p.16).

Esse instrumento permite garantir a aplicabilidade das normas constitucionais expressas nos artigos 182 e 183 da Carta Magna, com isso pode-se dizer que o Estatuto da Cidade vincula instrumentos da Política Urbana , que são indispensáveis para atingir as diretrizes constitucionais.

Neste sentido são os ensinamentos de Raquel Rolnik ao assim discorrer:

Dentre as inovações contidas no EC estão elencados um conjunto de instrumentos de natureza urbanística voltados para induzir – mais do que normatizar – as formas de uso ocupação do solo; instrumentos que criam uma nova estratégia de gestão, que incorpora a idéia de participação direta do cidadão em processos decisórios sobre o destino da cidade e instrumentos que ampliam as possibilidades de regularização das posses urbanas, até hoje situadas na ambígua fronteira entre o legal e o ilegal (2001, p.05).

O capítulo II refere-se ao conjunto de Instrumentos de Política Urbana, sendo que é formado pelos artigos 4º ao 38, dispostos em doze seções.

Na seção I, está vinculado o artigo 4º em seis incisos, onde se esboça um rol de instrumentos para o exercício da Política Urbana. Os doutrinadores Medauar e Almeida relatam sobre o referido artigo: “[...] têm o intuito de sistematizar a matéria

com um caráter didático, objetivando oferecer ao administrador municipal uma síntese de todos instrumentos que dispõe para executar a Política Urbana” (2004, p. 42).

No inciso I do referente artigo 4º do EC, estabelece que serão utilizados os instrumentos de planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social para a execução desta lei.

O inciso II destaca sobre o planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões.

O inciso III, dispõe sobre o planejamento municipal em que é o Poder Público o responsável pela execução da Política Urbana. Esse inciso contempla alíneas e possui instrumentos com o objetivo de promover o desenvolvimento urbano municipal através do plano diretor, disciplina o parcelamento, do uso e da ocupação do solo, zoneamento ambiental, plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual, gestão orçamentária participativa, planos, programas e projetos setoriais e os planos de desenvolvimento econômico e social.

No inciso IV é dispõe sobre os institutos tributários e financeiros: IPTU; contribuição de melhoria e incentivos e benefícios fiscais e financeiros.

O inciso V dispõe dos instrumentos jurídicos e políticos:

Art. 4o Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

[...]

V – institutos jurídicos e políticos:

- a) desapropriação;
- b) servidão administrativa;
- c) limitações administrativas;
- d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano;
- e) instituição de unidades de conservação;
- f) instituição de zonas especiais de interesse social;
- g) concessão de direito real de uso;
- h) concessão de uso especial para fins de moradia;
- i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios;
- j) usucapião especial de imóvel urbano;
- l) direito de superfície;
- m) direito de preempção;
- n) outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso;
- o) transferência do direito de construir;
- p) operações urbanas consorciadas;
- q) regularização fundiária;
- r) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos;
- s) referendo popular e plebiscito;
- t) demarcação urbanística para fins de regularização fundiária; (Incluído pela Lei nº 11.977, de 2009)
- u) legitimação de posse. (Incluído pela Lei nº 11.977, de 2009) (BRASIL, 2011e)

O inciso VI dispõe sobre os estudos prévios de impacto ambiental e de impactos de vizinhança em que contemplam três parágrafos em que relatam:

Art. 4o Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

[...]

VI – estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV).

§ 1o Os instrumentos mencionados neste artigo regem-se pela legislação que lhes é própria, observado o disposto nesta Lei.

§ 2o Nos casos de programas e projetos habitacionais de interesse social, desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública com atuação específica nessa área, a concessão de direito real de uso de imóveis públicos poderá ser contratada coletivamente.

§ 3o Os instrumentos previstos neste artigo que demandam dispêndio de recursos por parte do Poder Público municipal devem ser objeto de controle social, garantida a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil.

(BRASIL, 2011e)

Os instrumentos citados são relatados nas diversas seções previstas no Estatuto da Cidade, as quais abrangem desde o artigo 5º ao 38, como também a Seção II: Do parcelamento, edificação ou utilização compulsórias (artigos 5º e 6º); Seção III: Do IPTU progressivo no tempo (artigo 7º); Seção IV: Da desapropriação com pagamento em títulos (artigo 8º); Seção V: Do usucapião especial de imóvel urbano (artigos 9º a 14); Seção VI Da concessão de uso especial para fins de moradia, n qual foi vetado; Seção VII: Do direito de superfície, matéria sobre a discussão neste novel diploma legal (artigos 21 a 24); Seção VIII: Do direito de preempção (artigos 25 a 27); Seção IX: Da outorga onerosa do direito de construir (artigos 28 a 31); Seção X: Da operações urbanas consorciadas (artigos 32 a 34); Seção XI: Da transferência do direito de construir (artigo 35); e por ultimo a Seção XII: Do estudo de impacto de vizinhança (artigos 36 a 38).

O capítulo III do Estatuto da Cidade, compreende os artigos referentes à aplicação do Plano Diretor pelas Cidades, que é responsável pela maioria dos instrumentos Urbanos supracitados. É dever o órgão competente a saber, assim como o Poder Executivo Municipal, elaborar Plano Diretor em que é instrumento fundamental da Política de desenvolvimento e de expansão urbana para que consiga o equilíbrio sócio-ambiental estipulado no artigo 182, parágrafo 4º da CRFB, onde assegura que:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo

ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

[...]

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais (BRASIL, 2011d).

Nesse sentido, Instrumento de Política Urbana são todos os meios capazes de propiciar a execução da Política Urbana através das legislações vigentes alcançando o bem estar social.

2.3 DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A Função Social da Propriedade é considerada como um princípio constitucional, que foi introduzido, na CRFB de 1964 através da Emenda Constitucional de nº 10. Desta emenda decorreu a promulgação do artigo 2º da referida CRFB, que assim dispõe: “É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra condicionada pela sua função social, prevista na lei”; e artigo 147, em que expõe: “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”. Estes artigos mudaram o contexto de propriedade até então vigorado. Este assunto tornou-se destaque por ser ponto básico para as discussões da reforma agrária.

O doutrinador Silva relata a função Social adotada pela CRFB:

A funcionalização da propriedade é um processo longo. Por isso é que se diz que ela sempre teve uma função social. Quem mostrou isso expressamente foi Karl Renner, segundo o qual a função social da propriedade se modifica com as mudanças nas relações de produção (1998, p. 285).

Na atual CRFB de 1988, são expressos os direitos e garantias fundamentais, dentre estes está o da função social da propriedade na forma expressa do artigo 5º inciso XXIII:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

[...]

(BRASIL, 2011d)

Logo após, no artigo 170, estabeleceu-se os princípios Constitucionais que mencionam o princípio da função social da propriedade, em seu inciso III, que descreve:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

III - função social da propriedade;

[...]

(BRASIL, 2011d)

Neste sentido, Magalhães relata sobre o tema na atual Carta Magna:

O direito de propriedade assegurado pela Constituição Brasileira estabelece uma relação da propriedade com a sociedade (art. 5º, XXIII e art. 170, III e VI, ambos da CRFB/1988). A propriedade não fica constando simplesmente como um direito e uma garantia individual. Dessa forma, se vê com clareza que inexistem juridicamente apoios para a propriedade que agride a sociedade, que fira os direitos dos outros cidadãos (1997, p.148).

Sendo assim a função social da propriedade obriga o proprietário a ter um comportamento consciente sobre seu bem respeitando a vontade da coletividade. Sobre esse assunto Grau enfatiza que:

O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário - ou a quem detém o poder de controle, na empresa - o dever de exercê-lo em benefício de outrem, e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte de imposição de comportamentos positivos - prestação de fazer, portanto, e não, puramente, de não fazer - ao detentor do poder que deflui da propriedade (1997, p.255).

Em seguida o artigo 182, §2º, pondera sobre a Função Social da Propriedade Urbana, ao estabelecer que:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

[...]

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

[...]

(BRASIL, 2011d)

A função social da propriedade urbana é devidamente respeitada quando cumpri os requisitos elencados pelo Plano Diretor, que é regido pelo Estatuto da Cidade. Neste sentido a doutrinadora Bacciotti ensinando que:

A propriedade urbana cumprirá suas funções ao atender às exigências fundamentais ordenadas por cada Cidade ou Município, devidamente expressas no Plano Diretor. A Constituição Federal de 1988 autoriza o Poder Público Municipal, observadas as normas federais e municipais, exigir aproveitamento adequado do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, sob pena de parcelamento ou edificação compulsórios, cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU progressivo no tempo ou desapropriação com pagamento por títulos públicos (2003.p.01).

Dessa forma, o proprietário ou superficiário de imóveis devem respeitar o Princípio Constitucional da Função Social da Propriedade, trazendo com isso não só o seu bem estar, mas de toda a sociedade.

Neste sentido, faz-se a necessário discorrer sobre o Direito de Superfície.

2.4 DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

2.4.1 Conceito e Objetivo

Os Direitos Reais, a qual será discorrido no próximo capítulo, consistem em possuir a posse de uma coisa, na qual possa usar gozar e dispor dessa, caracterizando, assim, um direito subjetivo de ter. Acercar-se como o Direito Real mais completo sobre o domínio. “[...] A propriedade é o direito mais amplo. Em seu

âmbito exercemos, com a mitigação já examinada, direito de usar, gozar e dispor da coisa (ius utendi, fruendi et abutendi)” (VENOSA, 2005, p.433).

Os Direitos Reais sobre Coisas Alheias tem a característica de serem menos amplos que o Direitos Reais Sobre Coisas Próprias, pois possuem dois proprietários, ficando restrito ao exercício de alguns poderes do domínio, sendo que cada um tem âmbito de atuação próprio expresso pelo Código Civil no exercício do domínio.

O direitos subjetivos concernentes, ao domínio são os direitos reais chamados direito de propriedade. Porém, os direitos reais podem se referir, por extensão, a objetos não pertencentes aos titulares desses direitos, não sendo, portanto propriedade deles. Juridicamente, esses objetos não são coisas próprias, mas sim coisas alheias, que não contituem o domínio da pessoa (DINIZ, 2005, p.359).

Sobre o Direito de superfície O professor Ricardo Lira expõe:

[...] direito real autônomo, temporário ou perpétuo, de fazer e manter a 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 (2002, p.11).

Existem dois sujeitos da relação superficiária: o proprietário do solo, como concedente, e o superficiário, este na qualidade de concessionário. Concede aquele primeiro a este último o direito de construir ou plantar na superfície de terreno de sua propriedade.

Coloca-se, portanto, que quando se constitui o direito de superfície há um direito de propriedade do solo, que necessariamente continua a pertencer ao proprietário. Porém o superficiário terá a possibilidade de exercitar a faculdade de edificar ou plantar sobre o terreno com vistas a adquirir a propriedade superficiária, que lhe concede o direito de usar, gozar e desfrutar das edificações e plantações objeto da superfície. Neste sentido, Gómez defende que:

[...] pois uma vez extinto este, em virtude do caráter abstrato e elástico do direito de propriedade, recuperará sua eficácia o princípio superfície solo cedit e o proprietário recuperará o pleno domínio do terreno, bem como as edificações e plantações existentes no imóvel (2004, p.69).

Para Bezzera de Melo a superfície é:

[...] um direito real sobre coisa alheia que permite o desdobramento dos poderes inerentes à propriedade, à medida que uma pessoa, chamada de superficiário ou concessionário, exerce os poderes de uso e fruição no tocante à edificação ou plantação em terreno alheio e ainda a propriedade plena sobre a coisa incorporada em solo de outrem que se chama fundeio ou concedente (2002, p.220).

Esclarecedor é o conceito de Caio Mário da Silva Pereira ao afirmar que “[...] o direito de superfície caracteriza-se como um direito real sobre coisa alheia, e se apresenta como um desdobramento da propriedade” (2004, p.86).

De forma sucinta, Carvalho Filho define o direito de superfície como, “[...] aquele pelo qual o proprietário concede a outrem, por tempo determinado ou indeterminado, o direito de utilizar a superfície de seu imóvel nos moldes pactuada no respectivo contrato” (2005, p.147).

Marco Aurélio S. Viana reafirma sobre direito real que:

[...] é o direito real que assegura ao superficiário ter coisa própria incorporada em terreno alheio, ou seja, do fundeio. O que se assegura pelo direito de superfície o direito de construir ou manter uma construção em terreno alheio, ou plantar, ou manter a plantação, também em terreno alheio (2003, p.112).

Carvalho Filho define o direito de superfície como “[...] aquele pelo qual o proprietário concede a outrem, por tempo determinado ou indeterminado, o direito de utilizar a superfície de seu imóvel no contexto pactuada no respectivo contrato” (2005, p.147).

Na linguagem comum, o termo superfície denota o sentido de tratar-se da camada mais elevada do solo, indicativo da face exterior ou superior de uma coisa corpórea. Não obstante, no sentido jurídico, o termo tem o sentido de demonstrar tudo aquilo que está acima do solo e que dele emerge (VENOSA, 2005, p.434).

2.4.2. Natureza Jurídica

A linha dominante do contexto natureza jurídica do Direito de Superfície afirma ser de direito real. Sendo que o direito de superfície, à luz do Estatuto da Cidade, não menciona sobre a propriedade do superficiário nem mesmo sobre o

direito real ou obrigacional. Porém o Código Civil incide o direito de superfície no rol de Direitos Reais conforme artigo 1.225, inciso II, que assim descreve:

Art. 1.225. São Direitos Reais:
 [...]

 II – a superfície;
 [...]

 (BRASIL, 2011f).

Não somente isto, mas o Estatuto da Cidade descreve algumas características que possui Natureza Jurídica própria dos direitos reais, como a exigência de escritura pública, ato inter vivos e outras expressas no artigo 21 caput e parágrafos 4º e 5º do EC, que assim destacam:

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

 § 4º O direito de superfície pode ser transferido a terceiros, obedecidos os termos do contrato respectivo
 § 5º Por morte do superficiário, os seus direitos transmitem-se a seus herdeiros.
 (BRASIL, 2011e)

Diante das características mencionadas no Estatuto da Cidade, estas são semelhantes ao entendimento do Código Civil, assim como descreve sobre a obrigação de escritura pública no artigo 1.369 caput: “O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis”. Também com relação a possibilidade de transmissão a terceiros, por ato inter vivos ou mortis causa assim como mencionado o Código Civil, artigo Art. 1.372: “O direito de superfície pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros” (BRASIL, 2011f).

A doutrinadora Di Pietro, afirma ser o Direito de Superfície de Natureza de Direito Real:

[...] 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 sub-rogar na indenização paga pelo expropriante (2003, p. 182).

Portanto a superfície possui Natureza Jurídica de Direito Real sobre coisa alheia, estabelecido pelo proprietário em favor de um terceiro denominado superficiário, por meio de ato inter vivos, gratuito ou oneroso, por tempo determinado ou indeterminado e, conforme estabelece no artigo 21 caput do EC, adquire o direito de plantar ou construir no terreno de quem o concedeu.

3 DIREITOS REAIS

3.1 Distinções entre Direitos Reais e Direitos Pessoais

O direito brasileiro utiliza a distinção entre direitos reais e pessoais. O direito das coisas busca regular as relações jurídicas em relação às coisas apropriáveis, e o direitos pessoais que regulam as relações jurídicas entre as pessoas (VENOSA, 2005, p. 23).

Os direitos reais podem ser compreendidos nas relações jurídicas sobre os bens materiais ou imateriais apropriáveis pelo homem, esses direitos são exercidos pelo possuidor e recai sobre a coisa. Acerca do assunto, a doutrinadora Maria Helena Diniz:

[...] os direitos reais são os direitos subjetivos de ter, como seus, objetivos materiais ou coisas corpóreas ou incorpóreas. As coisas corpóreas são objetos aptos a serem percebidos pelos órgãos dos sentidos e as incorpóreas são objetos destituídos dessa aptidão (2005, p.359).

Lafayett Rodrigues Pereira relata que o direito real é aquele que afeta a coisa direta e imediatamente sob todos ou sob certos aspectos e a segue em poder de quem quer que a detenha. (2004, p.22).

O direito real é subdividido em direito sobre coisa própria, na qual compreende a propriedade, e direito real sobre coisa alheia limitado ao gozo ou fruição, de garantia e de aquisição

Nesse sentido Sílvio de Salvo Venosa expõe em sua doutrina que:

A primeira e mais importante distingue os direitos reais sobre a própria coisa e sobre coisa alheia. Essa divisão obedece à possibilidade de desdobramento da titularidade do direito real, tornado limitado o direito de propriedade. Propriedade, condomínio, propriedade horizontal são direitos reais sobre coisa própria. Os Direitos Reais por sua vez, dividem-se em direitos de gozo, de garantia e aquisição (2005, p.42).

Já os direitos pessoais, que também são conhecidos como direito das obrigações, compreende um conjunto de normas que gere as relações jurídicas de

ordem patrimonial, cujo um sujeito possui o dever de oferecer e outro de receber uma prestação. (VARELA, 1977, p. 15-6)

Gagliolo e Pablo Stoleze, afirmam sobre os Direitos Pessoais que:

[...] tratasse do conjunto de normas e princípios jurídicos reguladores das reguladoras das relações patrimoniais entre um credor (sujeito ativo) e um devedor (sujeito passivo) a quem incumbe o dever de cumprir, espontânea ou coativamente, uma prestação de dar, fazer ou não fazer (2008, p. 12).

Consoante com o tema, Maria Helena Diniz dispõe acerca dos direitos pessoais que: “[...] O direito das obrigações consiste num complexo de normas que regem relações jurídicas de ordem patrimonial, que têm por objeto prestações de um sujeito em proveito de outro” (2005, p.13).

Diante do exposto, os direitos pessoais ligam dois ou mais sujeitos, diferenciando dos direitos reais que manifestam as relações jurídicas entre as coisas de pessoas naturais ou jurídicas (Venosa, 2005, p.23).

Orlando Gomes apresenta uma divergência ao mencionar “[...] o direito real como o poder imediato da pessoa sobre a coisa, que se exerce *erga omnes*. O direito pessoal, ao contrário, opõe-se, unicamente, a uma pessoa, de quem se exige determinado comportamento” (1999, p. 20).

No entanto, essa distinção tem suportado críticas da concepção unitária, que pretende ligar os direitos pessoais com os reais. As Teses Unitárias possuem teorias Personalista e Impersonalista (Diniz, 2005, p. 11).

Sobre o tema Maria Helena Diniz expõe que a teoria personalista:

[...] é a que tem como sequazes Ferrara, Orlando Ripert, Planiol e Windscheid, que argumentam que o direito é uma *proportio hominis ad hominem* e não uma relação jurídica entre as pessoas e a coisa, tendo por idéia basilar o ensinamento de Kant de que não se pode aceitar a instituição de uma relação jurídica diretamente entre pessoa do sujeito e a própria coisa, já que todo direito, correlato obrigatório de um dever, é necessariamente uma relação entre pessoas (2005. p. 11).

Planiol doutrina sobre a Teoria Personalista e os direitos reais são também direitos pessoais, que assim descreve: “[...] essa relação é de natureza pessoal, como as demais obrigações, mas de conteúdo negativo. Os demais indivíduos acham-se obrigados a respeitar o direito do titular e devem abster-se da prática de qualquer ato tendente a lesá-lo” (MONTEIRO, 1998, p.9).

Já para a Teoria Impersonalista, o direito real e o pessoal possuem caráter patrimonial, tendo o patrimônio como objeto da prestação que caracteriza o direito pessoal é o patrimônio. No mesmo sentido Washington de Barros Monteiro salienta que:

[...] tem como ponto de partida a idéia de que toda obrigação possui um fundo patrimonial, um valor econômico, independente da pessoa do devedor. Pretendem seus adeptos, objetivando a obrigação, transformá-la num direito sobre a respectiva prestação, numa espécie, portanto, de direito real, com abstração da pessoa do devedor (1998, p. 10).

A autora Maria Helena Diniz complementa sobre a Teoria Personalista dizendo:

[...] é aquela que procura a despersonalização do direito, materializando-o ou patrimonizando-o, transformando as obrigações num direito real sobre a respectiva prestação, com exclusão do devedor. Gaudermet e Saleilles afirmam que a obrigação contém em si um valor econômico que independe da pessoa do devedor, sendo que o direito real extrairia seu valor patrimonial dos bens materiais e o direito pessoal, da subordinação de uma vontade que se obriga a agir ou obster-se. Com isso essa teoria recebe o direito real e obrigacional numa só noção, sem contudo identificá-los. Assimilando-os procurando encontrar em ambos a mesma natureza (2005, p.12).

Portanto, verifica-se nas citações a existência de duas concepções a Dualista, que considera ramos autônomos e divide em direitos reais e pessoais e as unitárias que compreendem a unificação dos dois direitos. No entanto a concepção majoritária no direito brasileiro é a dualista. (Venosa, 2005, p. 23).

3.2 Direitos Reais Sobre Coisa Própria

3.2.1. Propriedade

A propriedade é denominada como direito real sobre coisa própria, e produz o direito de senhoria onde uma pessoa exerce poder sobre uma coisa,

excluindo dela qualquer atuação de terceiro. Possuindo a faculdade de usufruir os direitos sobre a coisa dentro dos limites normativos de usar, gozar, e dispor (SIMÃO; JOSÉ FERNADO, 2008, p. 111).

O direito de propriedade está expresso no Código Civil em seu artigo 1228 que assim dispõe: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” (BRASIL, 2011f).

A doutrinadora Maria Helena Diniz reforça em sua obra sobre propriedade:

[...] as coisas a que se refere a que os direitos reais são primordialmente, objetos pertencentes aos titulares desse direitos, como propriedades desses direitos, como propriedades deles, constituindo o domínio desses indivíduos. Os direitos subjetivos concernentes ao domínio são os direitos reais chamados direitos de propriedade (2005, p.359).

Sobre o assunto, Sílvio de Salvo Venosa relata sobre o direito de propriedade: [...] O direito de propriedade é o mais amplo da pessoa em relação à coisa. Esta fica submetida à senhoria do titular do *dominus*, do proprietário, empregando-se esses termos sem maior preocupação semântica (VENOSA, 2005, p.22).

Para Orlando Gomes, a propriedade é submissa de uma coisa, em todas as suas relações jurídicas, a uma pessoa, no sentido analítico a propriedade está relacionada com os direitos de usar, fruir, dispor e alienar a coisa. No entanto a propriedade é um direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo fato de a coisa está submetida à vontade de uma pessoa, sob os limites da lei (2004, p.109).

3.3 Direitos Reais Sobre Coisas Alheias

Os Direitos reais sobre coisas alheias, ou *jus in re aliena*, com amparo legal no artigo 1.225 do Código Civil, é o direito sobre a coisa de receber permissão para usar ou tê-la como se fosse sua, através das normas jurídicas ou sob acordo em contrato válido que respeite a legislação vigente (Diniz, 2005, p. 271).

Para melhor compreensão, o doutrinador Cesar Fiuza traz um exemplo em sua obra:

Ao tomar empréstimo bancário, oferecendo em garantia de pagamento sua casa. Neste momento, surge para o banco (credor) direito real a casa de A (devedor). Este direito recebe o nome de hipoteca. É oponível erga omnes, no sentido de que apenas o banco é titular de direito de hipoteca sobre o imóvel. Poderá exigir de todos os não-titulares que respeitem seu direito. Se, por acaso, A alienar a casa e não pagar sua dívida, o banco, por força de seqüela, perseguirá o imóvel, tomando-a das mãos de quem quer que o tenha adquirido (Fiuza, 2007, p. 1999).

A doutrinadora Maria Helena Diniz reforça em sua obra sobre direitos reais sobre coisas alheias que:

[...] Porem, os direitos reais podem se referir, por extensão, a objetos não pertencentes aos titulares desses direitos, não sendo, portanto, propriedade deles. Juridicamente, esses objetos são coisas próprias, mas sim coisas alheias, que não constituem o domínio da pessoa (2005, p.359).

Para o doutrinador Antônio José de Souza Levenhagen, os direitos reais sobre coisas alheias são os que [...] resultam do fato de ser a propriedade suscetível de certas restrições que se traduzem em desmembramento de algum ou de alguns dos elementos que a constituem, que vão, então, proporcionar proveito a outra pessoa (1992, p.218).

Fábio Ulhoa Coelho expõe sobre a classificação dos direitos reais sobre coisas alheias:

[...] Os direitos reais sobre coisas alheias se subdividem em três classes: direitos reais de gozo (servidão, usufruto, uso, etc.), de garantia (penhor, hipoteca e anticrese) e à aquisição (titulados pelo promitente comprador) (2006, p. 221).

Neste sentido, Nelson Godoy Bassil Dower relata em sua obra sobre as espécies dos direitos reais sobre coisas alheias que:

Os direitos reais sobre coisas alheias podem ser direitos de fruição, que alcança a substância da coisa, ou seja, a substância da coisa fica a serviço do titular; o direito de garantia, que recai sobre o valor da coisa, pois o papel econômico desse direito é assegurar o cumprimento da obrigação pela sua vinculação a determinados bens (2004, p. 21- 2).

Esse direito subdivide em três espécies, direitos reais de gozo ou fruição, de garantia e de aquisição.

3.3.1. Direitos Reais limitados ao gozo ou fruição

Os direitos reais limitados por lei ao gozo ou fruição existem na norma jurídica em razão do *numerus clausus*, sendo que não é possível introduzir outra por semelhança. Assim, não podem as partes conferir em caráter subjetivo sem expressa disposição legal (DINIZ, 2008, p. 369).

A maioria dos doutrinadores, dentre eles Maria Helena Diniz, subdivide os direitos reais limitados ao gozo ou fruição na seguinte forma: servidões prediais, usufruto, uso, habitação, superfície, concessão de uso especial para fins de moradia, concessão de direito real de uso (DINIZ, 2008, p.369).

Para Silvio de Salvo Venosa, os direitos reais limitados ao gozo e fruição, são subdivididos apenas em: [...] a enfiteuse, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, as rendas expressamente constituídas sobre imóveis (2008, p. 401).

No entanto ambos doutrinadores tendem a melhor forma de compreender o estudo dos direitos reais limitados ao gozo ou fruição da forma da corrente seguida por Maria Helena Diniz.

3.3.1.1 Servidões Prediais

Assim como legislado pelo Código Civil em seus artigos 1.225, inciso III e artigos 1378 a 1389, a servidão predial é um direito real de fruição ou gozo de um imóvel alheio de forma limitada e imediata, em que comina em um encargo ao prédio serviente em proveito do dominante por pertencer a outro dono (DINIZ, 2005, p. 399).

O artigo 1378 do Código Civil dispõe sobre servidão que:

o prédio serviente, que pertence a diverso dono, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis (BRASIL, 2011f).

Para Maria Helena Diniz, as servidões prediais, *servitus praediarum*, seriam “[...] o direito real constituído em favor de um prédio (dominante), sobre outro prédio (dominado), pertencente ao dono diverso são restrições às faculdades de uso e gozo que sofre a propriedade em benefício de alguém” (2005, p.399).

As servidões prediais possuem finalidade de valorizar o prédio dominante com objetivo de torná-lo mais útil e agradável. Já nos prédios servientes há desvalorização. As servidões prediais que sempre acompanham os imóveis mesmo quando transferidos (Diniz, 2005, p.400).

3.3.1.2 Usufruto

O usufruto está disposto no artigo 1.225, inciso IV do Código Civil Brasileiro. No entanto seu conceito possui fundamento no artigo 713 do Código Civil de 1916 que assim dispunha: “Constitui usufruto o direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade” (BRASIL, 2011f).

Caio Mário da Silva Pereira, conceitua usufruto como sendo “[...] o direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa sem alterar-lhe a substância, enquanto temporariamente destacado da propriedade” (PEREIRA, 2004, p. 293).

O usufruto possui a finalidade de assegurar a subsistência da família, restringindo a finalidade alimentar e assistencial, cujo é concedido da forma não onerosa e concedido na maioria das vezes por testamento ao beneficiando (Orlando Gomes, 1999, p.295).

O usufruto é legislado pelos artigos 1.390 a 1.411 do Código Civil Brasileiro, que apresenta as características imprescindíveis para que o usufruto possa recair sobre coisas móveis, imóveis e sobre o patrimônio, no entanto os móveis não podem ser fungíveis, nem consumíveis, pelo fato que o usufrutuário deve conservar a substância da coisa (GOMES, 1999, p.122).

3.3.1.3 Uso

O uso é um direito real temporário e não oneroso, que possui embasamento jurídico no artigo 1225 em seu inciso V e legislado pelo artigo 1412 e 1413 do Código Civil brasileiro, *in verbis*:

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. Art. 1.413. São aplicáveis ao uso, no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto (BRASIL, 2011f).

O uso é semelhante ao usufruto, diferenciando-se pela amplitude do direito de usufruir, sendo que o usufrutuário subtrai toda a utilidade do bem frutuário enquanto o usuário apenas o utiliza limitado às suas necessidades e às de sua família. (DINIZ, 2005, p. 453)

3.3.1.4 Habitação

A habitação está disposta no artigo 1225, inciso VI e nos artigos 1414 a 1416. A qual é denominada com um direito real temporário de ocupação gratuita, no entanto é inerente a imóveis de terceiros com fim de moradia própria e de sua família.

Assim dispõe o Código Civil brasileiro sobre habitação:

Art. 1.414. Quando o uso consistir no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família.

Art. 1.415. Se o direito real de habitação for conferido a mais de uma pessoa, qualquer delas que sozinha habite a casa não terá de pagar aluguel à outra, ou às outras, mas não as pode inibir de exercerem, querendo, o direito, que também lhes compete, de habitá-la.

Art. 1.416. São aplicáveis à habitação, no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto (BRASIL, 2011f).

Roberto Senise Lisboa define habitação como “[...] o direito real sobre coisa alheia através do qual um sujeito (o habitante) poderá se utilizar gratuitamente de um imóvel para moradia própria e de sua família” (Lisboa, 2002, p.231).

Por conseguinte a habitação tem o único propósito de proporcionar moradia gratuita, não proporcionando a função de estabelecimento comercial ou lucro. Assim o titular desse direito não pode alugar ou emprestar esse imóvel (DINIZ, 2005, p. 460).

3.3.1.5 Superfície

Assim como já exposto no capítulo anterior, o direito de superfície não possuía previsão legal no Código Civil de 1916, sendo que foi instituído no Código Civil de 2002 em seu artigo 1225, inciso II e nos artigos. 1.369 a 1.377, Título IV, Livro III. Também possui previsão legal no Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001, nos artigos 21 a 24, seção VII, capítulo II referente aos instrumentos da política urbana, que vieram a regulamentar os artigos 181 e 182 da Constituição Federal (RODRIGUES, 2003, p.275).

Nesse sentido o artigo 1369 caput, relata sobre a concessão do direito de superfície: O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

A doutrinadora Maria Helena Diniz conceitua o direito de superfície como sendo:

Direito Real pelo qual o proprietário concede, por tempo determinado, gratuita ou onerosamente, a outrem, o direito de construir, ou plantar em seu terreno, mediante escritura pública, devidamente registrada no cartório de registro de imóveis(CC, artigos 1225, 1369 a 1377 e lei n. 10257/2001, arts. 21 a 24) (DINIZ, 2005, p.472).

Nesse sentido, o usuário do direito é denominado superficiário e detentor da posse direta da coisa, sendo do proprietário a posse indireta. No entanto, o proprietário da coisa não pode perturbar a posse do superficiário, cabendo ao detentor da posse direta tem o direito ao solo, podendo plantar e edificar sobre ele (VENOSA, 2005, p.451).

Cabe também lembrar, que diferente da Lei 10.251/2001, o Código Civil não concede direito ao uso sobre o subsolo e espaço aéreo, como estipula o artigo 1369 deste regramento. Superficiário possui apenas o direito de exploração do solo, na qual relatando em seu parágrafo único: “O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão” (BRASIL, 2011f).

3.3.1.6 Concessão de Uso Especial Para Fins de Moradia

A Lei 11.481 de 2007 incluiu um novo direito real limitado ao gozo e fruição expressos no artigo 1.225 e seu inciso XI do Código Civil, o direito de Concessão de uso especial para fins de moradia. A qual a referida Lei 11.481 relata em seu artigo primeiro os objetivos e condições que assim expõe:

Art.1º: É o Poder Executivo autorizado, por intermédio da Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a executar ações de identificação, demarcação, cadastramento, registro e fiscalização dos bens imóveis da União, bem como a regularização das ocupações nesses imóveis, inclusive de assentamentos informais de baixa renda, podendo, para tanto, firmar convênios com os Estados, Distrito Federal e Municípios em cujos territórios se localizem e, observados os procedimentos licitatórios previstos em lei, celebrar contratos com a iniciativa privada (BRASIL, 2011h).

Nesse sentido o Doutrinador Regnoberto Marques de Melo Junior, comenta sobre a concessão de uso especial para fins de moradia, em seu artigo que:

A concessão de uso de imóvel público urbano para fins de moradia estriba-se no princípio constitucional da função social da propriedade (CF, arts. 5º, XXIII, 170, III, 182, § 2º). A compreensão do instituto concessionário de uso exora a relembração da noção do direito real de uso. Sabido como Direito Real limitado de fruição de coisa alheia, personalíssimo, intransferível, indivisível, transmissível a título gratuito ou oneroso, o uso almeja prover necessidade temporária do usuário ou de sua família, incidente sobre móvel infungível e inconsumível, ou imóvel (CC, arts. 674, IV, 742 a 745. CC/2002, arts. 1.225, V, 1.412) (2011).

O direito de concessão de uso especial para fins de moradia possui o objetivo de regularização fundiária com interesse social em imóveis da união, com o propósito de dispor com fim único de moradia, sem a necessidade concessão por

licitação de ato administrativo vinculado, assim respeitando a Medida Provisória 2.220 de 2001.

Essa Medida Provisória instituiu normas de efeito concreto, ao beneficiar com concessão de uso especial, para fins de moradia, aquele que tenha ocupado imóvel de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente, até 30 de junho de 2001. (HARADA, 2001)

3.3.1.7 Concessão de Direito Real de Uso

Assim como o direito de Concessão de uso especial para moradia exposto anteriormente, o instrumento de Concessão de direito real de uso foi incluído no artigo 1.225, inciso XII, e também pela Lei 11.481 de 2007. O objetivo é a industrialização, urbanização, edificação, cultivo ou outro interesse social, concedido através de licitação e mantido por um contrato.

O instrumento de política pública de concessão de uso foi criado antes mesmo da criação do Estatuto da Cidade, através do o Decreto – Lei 271 de 1967, onde prevê a Concessão de Direito Real de Uso, em seu art. 7º, caput, assim exposto:

Art. 7º É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas (BRASIL, 2011i).

Hely Lopes Meirelles conceitua estes instrumentos da seguinte maneira:

Autorização de uso – é o ato unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração consente na prática de determinada atividade individual incidente sobre um bem público.

[...]

Permissão de uso – é o ato negocial, unilateral, discricionário e precário através do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público (2001, p. 485/490).

Nesse sentido, os doutrinadores Fernanda Reis Pessoa e Marina Nunes Vieira discorrem sobre a Concessão de direito real de uso como:

A Concessão de Direito Real de Uso trata-se, portanto, de um contrato por meio do qual a Administração transfere do uso de terreno público ou privado – não se mencionando a transferência de domínio – por um tempo determinado ou indeterminado, oneroso ou gratuito, com o compromisso por parte do concessionário de destiná-lo estritamente dentro dos fins previstos em Lei, sendo assim atendido o princípio da supremacia do interesse público (2011).

Portanto, a concessão de direito real de uso é um instrumento que permite à administração pública regular a utilização de bens públicos ou particulares por tempo determinado ou indeterminado com fins específicos de regularização fundiária de interesse social.

3.3.2. Direitos Reais de Garantia

Os direitos reais de garantia compreendem três modalidades de garantia real: o penhor e anticrese e hipoteca cujos são compreendidos do artigo 1419 a 1510 do código civil brasileiro. (Diniz, 2005, p. 475)

As modalidades de direitos reais de garantia visam a garantir à pessoa credora que seja cumprida a obrigação com o pagamento de seu crédito. O descumprimento da obrigação recai sobre determinado bem do devedor a qual é garantia. Tendo o poder de credor de retirar-lhe a propriedade ou apenas seus atributos, conforme o direito de garantia protege. (Venosa, 2005, p.537)

Silvio Rodrigues expõe em sua obra que: “[...] o direito real de garantia é o que confere ao seu titular a prerrogativa de obter o pagamento de uma dívida com o valor ou a renda de um bem aplicado exclusivamente á sua satisfação” (RODRIGUES, 2003, p. 335).

Também outro ponto de destaque sobre o assunto são os objetivos que os direitos de garantia pretendem alcançar, que doutrina Arnold Wald:

A garantia real visa a corrigir os inconvenientes oriundos da instabilidade das situações patrimoniais, prevenindo a destruição dos móveis e assegurando, nos casos de perecimento ou de destruição dos móveis ou

imóveis, a sub-rogação do credor no direito do devedor, para receber a indenização oriunda do poder expropriante ou do seguro ou enfim do terceiro causador do dano (WALD, 2002, p. 265).

Sendo assim, o direito de garantia vem a dar segurança aos credores sobre os conflitos a cerca das negociações que possui coisas incorpóreas como caução, pelo fato do Direito de Garantia se instrumento que proporcionar garantias econômicas do credor sobre o devedor nas relações de crédito.

3.3.2.1 Penhor

O penhor é a modalidade de Direito real de garantia voltado exclusivamente para bens móveis ou imobilizáveis, em que transfere a posse da coisa apta de alienação, podendo ser realizado pelo credor ou por terceiros interessados contra o devedor, para garantir o pagamento àquele primeiro (Venosa, 2005, p.556).

O penhor é legalmente amparado pelos artigos 1.431 a 1472 do Código Civil Brasileiro, que enfatizado transferência da posse do bem dado em garantia, conforme assegurou o legislador:

Art. 1.431. Constitui-se o penhor pela transferência efetiva da posse que, em garantia do débito ao credor ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de uma coisa móvel, suscetível de alienação.

Parágrafo único. No penhor rural, industrial, mercantil e de veículos, as coisas empenhadas continuam em poder do devedor, que as deve guardar e conservar (BRASIL, 2011f).

O doutrinador Silvio Rodrigues enfatiza em sua obra sobre o assunto penhor:

Trata-se, com efeito, de um direito real de garantia, cujo objeto é, ordinariamente, coisa móvel. Pela entrega deste, efetuada pelo devedor ou alguém por ele, ao credor ou quem o representa, procura-se aumentar a probabilidade de resgate da obrigação (2003, p.282).

Neste sentido, o penhor é o modo de garantia que transfere o bem ao credor e é suscetível de alienação realizada pelo devedor ou terceiro em favor do credor, a fim de garantir o pagamento do débito de coisa móvel ou imobilizável.

3.3.2.2 Anticrese

Anticrese é uma modalidade de direito de garantia que possui amparo legal nos artigos 1506 a 1510 do Código Civil, e é semelhante ao penhor diferenciando pelos fatos de possuir relação da coisa imóvel, e por, durante a retenção do bem o credor, poder compensar a dívida pelos seus frutos e rendimentos do bem garantido. (VENOSA, 2005, p.623)

Neste sentido, o artigo 1.506 do código civil estabelece: “Pode o devedor ou outrem por ele, com a entrega do imóvel ao credor, ceder-lhe o direito de perceber, em compensação da dívida, os frutos e rendimentos” (BRASIL, 2011f).

Neste diapasão, Maria Helena leciona sobre Anticrese da seguinte forma:

È uma convenção, mediante a qual o credor, retendo um imóvel do devedor, percebe, em compensação da dívida, os seus frutos e rendimentos para conseguir a soma de dinheiro emprestada, imputando na dívida, e até o seu resgate, as importâncias que for recebendo (Diniz, 2005, p. 528).

O direito de garantia anticrese é originário de um contrato o qual é caracterizado pela entrega do imóvel frutífero ao credor detentor do poder de usufruir dos frutos do bem, descontado da dívida até a devida quitação, para somente o devedor poder resgatar o imóvel (RODRIGUES, 2003, p. 383).

3.3.2.3 Hipoteca

Amparado pelos artigos 1473 a 1505 do Código Civil Brasileiro, é a modalidade de Direito Real de Garantia cujo devedor cumpri com sua obrigação oferecendo bens moveis ou imóveis que seja proprietário e relacionados no artigo 1473. Na Hipoteca deve-se mencionar no registro e escritura sua hipoteca. O não

pagamento total da dívida, proporciona o direito ao credor de destinar o bem a venda em praça pública (RODRIGRES, 2003, p. 389).

Assim o artigo 1473 do Código Civil Brasileiro estabelece os bens aptos à hipoteca:

Art. 1473. Podem ser objeto de hipoteca:

I - os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles;

II - o domínio direto;

III - o domínio útil;

IV - as estradas de ferro;

V - os recursos naturais a que se refere o art. 1.230, independentemente do solo onde se acham;

VI - os navios;

VII - as aeronaves.

VIII - o direito de uso especial para fins de moradia;

IX - o direito real de uso;

X - a propriedade superficiária.

[...]

(BRASIL, 2011f).

Nesse sentido a autora Maria Helena Diniz enfatiza sobre hipoteca:

É o direito real de garantia de natureza civil que grava coisa imóvel ou bem a que a lei entende por hipotecável, pertencente ao devedor ou terceiro sem transmissão de posse ao credor, conferindo a este o direito de promover a sua venda judicial, pagando-se preferencialmente, se inadimplente o devedor (DINIZ, 2005, p.530).

Sendo assim a hipoteca é a forma de garantia de pagamento de dívida onde é oferecida sob à bem legalmente apto à hipoteca, podendo o devedor ficar com a posse do bem, somente adquirindo a propriedade com o total pagamento da dívida. No entanto com o término do prazo contratual e com o pagamento apenas parcial da dívida, o credor possui o direito de executar a hipoteca, assumindo a propriedade do bem até o momento em que será vendido em praça pública. O valor arrecadado que ultrapassar o valor da dívida será restituído ao devedor (VENOSA, 2005, p. 606).

3.3.1 Direitos Reais de Aquisição.

Os Direitos Reais de aquisição possuem o intuito de garantir e satisfazer o direito vontade do comprador através de um instrumento particular ou público, devendo ser registrado em Cartório de Registro de Imóveis para que tenha validade e a partir desse momento, o comprador torna se titular do direito real sobre a coisa (CAHALI, 1978, p.453).

O direito real de aquisição, não é pacífico doutrinário, Silvio Rodrigues possui o entendimento que a promessa irrevogável compreende um direito de gozo e fruição pelo fato de ser uma prerrogativa sobre a coisa vendida, que a partir da venda o comprador já possui o direito de aquisição. Nesse mesmo sentido doutrina Silvio de Salvo Venosa (SIMÃO; JOSÉ FERNANDO, apud RODRIGUES, 2005, p. 391).

A doutrina dominante é no sentido da utilização do instrumento de aquisição, sendo capitaneada por Maria Helena Diniz, que defende:

É o contrato pelo qual o compromitente-vendedor obriga-se a vender ao compromissário-comprador determinado imóvel pelo preço, condições e modos avençados, outorgando-lhe a escritura definitiva assim que ocorrer o adimplemento da obrigação, por outro lado, o compromissário- comprador, ao pagar o preço e satisfazer todas as condições estipuladas no contrato, tem direito real sobre o imóvel, podendo reclamar a outorga da escritura definitiva, ou sua adjudicação compulsória, havendo recusa por parte do compromitente-vendedor (DINIZ, 2005, p. 621).

Cesar Fiúza fala dos direitos reais de aquisição como:

São direitos reais de aquisição, que conferem a seu titular a faculdade de adquirir coisa alheia. Em nosso direito, encontram-se pelo menos dois: a promessa irrevogável de compra e venda de imóvel e a retro venda (FIUZA, 2007, p. 922).

O não cumprimento do contrato por parte do vendedor dá o direito ao comprador de exercer o direito real de aquisição conforme o Código Civil relata nos artigos 1417 e 1418 que assim expõem:

Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

Art. 1.418. O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o

disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel (BRASIL, 2011f).

Fortalecendo o direito real de aquisição, a Lei 6766/79 em seus artigos 28 a 36 e o Decreto-Lei 58/37, que dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações, no artigo 22 trazem a garantia a os contratos em que não houver cláusula de direito de arrependimento que assim relata:

Art. 22. Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda e cessão de direitos de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma, ou mais prestações, desde que, inscritos a qualquer tempo, atribuem aos compromissos direito real oponível a terceiros, e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória nos termos dos artigos 16 desta lei, 640 e 641 do Código de Processo Civil (BRASIL,2011j).

Portanto, conforme entendimento doutrinário majoritário, o Direito de Aquisição é um Direito Real que consiste na garantia do cumprimento do negócio de uma compra e venda de um bem. Caso de não cumprimento pode ser buscado através uma ação judicial requerendo a adjudicação da coisa.

4 CONFLITO DE NORMAS: CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO X ESTATUTO DA CIDADE

4.1 Direito de Superfície e Enfiteuse

O Código Civil de 2002 veio trazer novamente o Direito de Superfície. No entanto extinguiu o instituto da Enfiteuse e substituiu pelo Direito de Superfície por trazer vantagens, entre elas a segurança da negociação. A Enfiteuse pode ser conceituada como arrendamento perpétuo a qual era legislada no Código Civil de 1916, nos artigos 678 a 694, cujo foi abolido pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 2.039, que relata sobre a vedação de novas enfiteuses. (Simão, José Fernando, 2005, p. 317, 318).

A enfiteuse assim disciplina no artigo 678 do código civil de 1916:

Art. 678. Dá-se a enfiteuse, aforamento ou emprazamento, quando por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquire, e assim, se constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro, anual, certo e invariável (BRASIL, 2011g).

Silvio de Salvo Venosa dispõe em sua obra sobre a Enfiteuse como sendo:

[...] é o direito real limitado mais extenso, o que permite a seu titular a maior amplitude de exercício de poderes inerentes à propriedade.

[...]

Preenchendo necessidade social no passado, a enfiteuse hoje é arcaísmo técnico injustificável. Suas finalidades podem ser alcançadas por institutos mais dinâmicos e atuais (2005, p. 438).

O Direito de Superfície e a Enfiteuse são Direitos Reais sobre Coisa Alheia, O objeto da Enfiteuse incide somente sobre as terras não cultivadas ou terrenos que se destinem a edificação (Art. 680 CC/1916). Diferente do direito de superfície, a enfiteuse não é possível a constituição terrenos já edificados (RODRIGUES, 2003, p. 266).

Enfiteuse é considerada o Direito Real sobre Coisa Alheia que mais atribui benefício ao seu titular e o seu possuidor tem o direito de usar, gozar e até mesmo

dispor do bem gravado por este instrumento. No entanto, não há dualidade de domínio, sendo que o art. 1231 do Código Civil de 2002 estabelece que é impossível a coexistência de dois direitos de propriedade sobre a mesma coisa (DINIZ, 2005, p.376).

Observa-se que o verdadeiro proprietário do bem, denominado “senhorio direto,” tem o direito de preferência na aquisição em qualquer modalidade de negócio. Assim o enfiteuta pode vir a ser proprietário, concretizando com a plenitude do domínio, com direito de exercer o resgate após o período de dez anos de Enfiteuse. Assim dispõe o Art. 693 do Código Civil de 1916:

Art. 693. Todos os aforamentos, inclusive os constituídos anteriormente a este Código, salvo acordo entre as partes, são resgatáveis 10 (dez) anos depois de constituídos, mediante pagamento de um laudêmio, que será de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o valor atual da propriedade plena, e de 10 (dez) pensões anuais pelo foreiro, que não poderá no seu contrato renunciar ao direito de resgate, nem contrariar as disposições imperativas deste Capítulo (BRASIL, 2011g).

O direito de resgate é unicamente da Enfiteuta, na qual inexistente no Direito de Superfície. A superfície possui as características de gratuidade ou onerosidade, constituída por tempo determinado ou indeterminado, conforme estipulado no Estatuto da Cidade, porém, jamais perpétuo. (VENOSA, 2005, p. 454).

No direito de enfiteuse, o foreiro, pessoa que constituinte da subenfiteuse, deveria pagar o laudêmio, valor equivalente a subenfiteuse, ao senhorio direto, a qual compreendia a compensação por não exercer o direito de preferência, conforme o Art. 686 do Código Civil DE 1916. No entanto o atual Código Civil relata em seu Art. 2038, parágrafo primeiro, inciso I e II que proíbe a cobrança do laudêmio e constituir subenfiteuse (Diniz, 2005, p. 387), assim expondo:

Art. 2.038. Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei no 3.071, de 1o de janeiro de 1916, e leis posteriores.
 § 1o Nos aforamentos a que se refere este artigo é defeso:
 I - cobrar laudêmio ou prestação análoga nas transmissões de bem aforado, sobre o valor das construções ou plantações; II - constituir subenfiteuse.
 [...] (BRASIL, 2011f)

No Direito de Superfície, o cedente não tem direito ao pagamento pela transferência do bem, assim resguardado no Art. 1.372 do Código Civil: “O Direito de

Superfície pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros. Parágrafo único. Não poderá ser estipulado pelo concedente, a nenhum título, qualquer pagamento pela transferência” (BRASIL, 2011f).

Portanto o direito de superfície possui características mais zelosas que a enfiteuse, permitindo o maior controle e compreensão do princípio da função social da propriedade, como já citados anteriormente. Tendo em vista a colaborar com a racionalização do uso do solo urbano diminuindo a defasagem habitacional, incentivando a agricultura e viabilizando uma possível reforma agrária, incentivando o homem do campo a não migrar da zona rural para a zona urbano, possibilitando que estas terras sejam fonte de trabalho e produção (DINIZ, 2005, p. 471).

4.2 Direito das Partes: Pagamento e Transmissão

O contrato que institui o direito de superfície é concedido na forma gratuita ou onerosa. Caso não estipulado no contrato, sempre se presume na forma onerosa. O pagamento poderá ser a vista ou parcelado, conforme expõe o Art. 1370 do Código Civil: “A concessão da superfície será gratuita ou onerosa; se onerosa, estipularão as partes se o pagamento será feito de uma só vez, ou parcelada mente” (BRASIL, 2011f).

A forma parcelada em que é mais freqüente se aproxima do arrendamento, no entanto se afasta da enfiteuse, na qual o pagamento é denominado cânon superficiário. A falta do pagamento no direito de superfície poderá gerar uma ação de cobrança e até extinguir a concessão por infração contratual (VENOSA, 2005, p.455).

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz reforça que:

O Direito de superfície pode ser concedido gratuitamente, caso em que: o fundeio, apesar temporariamente, sem imóvel sem receber, sem receber qualquer contraprestação pecuniária, recebê-lo-á, finda a concessão da superfície, com acréscimo e bastante valorizado, e o superficiário, sem nada pagar, explorará o imóvel, durante o prazo avençado, podendo nele exercer atividade econômica, auferindo lucro constituído ao plantado. Se concedida onerosamente, as partes poderão convencionar se o pagamento será feito de uma só vez ou parcelada mente (CC, art. 1370). O proprietário concedente (dono do solo ou fundeio), havendo tal convenção, passará a ter direito ao solarium ou cânon superficiário (remuneração periódica) e

nada obsta que haja previsão contratual de atualização monetária do valor das prestações estipuladas (2005, p.470).

O artigo do Código Civil que versa sobre Direito de Superfície dispõe que sua transmissão a terceiros, por morte do superficiário, a seus herdeiros que:

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

Parágrafo único. Não poderá ser estipulado pelo concedente, a nenhum título, qualquer pagamento pela transferência (BRASIL, 2011f).

No mesmo sentido o Estatuto da Cidade legisla em seu artigo sobre transmissão a terceiros:

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

[...]

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

§ 5º Por morte do superficiário, os seus direitos transmitem-se a seus herdeiros (BRASIL, 2011e).

Na concessão a terceiros por morte é necessário que no contrato não tenha bloqueio sobre sucessão *causa mortis*. No caso de sucessão entre vivos não poderá ser estipulado pelo proprietário qualquer forma de pagamento pela transferência conforme artigo 1.372 do código Civil já mencionado. No entanto o Estatuto da Cidade não contempla a respeito de proibição de pagamento sobre a transferência, deixando margem a discussões. A doutrina dominante defende a proibição de qualquer pagamento no caso de transferência (VENOSA, 2005, p. 456).

Os autores Flávio Tartuce e José Fernando Simão relatam em sua obra sobre o assunto:

Quanto à cessão do instituto, o direito de superfície é transmissível por negócio inter vivos ou em razão da morte do titular nos termos do art. 1.372 do CC. Dúvida recorrente é a seguinte: se o direito de superfície se transfere quando da morte do superficiário, quando esse efetivamente se extingue? Como há prazo determinado para sua duração em razão do art. 1.369 do CC, a superfície se transfere aos herdeiros e se extingue ao fim do prazo avençado (2008, p.335).

Por fim o direito a transmissão pode ser proibido por ato *inter vivos* se assim estipulado no título constituído tendo em vista a autonomia de vontade das partes (GAGLIANO, 2004, p. 36).

4.3 Extinção do Direito de Superfície

O direito de superfície possui várias formas de extinção, na qual estão compreendidas no Estatuto da cidade e no Código Civil Brasileiro em seus artigos 1374 e 1376 que assim relatam:

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

Art. 1.376. No caso de extinção do direito de superfície em consequência de desapropriação, a indenização cabe ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito real de cada um (BRASIL, 2011f).

No Estatuto da Cidade em seus artigos 23 e 24, assim dispõe sobre a extinção do Direito de Superfície:

Art. 23 do EC. Extingue-se o direito de superfície:

I – pelo advento do termo;

II – pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário.

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

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

§ 2º A extinção do direito de superfície será averbada no cartório de registro de imóveis (BRASIL, 2011e).

A extinção pelo adimplemento das obrigações assumidas pelo superficiário, em que é expresso no artigo 23, inciso II do EC. Quando o superficiário não cumprir suas obrigações. O direito de superfície nasce de um negócio jurídico e gera possibilidade de resolução culposa conforme previsto nos art. 392, 402 e 404 do Código Civil. Nesse sentido o art. 1374 do CC e o art. 24, §1º, ambos do CC, tendem também pelo inadimplemento por desvio da finalidade da superfície (SIMÃO; JOSÉ FERNANDO, 2005, p. 338).

O Doutrinador Sílvio de Salvo Venosa expõe sobre a extinção pelo adimplemento das obrigações do direito de superfície, assim lecionando:

A falta de pagamento do cânon é motivo de rescisão, levando-se em conta o que estiver estabelecido no contrato, Há que se verificar se é dado ao superficiário purgar a mora. A resposta, como regra geral, deve ser afirmativa. A discussão se transfere para até que momento pode a mora ser purgada (2005, p.456).

Na modalidade de extinção por denúncia por qualquer uma das partes compreendida no Estatuto da Cidade assegura o direito de superfície por prazo indeterminado em seu art. 21 *caput*. Em sentido diverso, o Código Civil Brasileiro estabelece no art. 473 *caput*, que esse direito pode ser rescindindo unilateralmente. Em qualquer negocio jurídico por prazo indeterminado (SIMÃO; JOSÉ FERNANDO, 2008, p. 338).

O Estatuto da Cidade prevê no art. 23, inciso I, sobre a extinção pelo advento do termo, dispõe que o fim do prazo contratual se dá automaticamente, da mesma forma que a extinção pela consolidação onde o superficiário adquire a propriedade do solo ou o proprietário da superfície (SIMÃO; JOSÉ FERNANDO, 2005, p. 339).

A extinção do Direito de Superfície por acordo entre as parte, pelo instrumento de destrato é amparado pelo artigo 472 do CC, onde ambas as partes decidem por comum acordo. Caso o valor do contrato que verse sobre o Direito de Superfície ultrapasse trinta salários mínimos esse instrumento de extinção deve ser por meio de escritura publica conforme Art. 108 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2011).

A extinção que prevê a indenização para as duas partes, superficiário e proprietário, são pelo fato da desapropriação, conforme prevê o art. 1376 do Código Civil, cabendo indenização caso de desapropriação (SIMÃO; JOSÉ FERNANDO, 2005, p. 340).

Extinta a concessão do direito de superfície, o Estatuto da Cidade em seu art. 24 *caput*, e no Código Civil Brasileiro, art. 1375 estabelecem que o proprietário passe a ter a propriedade plena sobre a coisa sem ter que indenizar as partes, caso não haja estipulação em contrario no contrato (DINIZ, 2005, p. 471).

4.4 Vantagens do Direito de Superfície

O Direito Real de Superfície veio trazer algumas vantagens, entre elas o poder de conciliar as normas referentes à propriedade do Código Civil com o princípio disposto no artigo 5º, inciso XXIII da Constituição Federal, que consagra a função econômica e social da propriedade, na qual incide na principal vantagem do direito de superfície. Isso faz que o possuidor do direito de superfície respeite o Estatuto da Cidade com seu devido plano diretor de cada município em consonância com a Função Social da Propriedade Urbana seja devidamente respeitada (BACCIOTTI, 2003, p.01)

A Doutrinadora Maria Helena Diniz expõe em sua obra sobre a obrigação que o direito De superfície imprime, trazendo com isso as vantagens mais significativas:

[...] a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, onerosamente ou gratuitamente, por tempo determinado ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra ou outra utilidade de interesse social (2005, p.465).

Neste sentido, as legislações que trazem o direito de superfície, a saber, Código Civil e Estatuto da Cidade, asseguram ao proprietário, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, as vantagens de poder conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em suas propriedades, por tempo determinado ou indeterminado, sendo essa concessão gratuita ou onerosa (VENOSA, 2005, p.454).

Nesse mesmo sentido, Marco Aurélio Viana expõe em sua obra que:

[...] direito real que assegura ao superficiário ter coisa própria incorporada em terreno alheio, ou seja, do fundieiro. O que se assegura pelo direito de superfície ó direito de construir ou manter uma construção em terreno alheio, ou plantar, ou manter a plantação, também em terreno alheio (2003, p. 112).

Flavio Tartuce e José Fernanado Simão, citando Melhim Namem Chalhub, aborda algumas vantagens acerca do Direito de Superfície conforme abaixo:

O desdobramento dos direitos reais decorrente dessa concessão pode dar á

propriedade á propriedade utilização mais ampla e mais racional, como importante alternativa para execução de políticas de ocupação de solo, do subsolo e do espaço aéreo, em articulação com outros mecanismos jurídicos – administrativos. A caracterização da coisa superficiária como direito autônomo, excepcionando o princípio da acessão, possibilita a alienação da coisa superficiária separadamente do solo, bem como a constituição de garantias reais de destacadamente, sobre o solo, bem como a constituição de garantias reais destacadamente, sobre o solo ou sobre a construção, viabilizando operações de créditos para mais diversas atividades industriais e comerciais ou para implantação de programas de habitação (2008, p.331).

Diante do exposto, o direito de superfície é dotado de muitas vantagens, que vieram fortificar o princípio da função social da propriedade propiciando a utilização do solo, subsolo e espaço aéreo, promovendo o bem estar social e não individual. Uma das vantagens é o incentivo a construções regulares e conseqüentemente novos empregos.

4.5 O posicionamento Doutrinário perante o conflito entre o Estatuto da Cidade e o Código Civil Brasileiro acerca do Direito de Superfície.

As divergências entre a Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) em seus artigos 21 a 24, e a Lei 10.406/2002 (Código Civil Brasileiro) artigos 1.369 a 1.377, são sobre o uso do subsolo e do espaço aéreo, os encargos e tributos, e pelo prazo de concessão do direito de superfície, por ser determinado ou indeterminado.

Por conseguinte o Estatuto da Cidade relata:

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

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

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

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

[...]

(BRASIL, 2011e)

Já o Código Civil diverge em seus artigos, assim mencionando:

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

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

Art. 1.371. O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel (BRASIL, 2011f).

Nota-se que o Código Civil explora o solo de forma mais restrita, exclusivamente para construção ou plantação, relatando no parágrafo único do artigo 1.369 que o direito de superfície não autoriza obra no subsolo salvo se for inerente ao objetivo da concessão. O Código Civil proporciona ainda a faculdade de o imóvel ser urbano ou rural com prazo apenas determinado. Já o Estatuto da Cidade, assegura o direito à exploração do solo, subsolo e espaço aéreo, apenas na área urbana, abrangendo tanto por prazo determinado quanto por prazo indeterminado. (DINIZ, 2006, p.467)

Com relação ao espaço aéreo e o subsolo no Direito de Superfície, o Código Civil estabelece limites no artigo 1.229 que assim dispõe:

Art, 1229. A propriedade do solo abrange o a do espaço aéreo e subsolo correspondente, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais que tenha ele interesse legítimo em impedi-las (BRASIL, 2011).

Com relação aos encargos e tributos, há divergência nas duas legislações. Sobre isso, o doutrinador Silvio de Salvo Venosa expõe:

O artigo 1.371 do atual Código afirma que o superficiário responderá por encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade fiduciária. O Estatuto da Cidade vai mais adiante, pois além de estipular essa responsabilidade tributária no art. 21, § 3º, acrescenta que o superficiário arcará, ainda proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objetiva da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo. Essa mesma disposição é sugerida pelo projeto nº 6960/2002 para presente no Código Civil (2005, p.455).

A doutrina aponta divergência em qual legislação seguir. Nesse contexto Flávio Tartuce e José Fernando Simão relatam em sua obra que:

[...] é preciso aqui enfrentar um problema de Direito Intertemporal. Isso porque, atualmente, a categoria jurídica é disciplinada por dois diplomas

distintos: o Estatuto da Cidade (arts. 21 a 24) e o Código Civil de 2002 (arts. 1369 a 1377). A dúvida que surge é se o Código Civil de 2002 revoga ou não o Estatuto da Cidade em relação ao tratamento da superfície (2008, p. 332).

O doutrinador Lucas Abreu Barroso acrescenta: “[...] deste modo, não temos dúvida de que não houve qualquer revogação e que as duas formas de superfície coexistem em nosso ordenamento jurídico” (2006, p. 382).

Sílvio de Salvo Venosa se posiciona sobre as divergências:

O Estatuto da Cidade, Lei nº10,257/2001, por nós já mencionado, mormente no capítulo em que tratamos de usucapião, atravessou o Código Civil, pois são leis da mesma época, porque também disciplina o direito de superfície, nos arts. 21 a 24. Tal obriga o interprete a definir a aplicabilidade de ambos diplomas legais sobre a mesma matéria. Esse Estatuto entrou em vigor noventa dias após sua publicação, portanto antes vigente Código Civil. É de se perguntar se, no conflito de normas, o presente Código, como lei posterior, derroga os princípios do Estatuto. Se levarmos em conta a opinião aqui tantas vezes defendida de que o Estatuto da Cidade institui um microsistemas, tal como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Inquilinato, por tanto, sob essa óptica, o Estatuto vigora sobranceiro no seu alcance de atuação, em princípio, sobre as demais leis, ainda que posteriores. A matéria, no entanto, é polêmica, e longe está unanimidade. O desleixado legislador, para dizer o mínimo, poderia ter facilmente dado uma diretriz única e não o fez. Inconcebível que temas idênticos como usucapião e superfície estejam presentes em dois diplomas legais paralelos. Esse fenômeno apenas sublima a vaidade piegas de quem elaborou ambos os diplomas (2005, p.453 e 454).

Os Enunciados nº 93 e 94 do CJD/STF, Conselho da Justiça Federal do Supremo Tribunal Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, e de autoria de Sílvio de Salvo Venosa, continua a discorrer sobre:

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

94 – Art. 1.371: As partes têm plena liberdade para deliberar, no contrato respectivo, sobre o rateio dos encargos e tributos que incidirão sobre a área objeto da concessão do direito de superfície (VENOSA, 2011).

No mesmo, sentido Maria Elena Diniz apóia os enunciados nº 93 e 94 do CJD/STF pela não revogação (DINIZ, 2006, p. 469). Na mesma linha, os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald apóiam em sua obra (2007, p.399).

Com relação as duas correntes, sobre os enunciados nº 93 e 94 do CJD/STF, Flávio Tartuce e José Fernando Simão apóiam a tese da não revogação mencionado nos enunciados nº 93 e 94 do CJD/STF, assim relatando:

Realmente não há que se falar em revogação, pois enquanto o direito de superfície referente aos imóveis urbanos é regido pelo Estatuto da Cidade, o referente aos imóveis rurais é regido pelo Código Civil. Em se tratando de superfície Urbana, caso haja conflito de normas prevalece o Estatuto sobre o Código Civil, por ser especial (2008, p.332).

No entanto a justificativa das suas opiniões é por que o Código Civil estipula o prazo determinado, assim descrevendo:

Na realidade, o que pretende evitar o Código de 2002 é a perpetuidade da superfície, característica presente na enfiteuse e que não se justifica nos dias de hoje, pois os valores contemporâneos e pós-modernista rechaçam a idéia de algo perpétuo ou imutável. Desse modo, ainda que a instituição de superfície urbana possa ocorrer por prazo indeterminado, não poderá esta perpétua, por contrariar a própria sistemática do instituto (SIMÃO; JOSÉ FERNANDO, 2005, p. 332).

Com relação a não revogação do Código Civil sobre O Estatuto da Cidade, Ricardo Pereira Lira, instrui:

Não incide no caso a regra da Lei de Introdução segundo a qual a lei posterior, que regula inteiramente a matéria tratada na lei anterior, a revoga. Isso porque o direito de superfície contemplado no Estatuto da Cidade é um instituto de vocação diversa daquele previsto no novo Código Civil, voltado aquele para as necessidades do desenvolvimento urbano, editado como categoria necessária à organização regular e equânime dos assentamentos urbanos, como fator de institucionalização eventual da função social da cidade. No novo Código Civil, o direito de superfície será um instrumento destinado a atender interesses e necessidades privados (2002, p.231).

Sarmiento Filho prefere resumir a divergência no sentido em que o Estatuto da cidade legisla sobre a área urbana e o Código Civil sobre os imóveis rurais assim expondo:

Em primeiro lugar, existem aqueles que elegem como objeto determinante da especialidade o fator localização do imóvel (a). Desse modo, quando o imóvel sobre o qual se institui a superfície se localizar em área urbana, aplica-se o Estatuto da Cidade, ao passo que o Código Civil estaria reservado aos imóveis rurais (2010).

Desta forma, prepondera o entendimento que as duas legislações convivem no que diz respeito ao Direito de Superfície. Estabelecendo o critério de fixação da especialidade da legislação.

Contrário aos enunciados nº 93 e 94 do CJD/STF, e pugnando pela revogação do Estatuto da Cidade com relação ao direito de Superfície, os autores Pablo Stolze Gagliano (2004, p. 25) e Joel Dias Figueira Junior (2006, p. 1124), ambos apoiando a teoria do doutrinador J. Miguel Lobato Gómez, quem assim relata em seu artigo:

O Novo Código Civil é posterior à Constituição e, praticamente, a todas as leis especiais vigentes, incluindo o Estatuto da Cidade. Além disso, não cabe dúvida que os princípios fundamentais que inspiram o novo Código em matéria patrimonial podem considerar-se formal e materialmente, conformas a atual Carta Magna do Brasil, especialmente em matéria de função social da propriedade e do contrato. Portanto, ninguém pode argumentar que o código civil vigente, por mais que seja o resultado de um processo iniciado nos anos setenta, por mais que assuma conceitos, regras e princípios de direito patrimonial já consagrados no vetusto texto de 1916, não teve em conta a Constituição e não respeitou seus princípios fundamentais. Além disso, embora seja uma lei geral, é uma lei posterior que, se não derroga por completo nenhuma lei anterior, ao menos derroga tacitamente todos os preceitos das leis vigentes com antecedência, gerais e especiais, em tudo o que sejam claramente contrárias ou se oponham ao estabelecido nelas. (2004, p.90).

Em casos como este de divergências de legislações, Maria Helena diz preferir utilizar a prudência a qual cita:

Em caso de antinomia entre o critério de especialidade e o cronológico, valerá o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, segundo o qual a regra de especialidade prevalecerá sobre a cronológica. Esse critério é parcialmente inefetivo, por ser menos seguro do que o anterior, podendo gerar uma antinomia real. A meta-regra *lex posterior generalis non derogat priori speciali* não tem valor absoluto, dado que, às vezes, *lex posterior generalis derogat priori speciali*, tendo em vista certas circunstâncias presentes. A preferência entre um critério e outro não é evidente, pois se constata uma oscilação entre eles. Não há uma regra definida; conforme o caso haverá supremacia ora de um, ora de outro critério (2001, p.78).

Portando o conflito doutrinário sobre o Direito de Superfície entre o Estatuto da Cidade e o Código Civil possui duas teses divergentes. A que defende a revogação do Estatuto da Cidade perante o Código Civil, com seu principal apoiador o Doutrinador J. Miguel Lobato Gomes, e a tese da não revogação deste Estatuto, defendida por Sílvia de Salvo Venosa. Nesse sentido, ambas as teses concordam que o legislador ordinário deixou uma lacuna jurídica quando não estabeleceu explicitamente qual regramento seguir.

5 CONCLUSÃO

Nos limites desta monografia constatou-se que o Direito de Superfície é um Direito Real sobre coisa alheia, onde o proprietário do imóvel possui a o poder de conceder a terceiro o direito de plantar ou construir na propriedade por período determinado ou indeterminado, jamais sendo perpétuo esse direito. Para ter validade, deve ser registrado em escritura pública no registro de imóveis.

Esse direito configura uma forma de ordenamento sobre a propriedade, podendo ser gratuito ou oneroso e se caracteriza como um instrumento de política urbana atendendo a função social da propriedade.

O Direito de Superfície é legislado pelo Código Civil Brasileiro e pelo Estatuto da Cidade, no entanto as duas legislações possuem divergências em relação ao poder de utilização da propriedade e sobre a responsabilidade dos encargos e tributos sobre o superficiário, embora não se tenha trabalhado nesta monografia sobre a responsabilidade tributária.

A lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) estabelece em seu artigo 21 § 1º, que o superficiário pode utilizar o solo, subsolo ou o espaço aéreo relativo do terreno por tempo determinado ou indeterminado, e com relação aos encargos e tributos estabelece em seu artigo 21, § 3º, que deve ser de responsabilidade do superficiário apenas os encargos e tributos incidentes proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva do imóvel.

Já a o Código Civil Brasileiro autoriza o superficiário a utilizar apenas a superfície e por tempo determinado conforme estabelece o parágrafo único do artigo 1.369, e prevê em seu artigo 1371 que é de responsabilidade do superficiário todos os encargos e tributos incidentes sobre o imóvel.

Nesse sentido, maioria das doutrinas afirma que o legislador deixou vago esses pontos entre as duas legislações, e se dividiram em duas correntes. Uma defende a revogação do Estatuto da Cidade pelo Código Civil por aquela ser uma legislação posterior, e outra corrente que apóia a idéia de que haja uma sobreposição do Estatuto da Cidade sobre o Código Civil, por caracterizar um micro sistema, na forma de uma legislação específica.

Verificou-se que a divergências entre as duas legislações é uma falha do legislador ordinário, deixando o operador do direito sem saber qual lei deve seguir.

Diante da duplicidade de legislações sobre o mesmo tema, na primeira etapa deste trabalho analisou-se a evolução histórica do Direito de Superfície no contexto constitucional, cujo objetivo inicial era a Reforma da Política Urbana, sendo implementada pela CRFB de 1967 o Princípio da Função Social da Propriedade em seu artigo 157 e na atual Carta Magna de 1988, com a implementação do capítulo terceiro sobre a Política Urbana, resultado da luta do Movimento Nacional de Reforma Urbana.

No segundo capítulo discorre-se sobre Os Direitos Reais e suas ramificações, que consistem na forte do Direito de Superfície, bem como os Direitos Reais de Garantia e de Aquisição.

Finalmente, no terceiro e último Capítulo debruçou-se sobre o Direito de Superfície e a enfiteuse, o direito das partes diante do pagamento e da transmissão do Direito de Superfície e a extinção do instrumento. Verificou-se o posicionamento doutrinário sobre conflito aparente de normas entre o Código Civil e o Estatuto da Cidade.

Vencidos os objetivos inicialmente propostos por esse trabalho, constatou-se que o Direito de Superfície é um forte instrumento de política Urbana, pelo fato de estar totalmente ligada ao Princípio constitucional da Função Social da Propriedade e por sua vez estar incluso na função social cidade para que venha a propiciar o bem estar de seus habitantes.

Foi enfrentado o desafio da investigação doutrinária dos mais diversos autores que restou possível concluir o estudo de divergência entre os artigos 21 a 24 do Estatuto da Cidade e dos artigos 1369 a 1377 do Código Civil.

Além disso, um dos grandes presentes disso tudo, foi o surgimento de dúvidas no decorrer do trabalho, o que se transformou em combustível para o aprofundamento da matéria e a verificação de sua importância.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Herman V. (Org). **Dano Ambiental: Preservação, Reparação e Punição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BACCIOTTI, Livia. **A função social da propriedade**. 02.Abr.2003. Disponível em: http://www.suigeneris.pro.br/direito_dci_funprolb.htm, acesso em: 30/06/2010.

BARROSO, Lucas Abreu. **Introdução Crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1946**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm, acesso em: 30/05/2011 a.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm, acesso em: 30/05/2011 b.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**, Emenda Constitucional de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm, acesso em: 30/05/2011 c.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm, acesso em: 30/05/2011 d.

_____. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Dispõe sobre o **Estatuto da Cidade**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LEIS_2001/L10257.htm, acesso em: 30/05/2011 e.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe sobre o **Código Civil Brasileiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>, acesso em: 30/05/2011 f.

_____. Lei 3.071, 10 de janeiro de 1916. Dispõe sobre o **Código Civil Brasileiro de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm>, acesso em: 30/05/2011 g.

_____. Lei 11.481, 31 de maio de 2007. Dispõe sobre **medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União**; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11481.htm, acesso em: 30/05/2011 h.

_____. Decreto-Lei nº 271, 28 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre **loteamento urbano, responsabilidade do loteador concessão de uso e espaço aéreo e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del0271.htm>, acesso em: 30/05/2011 i.

_____. Decreto-Lei nº 58, 10 de dezembro de 1937. Dispõe sobre **loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/1937-1946/Del058.htm>, acesso em: 30/05/2011 j.

CAHALI, Yussef Said. **Compromisso de Venda e Compra**. ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito. São Paulo : Saraiva, v.16. 1978.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários do estatuto da cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

COELHO, João Érico Lucas. **Significações do estatuto da cidade no contexto municipal e perspectivas no desenvolvimento regional**. 2004. Disponível em: <http://www.urisantiago.br/nadri/artigos/estatuto>, acesso em: 30/06/2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**,: Direito das Coisas. 18ª ed. V.4. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Lei de introdução ao código civil interpretada**. São Paulo: Saraiva, 8ª ed, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 1991.

_____. **Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257)** – Direito de Superfície. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DOWER, Nelson Godoy Bassil Dower. **Direito civil: Direito das coisas**. 2ª ed. São Paulo: Nelpa, 2004.

FARIAS; Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2. ed. Direito Civil: Teoria Geral. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

FERREIRA, Regina Fátima C.F. **A Constituição Cidadã e o Direito a Cidade: 20 anos de luta e muito desafio**, site:<http://www.fase.org.br/v2/admin/anexos>, 2008, acesso em 22/08/2010.

FIGUEIRA J.R., Joel Dias. **Novo Código Civil comentado**. Coordenação Ricardo Fiúza. 3. ed. atual., São Paulo: 2004.

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 10 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GANGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**, São Paulo: Saraiva, 2004.

GASPARINI, Diógenes. **O estatuto da cidade**. São Paulo: NDJ, 2002.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 14 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOMES, Orlando. **Direito das Obrigações**, Rio de Janeiro, Forense, 2000

GOMEZ, J. Miguel Lobato. A disciplina do direito superficiário no ordenamento brasileiro. **Revista de Direito Civil**. Rio de Janeiro, n. 20, out/dez. 2004.

GOMEZ, J. Miguel Lobato. **Código Civil e Estatuto da Cidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 247, 11 mar. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4933>. Acesso em: 28 maio 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**, 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

HARADA, Kiyoshi. **Concessão de uso especial de imóvel urbano**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2421>, acesso em: 15 maio 2011.

LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. **Comentários didáticos - direito das coisas**. 2 ed., São Paulo: Atlas, 1992, v. 3.

LIRA, Ricardo Pereira. Direito de Superfície: Aquisição de espaço aéreo sobrejacente a prédio contíguo. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, vol.11, jul./set. 2002.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual ementar de direito civil**, 2 ed. São Paulo: Editora RT,2002.

MAGALHÃES, Maria Lúcia Faro. **Função Social da Propriedade e Meio Ambiente – Princípios Reciclados**. In BENJAMIN, Herman V. (Org). Dano Ambiental: Preservação, Reparação e Punição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,1997.

MEDAUAR, O.; ALMEIDA, F. D. M. **Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001, comentários**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26 ed., Atualizada, São Paulo, Malheiros, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, v.3, 34 ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

MELO JR., Regnoberto Marques de. **Concessão de uso especial para fins de moradia**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3237>, acesso em: 16 maio 2011.

MELO, Marco Aurélio Bezzera. **Novo Código Civil anotado**. vol. V. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

PEREIRA Lira, Ricardo. **O direito de Superfície e o Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 2002.

PERREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Coisas**, 2ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004.

PESSOA, Fernanda Reis. VIEIRA, Marina Nunes. **Concessão de uso especial para fins de moradia: uma nova ordem urbanística**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 01/08/200. Disponível em

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6570, acesso em 17/05/2011.

RODRIGUES, Silvio, Direito Civil: **Direito das Coisas**, v.5, 28ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2003.

ROLNIK, Raquel. **Estatuto da Cidade**: instrumento para as cidades que sonham crescer com justiça e beleza. São Paulo: Polis, 2001b. Disponível em: <http://www.polis.org.br>, acesso em: 30/06/2010.

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheiras. **O direito de superfície na legislação brasileira**. Disponível em: <http://www.irib.org.br/biblio/boletimel2375.asp>, acesso em 20/05/2010.

SOUZA, Marcelo Lopes de. **Mudar a cidade: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanos**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

SILVA, José Afonso. **Curso De Direito Constitucional Positivo**, ed. Malheiros São Paulo - SP, 15ª edição, 1998.

SIMÃO, José Fernando, **Direito das Coisas**, São Paulo, ed. Método, 2008.

VARELA, Antunes, **Direito das Obrigações**, Rio de Janeiro, Forense, 1977.

VENOSA, Sílvio S. **O Direito de Superfície no Novo Código Civil**, 05 ed. São Paulo, SP: Ed Atlas, 2005-coleção divisível v.5.

_____. **Enunciados aprovados na I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>, acesso em 22/05/2011.

VIANA, Marco Aurélio. **Comentários ao Novo Código Civil**. vol. XVI, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro : Forense, 2003.

WALD, Arnold. **Direito das coisas**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.