



Agnaldo Rodrigues Pereira

**O DIREITO DE SUPERFÍCIE, O “DIREITO DE LAJE”
E O REFLEXO NO DIREITO URBANÍSTICO**

Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em
Ciências Jurídico Forenses
Menção em Direito Público apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra,
orientada pela Senhora Doutora Fernanda Paula Oliveira

Coimbra, Abril de 2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

*Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses*

O Direito de Superfície, o “Direito de Laje” e o reflexo no Direito Urbanístico

Agnaldo Rodrigues Pereira

**O DIREITO DE SUPERFÍCIE, O “DIREITO DE LAJE”
E O REFLEXO NO DIREITO URBANÍSTICO**

Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico Forenses
Menção em Direito Público apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra,
orientada pela Senhora Doutora Fernanda Paula Oliveira



Coimbra, 2014

*Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses*

ÍNDICE

ÍNDICE.....	1
ABREVIATURAS E SIGLAS.....	3
1 – PREFÁCIO	4
2. OBJETIVO	12
3. - INTRODUÇÃO.....	12
3.1 – O DIREITO REAL E O DIREITO DE SUPERFÍCIE	12
3.2 - O DIREITO DE SUPERFÍCIE NO DIREITO ESTRANGEIRO	18
3.2.1 - ÁUSTRIA.....	18
3.2.2 - ALEMANHA	19
3.2.3 – SUIÇA	19
3.2.4 - BÉLGICA.....	20
3.2.5 – ITÁLIA	20
3.2.6 – ESPANHA	21
3.2.7 – FRANÇA	22
3.2.8 – CANADÁ (Código de Quebec).....	22
3.2.9 - PERU	23
3.2.10 - CUBA	23
3.2.11 – PORTUGAL e MACAU	23
3.2.12 – CONCLUSÃO PARCIAL	26
4. O DIREITO DE SUPERFÍCIE E OS OUTROS INSTITUTOS	27
4.1 - DIREITO DE SUPERFÍCIE VERSUS ENFITEUSE.....	27
4.2 – DIREITO DE SUPERFÍCIE VERSUS USUFRUTO	28
4.3 – DIREITO DE SUPERFÍCIE VERSUS SERVIDÃO.....	28
4.4 – DIREITO DE SUPERFÍCIE VERSUS LOCAÇÃO	29
5. DESENVOLVIMENTO - ESTUDO DAS LEGISLAÇÕES	30
5.1 – DIREITO CONSTITUCIONAL.....	30
5.2 – DIREITO INFRACONSTITUCIONAL	38
5.3 – PLANOS DIRETORES	44
6 – O DIREITO DE SUPERFÍCIE VERSUS O “DIREITO DE LAJE”	46
6.1 – ACESSÃO E O DIREITO DE SUPERFÍCIE	46
6.2 – SUPERFÍCIE POR CISÃO, SUBSUPERFÍCIE E SOBRELEVAÇÃO	47
6.3 -SOBRELEVAÇÃO VERSUS “DIREITO DE LAJE”	50

O Direito de Superfície, o “Direito de Laje” e o reflexo no Direito Urbanístico

7 – O “DIREITO DE LAJE” VERSUS O REFLEXO NO DIREITO URBANÍSTICO	54
8 – ASPECTOS DA JURISPRUDÊNCIA.....	56
9. CONCLUSÃO	60
BIBLIOGRAFIA	64

ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. - Artigo

BGB - Bürgerliches Gesetzbuch – Código Civil Alemão

CC – Código Civil

CCP – Código Civil Português

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil

CRP - Constituição da República Portuguesa

CPC – Código de Processo Civil

NCC - Novo Código Civil Brasileiro

Ob., cit. – Obra citada

PDM – Plano Director Municipal

PIOT – Planos Intermunicipais de Ordenamento dos Territórios

PMOT – Plano Municipal de Ordenamento do Território

PNOPT – Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território

p. - página

pp. – páginas

TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJRS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

TRE - Tribunal da Relação de Évora

TRP- Tribunal da Relação do Porto

STFB - Supremo Tribunal Federal Brasileiro

*“A propriedade faz parte da natureza do homem e da natureza das coisas. Como o trabalho, ela encerra um mistério – é a projeção da personalidade humana sobre as coisas. A pessoa tende à propriedade por um impulso instintivo, do mesmo modo que a nossa natureza animal tende ao alimento. O apetite da propriedade é tão natural à nossa espécie como a fome e a sede; apenas é de notar que estes são apetites da nossa natureza inferior, ao passo que aquele procede da nossa natureza superior. Todo o homem tem alma de proprietário, mesmo os que se julgam seus inimigos. É isto que se entende quando se afirma que a propriedade decorre do direito natural”*¹ (destaquei.)

1 – PREFÁCIO

Os historiadores registram, num primeiro momento, a ausência do exercício do direito de propriedade pela humanidade; na sequência, dá-se início a defesa individual de grutas e cavernas, estendendo-se às vegetações próximas, onde eram encontrados os alimentos², com ampliação, em seguida, em prol do grupo, em razão de ligações de parentesco e convivência, em caráter temporário, por força da migração de um local para outro.

O germe da autoridade e de certa organização grupal teve início com o matriarcado e, posteriormente, pelo patriarcado, quando ainda perdurava o consenso coletivo da propriedade: os bens eram de todas as pessoas do grupo³. Para **DARCY BESSONE**, a particularização da propriedade se deu na medida em que as famílias foram se constituindo como unidades sociais internas do grupo e, assim, elas foram localizando-se em certas

¹ R.G. Renard, *L'Église et la Question Sociale*, p. 137 et seq., em citação de LIMA, Mariton Silva, Artigo “O direito de Propriedade”, agosto/2006, disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9342/direito-de-propriedade#ixzz2BeQfTzGo>. Acessado em 27.04.2014

² RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 5ª ed., 2011, revista e atualizada. Editora Forense. p. 171.

³ RIZZARDO, Arnaldo. *Ob.*, cit. p.171.

O Direito de Superfície, o “Direito de Laje” e o reflexo no Direito Urbanístico

áreas e o “...respeito mútuo dessas situações levou à concepção da propriedade familiar, com a conseqüente degradação do grupo social, para a formação de grupos menores. Perdurou por muito tempo a propriedade da família. Com a evolução, foram-se reconhecendo certos direitos às pessoas integrantes do grupo familiar, como, por exemplo, ao dote e ao pecúlio castrense. Chegou-se, através dessas concessões sucessivas, à propriedade do indivíduo”⁴.

Contudo, o direito de propriedade, como tal, tem sua raiz histórica no direito romano, quando predominava um sentido individualista de propriedade⁵, definido como *ius utenti, fruendi et abutenti*, ou seja, *direito de usar, fruir e dispor*, em tradução livre.⁶

Há desde o Império Romano uma preocupação com o exercício do direito de propriedade privada, acentuada pelas conquistas, com a formação de grandes propriedades, com isenção de impostos em favor de muitos nobres e da Igreja, donos de incomensuráveis riquezas⁷, propiciando a manutenção do controle do território.

Eram feudos, dados com usufruto condicional a certos beneficiários, que passaram a ser perpétuos e transmissíveis apenas pela linha masculina, desaparecidos do cenário jurídico mundial com o advento da Revolução Francesa em 1789⁸, que instalou, entretanto, nos sistemas jurídicos, uma propriedade com características fiéis à tradição romana e aos princípios individuais, colocando o direito de propriedade num verdadeiro altar, cujo sacerdote era o proprietário⁹.

É sobre essa prisma, qual seja: de que os indivíduos desejam ser proprietários dos bens e direitos legalmente conquistados, que as legislações da maioria dos Países

⁴ BESSONE, Darcy. Direitos Reais. São Paulo, Editora Saraiva, 1988. Apud, RIZZARDO, Direito das Coisas, ob. cit., p. 171.

⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Livro IV. Direito das Coisas. 26ª ed. São Paulo – Saraiva, 2011. p. 119.

⁶ FIUZA, César. Direito Civil: curso completo. 16ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte. Del Rey, 2013. p. 954.

⁷ RIZZARDO, Arnaldo. Ob., cit., p.172

⁸ DINIZ, Maria Helena. Ob., cit., p. 120.

⁹ ARRUDA ALVIM, Breves Anotações, p.65. Apud, GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito das Coisas. Volume 5. . 8ª ed. São Paulo, Saraiva, 2013. p. 22

O Direito de Superfície, o “Direito de Laje” e o reflexo no Direito Urbanístico

consagravam o **direito à propriedade**¹⁰ e ainda garantem o seu uso, gozo, fruição e disposição. Ser proprietário, assim, significa possuir um **direito real**¹¹ que lhe assegure a posse de uma coisa em todas as suas relações, constituindo, para **ORLANDO GOMES**, um direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo¹².

Mas, com a evolução, a faceta individualista passou a ceder espaço para a vertente social da propriedade, enfatizando **CARLOS ROBERTO GONÇALVES** que *“Gradativamente, porém, essa concepção egoística e individualista foi-se modificando, passando a ser enfocado com mais frequência o aspecto da função social da propriedade, a partir da Encíclica do Quadragésimo Ano, na qual Pio XI sustenta a necessidade de o Estado reconhecer a propriedade e defendê-la, porém em função do bem comum. O sopro da socialização acabou impregnando o século XX, influenciando à concepção da propriedade e o direito das coisas.”*¹³

Destarte, ao longo dos séculos, as legislações tiveram que aprimorar os institutos para proteção do uso, gozo e fruição da propriedade, já que todos os indivíduos, a princípio, querem ser detentores desse direito: *“Todo o homem tem alma de proprietário, mesmo os que se julgam seus inimigos”*¹⁴.

Todavia, sem embargo dessa vontade individual, a configuração do direito de propriedade, na maioria dos casos, além da dependência do regime político, guarda vínculos com a ideia de função social, como alerta **CÉSAR FIUZA**:

“Atualmente, a propriedade tem-se entendida vinculada a sua função social, embora a ideia em si não seja nova. Se um indivíduo pode dizer-se dono de algo, é porque os outros indivíduos não o são. A propriedade existe em função das outras pessoas. Ninguém é dono de nada, a não ser que viva em sociedade. E é a

¹⁰ 4.Pertença ou direito legítimo. Propriedade plena. 1. Jur. Aquela em que todos os direitos elementares a ela inerentes (posse, uso, gozo e disposição) se acham reunidos na pessoa do proprietário. Dicionário Aurélio. Disponível em <http://dicionariotj.intra.tjmg.gov.br/aurelio/>. Acessado em 27.04.2014.

¹¹ O direito real é, na lição de **Washington de Barros Monteiro**, *“a relação jurídica em virtude da qual o titular pode retirar da coisa, de modo exclusivo e contra todos, as utilidades que ela é capaz de produzir”*. Apud DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Ob., cit. p. 34.

¹² Orlando Gomes descreve que é, ainda, um direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo. GOMES, Orlando. Direitos Reais – 10ª ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1994; p. 85.

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito das Coisas. Volume 5. . 8ª ed. São Paulo, Saraiva, 2013. p. 22

¹⁴ R.G. Renard, Ob., cit.

O Direito de Superfície, o “Direito de Laje” e o reflexo no Direito Urbanístico

sociedade que se deve render tributos”¹⁵

Assim, apesar de factível, nem sempre o indivíduo – ao longo da sua existência – será proprietário de um imóvel, seja para moradia, entretenimento, renda ou labor, já que em alguns sistemas as propriedades tendem a ser dos Estados e noutros tendem a ser dos particulares (v.g., nos Estados capitalistas), contudo, nestes últimos, apesar da criação de oportunidades econômicas e garantia do direito privado de propriedade, tais sistemas são também predominantemente excludentes (exclusão social) e com forte apego para a globalização.

Outros fatores estão, também, a influenciar o direito de propriedade.

Com o crescimento vertiginoso da população, a industrialização e a emigração para os centros urbanos, forçando a expansão das cidades, com o surgimento das grandes metrópoles, as demandas por espaços edificáveis tornou-se uma realidade diária¹⁶, com o incremento de favelas, loteamentos irregulares e clandestinos, em total desrespeito ao **direito do urbanismo**¹⁷, despidos de infraestrutura e incapazes de proporcionar moradia digna.

Neste compasso, a propriedade dos solos urbanizáveis, nos grandes centros urbanos, tornou-se cada vez mais restrita. Loteadores e planeadores estudam o aproveitamento de todos os logradouros, espaços, pontos, faixas, becos, vielas, etc., viáveis para edificações, com ênfase para a verticalização. Já são comuns em bairros residenciais considerados “pobres”, edificações com dois, três e quatro pavimentos, em contraste com

¹⁵ FIUZA, César. Ob., cit., p. 956.

¹⁶ “Essa situação de pobreza tem origem num conjunto de factores e são o produto de contextos sociais desfavoráveis e de políticas sociais pouco satisfatórias. Para além disso, as pessoas em causa vivem num círculo de pobreza, vicioso, mantendo-se geração após geração sem que as pessoas afectadas tenham capacidade para sair desse círculo. As situações de pobreza são comuns aos contextos rural e urbano, no entanto as razões são diferentes. No contexto rural as dificuldades das pessoas estão ligadas ao envelhecimento da população, ao passo que no meio urbano se verifica que a pobreza está relacionada com deficientes políticas de habitação e com as rápidas transformações físicas e económicas do meio.” Globalização insidiosa e excludente. Da incapacidade de organizar respostas à escala local. Disponível em <http://herbinsnoghoj.wordpress.com/book-summaries-reviews/the-insidious-and-exclusionary-globalization-the-inability-to-organize-responses-at-a-local-level/>. Acessado em 05.03.2014. (destaquei.)

¹⁷ Para FERNANDO ALVES CORREA, o direito do urbanismo abrange “o conjunto de normas e institutos que disciplinam não apenas a expansão e renovação dos aglomerados populacionais mas também o complexo das intervenções no solo e das formas de utilização do mesmo que dizem respeito às edificações, valorização e protecção das belezas paisagísticas e dos parques naturais, à recuperação de centros históricos, etc.”. Apud, OLIVEIRA, Fernanda Paula, Novas Tendências do Direito do Urbanismo, Almedina, 2012, 2ª Edição, pág. 13.

O Direito de Superfície, o “Direito de Laje” e o reflexo no Direito Urbanístico

os novos edifícios e as grandes torres, localizados em áreas “nobres”, com dezenas de pavimentos.

Exploram, à exaustão, o subsolo, o solo e o espaço aéreo correspondente. Em tais casos, lembra a Engenheira **REGINE CÉLIA CORRÊA LANDIM** do revigorado direito de superfície, como uma alternativa viável para as políticas habitacionais, já que reduz a aplicação de recursos financeiros em desapropriações, incentiva a construção em terrenos ociosos, fomenta a urbanização e atenua a crise habitacional, a miséria e a violência, além de favorecer a criação de empregos na construção civil, enfatizando que dessa forma “...os proprietários que não possuam condições econômicas para edificar em seu terreno nem pretendam vendê-lo, poderão conceder o direito de superfície, mantendo o domínio do solo, livrando-se das sanções impostas pelos municípios, tais como o IPTU progressivo”.¹⁸

Apesar de ainda neófito, o revigorado direito de superfície já sofre com uma nova variante. Desponta no sistema jurídico brasileiro a faceta vertical¹⁹ do direito de superfície na propriedade imobiliária. Uma realidade fática, envolvendo questões econômicas e sociais, que fez surgir uma “**nova modalidade**”²⁰ de transação imobiliária: **a compra e venda do direito de construir na edificação alheia ou “direito de laje”**, como uma “variante” do direito de superfície, em que o proprietário do solo, após a edificação, com estrutura para suportar um ou mais pavimentos²¹, **aliena o direito de sobrelevação**, cujo novo pavimento “*tem como alicerce a construção alheia já implantada, utilizando-se do*

¹⁸ LANDIM, Regina Célia Corrêa, Direito de Superfície, Pós. Revista do Programa de Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo da FAUUSP, Dezembro de 2008, http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?pid=S1518-95542009000100013&script=sci_arttext

¹⁹ JOSÉ GUILHERME BRAGA TEIXEIRA afirma: “A superfície, como direito real, não se confunde com o sentido etimológico do vocábulo que lhe deu a denominação, indicativo da face superior de uma coisa corpórea e composta da preposição *super* e do substantivo *fácies*, ambos latinos. Este sentido, que é o da linguagem comum, corresponde ao da geometria, no qual se entende a superfície como a parte exterior dos corpos, a extensão considerada como duas dimensões: largura e comprimento. O sentido de superfície como direito real implica, além do comprimento e da largura, a altura, pois é exatamente acima do solo que crescem as plantações e se erigem as construções”. (O direito de superfície. São Paulo: RT, 1993. p. 54-55). Apud, Rodrigo Mazzei, Direito de Superfície, Editora JusPODIVM, 2013, p. 345. (destaquei.)

²⁰ “**Nova modalidade**” no sentido de, agora, com **amparo legal**, porquanto a compra e venda, principalmente entre parentes, já era praticada nos aglomerados e nas favelas, onde a Administração Pública, em grande parte, não possui controle das edificações (irregulares).

²¹ Com estrutura já pronta (ou até para construir), com capacidade para suportar um novo pavimento e/ou em condições de receber “reforço” na parte estrutural da edificação para tal finalidade.

O Direito de Superfície, o “Direito de Laje” e o reflexo no Direito Urbanístico

*gabarito aéreo que não foi totalmente aproveitado, ou seja, do espaço volumétrico que pode ainda ser edificado*²².

Seria o **direito luso de construir sobre edifício alheio, alteando-o ou sobrelevando-o**. A sobrelevação, todavia, não é exclusiva do direito de superfície, já que atinente ao condomínio edilício, com o solo dividido em frações ideais entre os coproprietários. Em amparo ao direito de sobrelevação, dentro do direito de superfície, invocam-se os princípios da operabilidade e da socialidade, como uma variante que poderá regularizar uma realidade nacional que é o “direito de laje”.

Dito “direito” passou a ser informalmente intitulado de “**venda da laje**”. A laje, no caso, nada mais é do que o piso da nova construção de dois ou mais pavimentos, especialmente fabricada para este fim, que será alienada para um terceiro, denominado superficiário, o qual, assim, adquirirá o direito de usar, gozar²³ e edificar naquele espaço, além da possibilidade de oneração e de disposição do direito.

GIOVANA ALVES BELINOTTE, em brevíssimo artigo, argumenta que “*De qualquer modo, o “direito de laje”, por mais estranho que possa parecer, é comumente aceito na comunidade, sendo caracterizado pela venda, de um morador primitivo a outrem, o “direito” de construir moradia sobre a laje de sua casa*”²⁴, citando, como exemplo clássico, a formação favelária.

Com ou sem amparo legal, ditas negociações e edificações estão a acontecer em várias localidades, tanto em áreas nobres²⁵ quanto em aglomerados e “favelas”. Pessoas

²² MAZZEI, Rodrigo. O Direito de Superfície e a Sobrelevação (O Direito de Construir na Edificação Alheia ou Direito de Laje). Artigo disponível em http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130419170942.pdf Acessado em 17.01.2014

²³ Utiliza-se a laje, ainda, para “banho de sol”, churrasco, etc..., e foi tema da novela **Salve Jorge** e concurso **Garota da Laje**, com a atriz Bruna Marquezine. <http://tv.globo.com/programas/video-show/O-Programa/noticia/2012/11/bruna-marquezine-mostra-corpao-no-concurso-garota-da-laje.html>

²⁴ BELIMOTTE, Giovanna Alves. Direito de Laje. Disponível em <http://www.umdoistres.com.br/artigos/outubro2012/direito.htm>. Acessado em 17.01.2014.

²⁵ Cita-se, em Belo Horizonte/MG, “...contrato que envolve o Clube Atlético Mineiro e a empresa Multiplan S/A (Consórcio MTS/IBR) onde o primeiro é proprietário de um grande imóvel uma das áreas mais valorizadas da capital mineira e em 1996 cedeu ao segundo, por contrato, a concessão da construção de um shopping center e sua exploração por 30 anos.” REZENDE, Élcio Nacur. Direito de Superfície. Del Rey, 2010. p. 38-39.

O Direito de Superfície, o “Direito de Laje” e o reflexo no Direito Urbanístico

desprovidas de recursos financeiros vislumbram nessa nova modalidade de “concessão” uma oportunidade para ajudar os parentes²⁶ a ter uma moradia própria e/ou até mesmo para levantamento de recursos para conclusão da parte térrea, que servirá de alicerce para a sobrelevação²⁷.

Já faz parte da realidade e o “direito de laje”, apesar de diversas críticas, “*pode tornar ainda mais eficiente o uso de um terreno já ocupado devidamente, pois com o aumento do número de pessoas que utilizam adequadamente o solo, o ganho social é potencializado e os custos são reduzidos*”²⁸.

Em estudo direcionado para o denominado “direito de laje” na Favela de Rio das Pedras, no Rio de Janeiro, Brasil, **CLÁUDIA FRANCO CORREA** apurou que “*Esse 'direito' é admitido entre as partes, mesmo quando o 'contrato' ocorre em situações especiais, como a do futuro morador primitivo do terreno de superfície, vender sua 'laje', sem ter construído sua casa ou sequer sem a 'laje' estar pronta. Nesses casos, o vendedor usa o valor da venda de sua 'laje', para construir sua casa. Por sua vez, o morador de uma 'laje', pode vender a que fica na cobertura de sua moradia...*” asseverando que essa circunstância abre espaço para formas particulares de administração desses conflitos na própria comunidade²⁹.

Contudo, ventos legislativos sopram em prol da união das realidades social e jurídica. Com a regulamentação da matéria pela Lei nº 10.257/2001³⁰ e a **recodificação** de 2002³¹ do direito de superfície, o ordenamento jurídico brasileiro tende a estar em consonância com essa nova realidade social, com variáveis que não podem ser

²⁶ É comum entre parentes próximos, notadamente, entre pais e filhos, a cessão da “laje” para construção doutra moradia.

²⁷ A fase de “**acabamento da obra**” é a mais dispendiosa na construção civil, residencial ou comercial, urbana ou rural.

²⁸ BELINOTTE, Giovana Alves. Artigo citado.

²⁹ CORREA, Cláudia Franco. Direito de Laje: O Direito na Vida e a Vida no Direito. “RIGHT OF FLAGSTONE”. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/05_773.pdf. Acessado em 17.1.2014.

³⁰ “Esse direito real de superfície, similar à concessão de uso de superfície ou à concessão de direito real de uso (CC, art. 1.225, XII, 1.473, IV, Dec. Lei nº 271/61, art. 7º, com redação da Lei nº 11.481/2007) encontra-se hoje regulado pela Lei n. 10.257/2001, arts. 21 a 24, e pelo Código Civil nos arts. 1.225, II, 1.369 a 1.377, X”. DINIZ, Maria Helena. Ob., cit., p. 489.

³¹ MAZZEI, Rodrigo. Direito de Superfície. Editora JusPODIVM. Salvador, Bahia, 2013, p. 167.

menosprezadas, dotando-se os contratantes de direitos e obrigações, de terceiros de garantias, da própria Administração Pública de expedientes eficientes para o “**planeamento, à gestão urbanística e ao controlo das atividades de ocupação do território**”, como tarefas ou funções públicas³², dando-se concretude a um planeamento sustentado do ponto de vista social, “...em primeiro lugar, pelo cumprimento do princípio da ponderação de interesses, o qual obriga que o plano, no que aqui importa, tome em consideração, desde logo, quer do ponto de vista quantitativo quer qualitativo, os interesses (as necessidades) habitacionais da população, em especial daquela que é socialmente desfavorecida, integrando na sua regulamentação standarts relativo a estas necessidades”³³.

Corroborando tal conclusão, **FERNANDA PAULA OLIVEIRA** anota com propriedade que “*Para além do princípio da ponderação de interesses, a dimensão social da sustentabilidade tem ainda fundamento jurídico nas normas da Constituição que consagram o princípio da igualdade e as que impõe ao Estado a promoção das condições favoráveis para o progresso social e económico e a proteção e melhoria da qualidade de vida, as quais exigem, por sua vez, solidariedade entre as diversas partes do território nacional. Tal fundamento pode também ser encontrado nas normas constitucionais que reconhecem o direito à habitação como direito fundamental de carácter social*”³⁴.

Uma regulamentação satisfatória do direito de superfície, tanto a nível nacional quando municipal, com planos diretores que, como já dito, viabilizem o exercício correto do “direito de laje”, reconhecendo-o como uma variável da sobrelevação, as relações jurídicas de concessão, compra e venda, doação, etc., ganharão força e legalidade, além da própria valorização dos imóveis.

São “espaços” que o Poder Público deve atuar ativamente, não deixando a população à merce de “poderes informais”, alguns, até prova em contrário, bem intencionados, como das Associações de Moradores e Comunitárias³⁵, e outros totalmente

³² São, na lição da Professora Fernanda Paula Oliveira, tarefas ou funções públicas. Ob., cit., p. 17.

³³ OLIVEIRA, Fernanda Paula. Ob., cit., p. 139

³⁴ Nota 158. OLIVEIRA, Fernanda Paula. Ob., cit., p. 139

³⁵ Na favela Rio das Pedras, a administração do “direito de laje” é realizado pela Associação de Moradores, a qual serve de “cartório” para registro e transferência das propriedades, além de assumir o papel de judicializador dos conflitos que decorrem dessas aquisições, conforme apurado pela Prof. CLÁUDIA F. CORREA através de pesquisa de campo para estudo direcionado. DIREITO DE LAJE: O DIREITO NA

mal intencionados, como dos traficantes³⁶.

Em resumo: a atuação do Estado na seara do direito de propriedade, envolvendo o direito de superfície e a “variante” da sobrelevação (direito de laje) tem que ser ativa, administrativa, legislativa e, notadamente, jurisdicional, porquanto aos particulares não é dado o direito de fazer “justiça com as próprias mãos” e, assim, compete ao Poder Judiciário resolver os litígios, aplicando a legislação e dando a “César o que é de César”!

2. OBJETIVO

Propomo-nos aqui à analisar perfunctoriamente a legislação brasileira sobre a sobrelevação, como uma “variável” do direito de superfície, com ênfase no “direito de laje”; as concordâncias e discrepâncias e o reflexo no direito urbanístico, valendo-nos, na medida do possível, de lições da doutrina e ilustrações da jurisprudência.

3. - INTRODUÇÃO

3.1 – O DIREITO REAL E O DIREITO DE SUPERFÍCIE

O **direito real**, na definição de ANA PRATA³⁷, “*É um direito subjetivo que recai directamente sobre coisas ou realidades a elas juridicamente assimiladas, conferindo ao titular poderes sobre elas, bem como o direito de exigir de todos os outros uma atitude de respeito pela utilização que delas faça, de acordo com os poderes que o direito lhe confere; trata-se, portanto, de um direito absoluto, isto é, oponível pelo seu titular a todas as pessoas (por exemplo, direito de propriedade, usufruto, hipoteca).* destaquei.

Pode-se afirmar, então, que o direito real é “*a relação jurídica em virtude da qual o titular pode retirar da coisa, de modo exclusivo e contra todos, as utilidades que ela é capaz de produzir*”³⁸, contando com os seguintes caracteres jurídicos: a) oponibilidade *erga omnes*; b) seu titular possui direito de seqüela ou preferência; c) adere imediatamente

VIDA E A VIDA NO DIREITO “RIGHT OF FLAGSTONE”. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/05_773.pdf. Acessado em 05.03.2014.

³⁶ Na favela da Rocinha os traficantes impõem que sobre a segunda laje não haja qualquer obstáculo que possa obstruir a fuga deles. LIRA, Ricardo César Pereira. O Novo Código Civil, Estatuto da Cidade, Direito de Superfície. Anais do EMRJ. Debate Novo Código Civil. p. 151

³⁷ PRATA, Ana, Dicionário Jurídico, Volume I, pg. 523, 5ª Edição, Janeiro/2008, Almedina, 3ª Reimpressão.

³⁸ DINIZ, Maria Helena. Ob., cit., p. 34.

ao bem corpóreo ou incorpóreo, sujeitando-o, de modo direto, ao titular; d) obedece ao *numerus clausus*, pois é estabelecido pelo Código Civil e leis posteriores, não podendo ser criado por livre pactuação; e) é possível de abandono; f) é possível de posse; g) a usucapião é um de seus meios adquisitivos

Na sequência, árdua é a tarefa de compatibilizar e *conceituar* a propriedade em comunhão com o direito real, já que seria impossível enumerar a infinita gama dos poderes do proprietário e, além disso, alguns deles podem faltar sem que por isso se desnature o direito de propriedade³⁹. Após apresentar as três soluções postas por SCIOLOJA⁴⁰, **MARIA HELENA DINIZ** define, analiticamente, a propriedade, como sendo o direito que a pessoa natural ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha.

Segundo **CUNHA GONÇALVES**, “o direito de propriedade é aquele que uma pessoa singular ou coletiva efetivamente exerce numa coisa determinada em regra perpetuamente, de modo normalmente absoluto, sempre exclusivo, e que todas as outras pessoas são obrigadas a respeitar”⁴¹

O Artigo 1228 do NCC⁴² não fornece uma definição de direito de propriedade, apresentando, entretanto, elementos essenciais que possibilitam a sua definição, como “...o poder jurídico atribuído a uma pessoa de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, em sua plenitude e dentro dos limites estabelecidos na lei, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha”⁴³.

³⁹ DINIZ, Maria Helena. Ob., cit., p. 127

⁴⁰ SCIOLOJA apresenta três soluções:

- a) reduzir a propriedade aos seus elementos essenciais positivos (direito de usar, gozar, dispor e reivindicar);
- b) destacar o elemento genérico da vontade do proprietário relativamente ao bem, de modo que a propriedade seja a exteriorização da vontade livre do proprietário; e
- c) evidenciar o momento estático da relação jurídica da propriedade, ou seja, o elemento da pertinência da coisa ao proprietário, sem qualquer preocupação com a possível manifestação da vontade do homem sobre a coisa. *Apud*, DINIZ, Maria Helena. Ob., cit., p. 127

⁴¹ Tratado de direito civil, v. XI, t. I, p.1646. *Apud*, GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito das Coisas. Volume V, Editora Saraiva. p. 229.

⁴² Art. 1228 do NCC: “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”.

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito das Coisas. Volume V, Editora Saraiva. p. 230.

O Direito de Superfície, o “Direito de Laje” e o reflexo no Direito Urbanístico

Conforme salienta **ARNALDO RIZZARDO**, no “*direito romano, em sua primeira fase, vingava o princípio da associação estreita entre o solo e a superfície, sendo ambas partes da mesma coisa, o que levou a formar a expressão superficies solo cedit, ou seja, a superfície segue o solo. Quem fosse dono do solo era também de tudo aquilo que se erguesse ou existisse sobre ele, pois considera-se a superfície uma parte do solo, intimamente a ele ligado, não se viabilizando a transferência de um elemento sem o outro.*”⁴⁴

Com o advento do direito de superfície, admitiu-se o uso do solo alheio, constituindo-se na faculdade de construir ou manter uma obra ou plantação em terreno alheio, perpétua ou temporária, o qual assenta-se no domínio da superfície. O direito de superfície, portanto, será sempre sobre bem imóvel.⁴⁵

Para **PENTEADO**, “*Direito de superfície é o direito real sobre um terreno, conferido a uma pessoa, o superficiário, a fim de que nele possa construir e/ou plantar, a título gratuito ou oneroso*”⁴⁶, regendo a exploração da terra por quem não tem domínio legal sobre ela, por tempo determinado ou indeterminado, gratuita ou onerosamente⁴⁷.

Na lição de **MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO**, “*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 fundieiro ou concedente.*”⁴⁸

No direito luso, para o doutrinador português **CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO**⁴⁹, a definição legal dada pelo Art. 1524º do CCP⁵⁰, qual seja: que o direito de

⁴⁴ RIZZARDO, Arnaldo. Ob., cit., p. 845

⁴⁵ FIÚZA, César. Ob., cit., p. 1132.

⁴⁶ PENTEADO. Direito das Coisas. p. 483. *Apud*, Fiúza, César. Ob., cit., p. 1132

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. Ob., cit., p. 490

⁴⁸ MELO, Marco Aurélio Bezerra. Novo Código Civil anotado, vol. V. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2002, p. 220.

⁴⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota, Revista de Direito e de Estudos Sociais, Publicação Trimestral, Ano XXI, 1974, Atlântida Editora, Coimbra, p. 117.

superfície consiste na faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações, **sugere-se situações de natureza diferentes**, “...porque o direito de construir ou de plantar em terreno alheio é uma concessão «*ad aedificandum*» ou «*ad plantandum*», feito pelo proprietário do solo – uma autorização que se dá a outrem para construir.

O direito sobre construção já existente não é uma concessão para edificar, é um direito sobre uma construção já feita, do tipo do direito de propriedade.

*São, pois, dois direitos de natureza diferente. O primeiro – uma concessão «*ad plantandum*» ou «*ad aedificandum*» é um direito real autônomo «*in re aliena*», sobre coisa de outrem. O segundo – a propriedade da obra separada do solo – é um direito de propriedade”.*

No direito pátrio, independentemente do instituto (Estatuto da Cidade ou NCC) o direito de superfície tem **status de direito real**⁵¹, constituindo-se uma relação jurídica com duas partes⁵², intitulados de proprietário ou concedente (*dominus soli*) que concede o direito de construir ou plantar e superficiário ou concessionário, beneficiário da concessão.

RICARDO PEREIRA LIRA, por sua vez, também reconhece que o direito de superfície é, efetivamente, um direito real sobre coisa alheia, “...porque, na sua forma inicial, se revela em princípio por uma concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum*, sendo que o instrumento que contém essa concessão (contrato superficiário), levado ao Registro de Imóveis, já dá nascimento a um direito real sobre o lote ou gleba alheia. Concretizando-se a concessão, pela construção ou plantação, o direito que era incorpóreo se corporifica, com a materialização do incremento, gerando o direito real de mantê-lo sobre ou sob a propriedade de outrem.

Esse direito real é autônomo”⁵³.

É, por óbvio, um **direito real de gozo**, já que proporciona o **uso e fruição de certa**

⁵⁰ Artigo 1524º, C.C. Português. “O direito de superfície consiste na faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações”.

⁵¹ MAZZEI, Rodrigo. ob., cit., p. 171

⁵² REZENDE, Élcio Nacur. Direito de Superfície. Del Rey. p. 37.

⁵³ LIRA, Ricardo Pereira. O direito de superfície e o novo Código Civil. In Aspectos Controvertidos do novo Código Civil. Editora Revista dos Tribunais. 2003. p. 542 (541-556).

coisa.⁵⁴

Em apertada síntese, o direito de superfície é um direito real oriundo do **desdobramento** do direito de propriedade, onde o proprietário do solo (**urbano** ou **rural**) é denominado de fundeiro ou concedente e a pessoa que está adquirindo o direito recebe a denominação de superficiário ou concessionário, o qual constitui-se em um **direito real de gozo**, também intitulado pela doutrina tradicional portuguesa como **direito real menor**⁵⁵, já que **não** confere ao respectivo titular a plenitude dos poderes sobre a coisa.

Considerando que o **direito de superfície**, aqui tratado, é aquele que integra o direito do urbanismo, o objeto passa pelo reconhecimento dos solos necessários para a ocupação racional do território, em função da urbanização, classificados e avaliados de acordo as várias classes de solos, necessários para a construção, pública ou privada⁵⁶.

Entretanto, a laje, como visto, não é solo, urbano ou rural, mas, juridicamente, para fins de direito de superfície e planeamento urbano, diante dessa nova realidade social, tende a ser a ele equiparado, já que “...*aqui o imóvel (na perspectiva de solo) é o mesmo em que haverá a concessão em favor do superficiário, tendo, entretanto, como base da sobrelevação outra construção já implantada na superfície, utilizando-se do gabarito aéreo que não foi totalmente aproveitado, ou seja: do espaço volumétrico que pode ainda ser edificado*”.⁵⁷ (destaquei.)

A venda, alienação e/ou cessão da parte superior (a laje), à título gratuito ou oneroso, para que terceiro ali edifique mais um pavimento, vulgarmente chamado de

⁵⁴ Cite-se, como exemplos de direitos reais de gozo, o usufruto, a **superfície**, o direito de habitação periódica ou a servidão.

⁵⁵ **Direito real menor (Dir. Civil).** *É a designação que a doutrina, tradicional e correctamente, dá aos direitos reais de propriedade, por estes não conferirem ao respectivo titular a plenitude dos poderes sobre a coisa. É o caso, por exemplo, do usufruto, do direito de superfície, dos direitos reais de garantia ou das servidões prediais.* Dicionário Jurídico. Ob., cit., p. 524.

⁵⁶ “Faz igualmente parte do direito do urbanismo o conjunto das regras técnicas e jurídicas atinentes à construção. Sucede, porém, que o direito do urbanismo apenas abrange o **direito público da construção** (vacionado para a protecção de relevantes interesses públicos, como a salubridade, a estética, a saúde pública) e não já o **direito privado da construção** (que regula, designadamente, as relações jurídicas entre o dono da obra e terceiros não participantes na construção – por exemplo, proprietários vizinhos e outras pessoas eventualmente afectadas por ocorrências relacionadas com a obra -, bem como as relações especiais de responsabilidade que se verifiquem entre os intervenientes da construção). OLIVEIRA, Fernanda Paula. Ob., cit., p. 44.

⁵⁷ MAZZEI, Rodrigo. Ob., cit. p. 358.

“puxadinho”⁵⁸, servindo apenas de base para a nova construção, que resultará em duas unidades distintas e com titulares distintos, é, efetivamente, o conhecido direito português de sobrelevação, que, conforme pontifica **RODRIGO MAZZEI**, embora tenha alguma semelhança com a superfície por cisão qualificada, com esta não se confunde, “*pois, na superfície por cisão qualificada, as benfeitorias estão sendo feitas no implante que o superficiário terá direito de manter (= ter direito de fruição e disposição), o que não ocorre no desdobramento aqui abordado. Na realidade, em se tratando de sobrelevação, a construção já existente não será alvo de melhoramento ou de destaque para exercício em benefício próprio do superficiário, servindo apenas de base para nova construção, que terá independência da primeira*”⁵⁹.

No plano da dinâmica⁶⁰, despontam duas formas para o direito de superfície e duas formas de cisão, quais sejam:

a) *Relação superficiária simples*, fixando-se na concessão a separação dos implantes já existentes do solo, em operação singular – de cisão – para que o superficiário alcance os poderes respectivos às acessões, de forma separada do solo;

b) *Relação superficiária complexa*, quando for necessário que o concessionário introduza no imóvel o implante, uma vez que no momento do pacto, a cessão sobre a qual aquele exercerá os seus poderes não está cravada no imóvel (concessão *adedificandum* e/ou *adplantandum*). O superficiário terá, portanto, que criar o ambiente favorável para o efetivo exercício do direito de superfície, pois somente poderá retirar *bônus* da concessão a partir da existência do implante.

c) *cisão ordinária* – quando o objeto da concessão não incluir a obrigação do superficiário em fazer qualquer melhoramento no implante, podendo se limitar a mantê-lo no estado em que recebeu;

d) *cisão qualificada* – se for pactuada como obrigação do superficiário a introdução de benfeitorias junto ao implante, atuação esta que pode ser uma exigência comercial do proprietário ou até mesmo uma atividade necessária para que o bem superficiário possa

⁵⁸ AMARANTE, Fernanda Machado. O pluralismo jurídico e o direito de laje. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3403, 25 out. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22888>>. Acessado em: 17.01.2014.

⁵⁹ MAZZEI, Rodrigo. O Direito de Superfície e a Sobrelevação (O Direito de Construir na Edificação Alheia ou “Direito de Laje”. Revista Forense. Julho-Dezembro de 2012. Volume 416 – Ano 108.

⁶⁰ MAZZEI, Rodrigo. Ob., cit., p. 325

obter a destinação adequada⁶¹.

Em outra vertente, haveriam um direito de superfície de segundo grau e um direito de elevação, os quais, para alguns doutrinadores⁶² não foram adotados pelo sistema brasileiro, *in verbis*:

“Alguns ordenamentos, como, por exemplo, o suíço, admitem aquilo que se denomina direito de superfície de segundo grau, hipótese em que o dono da propriedade superficiária concede a um terceiro a possibilidade de construir sobre sua propriedade, criando novo regime superficiário.

O direito brasileiro não acolheu tal forma de aproveitamento do direito de superfície.

Figura jurídica distinta e igualmente não regulada no direito brasileiro é o que se chama de direito de elevação ou sobrelevação.

Nessa hipótese, alguém constrói um novo andar sob uma construção já erguida, passando, ao termino da empreitada, a existir um condomínio edilício (propriedade horizontal), o que não se confunde com direito de superfície.”

Vê-se, assim, que a questão não é pacífica e sugere estudos mais aprofundados, não só do ordenamento jurídico nacional, mas também de direito comparado.

3.2 - O DIREITO DE SUPERFÍCIE NO DIREITO ESTRANGEIRO

Vários países adotam o direito de superfície, mas, como veremos, nem todos reconhecem o direito de sobrelevação.

Alguns, como o Brasil, não destinam dispositivo(s) específico(s), diferentemente do ocorre no direito luso que o direito já está positivado desde 1966, mas também não proíbem expressamente, deixando a cargo da doutrina e jurisprudência a tarefa de demonstrar ser possível ou não a aceitação do instituto da sobrelevação pelo ordenamento jurídico pátrio.

RODRIGO MAZZEI, após alentada pesquisa, no seu Livro Direito de Superfície, apresenta a evolução histórica do instituto e, na sequência, o direito comparado, **o qual seguiremos de perto neste tópico.**

⁶¹ MAZZEI, Rodrigo. Ob., cit., p. 333.

⁶² SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. O Direito de Superfície. 1ª edição. São Paulo, IRIB, 2012. p. 12.

3.2.1 - ÁUSTRIA

O CC austríaco de 1811 seria a primeira codificação moderna a prever o direito de superfície, sem expressa referência, mas com dispositivos (artigos 1.125, 1.147 e 1.150) que negariam a aplicação da diretriz *superficies solo cedit*, já que o superficiário tinha, na superfície, o gozo e o domínio útil, enquanto que o proprietário mantinha disposição da substância do imóvel e também da superfície, inclusive permitia-se o direito de superfície quer sobre construções, quer sobre plantações, sendo que a destruição das plantas ou das construções não acarretava a extinção do direito de superfície, podendo o superficiário replantá-las ou reconstruí-las (artigo 1.150).

Na sequência, após o advento das codificações alemã e suíça, com incursões doutrinárias, foi editada a Lei de 26 de abril de 1912.

Pontua o estudioso que “*O direito de superfície é tratado como um direito real, alienável e hereditário. Tem por objeto a construção de um edifício ou pode ser construído sobre um imóvel já existente. Não se admite, contudo o direito sobre parte de uma edificação ou pavimento separado, e somente pode ser construído sobre o solo do Estado, Províncias, Distritos, Comunas, ou em solo público.*”⁶³ (destaquei.)

No que concerne a sobrelevação, seria vedada a sua concessão em separado do pavimento ou parte da edificação, ou seja: para aumentar a área construída, horizontal ou verticalmente, o superficiário tem que possuir, também, direito de superfície sobre a edificação já existente.

3.2.2 - ALEMANHA

O CC Alemão, em vigor desde 1º.01.1900, foi o primeiro a regulamentar, de forma direta, o direito de superfície, dando-lhe tratamento separado, com ares de instituto próprio, contudo suas disposições, referente ao instituto (parágrafos 1.012 a 1.017) foram revogadas pela Ordenação de 15.01.1919, confirmada pela Lei de 4.03.1919, a qual, entretanto, manteve algumas características básicas da anterior codificação, como, por exemplo, de que o direito de superfície somente admite concessão para construções, estando excluídas as plantações de seu âmbito.

Com a edição da *Ordenação*, o direito de superfície passou a ser um direito real

⁶³ MAZZEI, Rodrigo. Ob., cit., p. 48

alienável, hereditário, restrito – ainda como no BGB – às edificações acima ou abaixo do solo, referente a totalidade da edificação.

Sinteticamente “...no Ordenamento alemão o direito de superfície é o direito de ter uma edificação sobre solo alheio, este ter engloba a construção, a posse do edificado e do solo sobre o qual foi realizada, seu gozo e a capacidade de reconstruir, em havendo destruição”

Desta forma, cabível a sobrelevação, entretanto não será um direito “destacado” da edificação já existente, já que o prédio, na sua totalidade (prédio preexistente e sobrelevação), será parte integrante do direito de superfície, de propriedade do superficiário, livre de toda hipoteca e cargas que sobre o solo recaiam.

3.2.3 – SUIÇA

Os artigos 675 e 779 do Código Civil Suíço em vigor desde 01.01.1912, regulam a matéria relativa ao direito de superfície, como o direito de fazer ou de manter construções sobre o solo alheio, ou no subsolo, com as alterações acrescentadas pela Lei Federal de 19.03.1965, com vistas a permitir maior aplicabilidade do instituto e equilíbrio entre os interesses do concedente e do superficiário.

A nova regulamentação manteve a natureza jurídica de servidão, já que “...a servidão do direito de superfície confere ao superficiário o direito de fazer uma construção ou outra obra sobre ou sob o solo”.

3.2.4 - BÉLGICA

A regulamentação do direito de superfície é feita pela Lei de 10.01.1824, consistindo em ter um edifício, obra ou plantação em solo pertencente a outrem, englobando tanto o direito de construir em solo alheio, por meio da concessão *ad aedificandum*, bem como ao desfrute das construções realizadas ou já existentes.

Pontua-se, como particularidade da regulamentação belga, repetida pelo Código Civil holandês, “...a possibilidade de o superficiário demolir as construções preexistentes no terreno e, após, edificar novas acessões. Ressalva-se, entretanto, que o imóvel deverá ser restituído tal como recebido (artigo 5º)”.

A extinção do direito de superfície ocorre pela confusão⁶⁴; a destruição do solo⁶⁵; o

⁶⁴

Quando há a reunião na mesma pessoa dos direitos de proprietário e do superficiário.

não uso da superfície pelo prazo de trinta anos, implicaria a extinção do direito pela “prescrição”, e o termo do prazo pactuado.

Quando do advento do termo do pacto, a propriedade das edificações realizadas passa ao proprietário do solo, cabendo ao superficiário o direito de indenização pelas obras e, inclusive, o direito de retenção, nos termos do artigo 7º.

3.2.5 – ITÁLIA

O Código Civil italiano de 1865 não previa expressamente o direito de superfície, mas a boa doutrina defendia a sua existência por meio da interpretação do seu artigo 448⁶⁶ e, com o advento do CC de 1942, apesar de não dedicar um espaço merecido ao instituto, motivo de crítica pela doutrina, nos artigos 952 a 956 regulou expressamente o direito de superfície.

Pode-se “...arriscar em dizer que duas são as faces do direito de superfície no ordenamento italiano, a primeira cinge-se ao direito em realizar ou de manter obra sobre o terreno alheio, direito este constituído pelo proprietário do imóvel (artigo 952, 1ª parte), em outra vertente o direito de superfície consiste no direito de incidente sobre a construção já existente, advindo esse da alienação do implante para o fim previsto no instituto (artigo 952, 2ª parte).

3.2.6 – ESPANHA

O Código Civil espanhol de 1.889 não admitiu o direito de superfície e em 16.05.1956 foi promulgada a *Ley del régimen del suelo y ordenación urbana*, criando, pelos artigos 157 a 161, uma modalidade urbana de direito de superfície, a qual foi reestruturada em 1975 (*Ley de 2 de mayo de 1975*); posteriormente adveio a “*Ley 8/1990*, de 25 de julho, dispondo sobre “**Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo**”, seguida esta pelo “Real Decreto Legislativo 1/1992”, de 26 de junho que aprovou o “*Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana*” , que dispunha sobre o direito de superfície nos artigos 287 a 290.

⁶⁵ A doutrina entende que a destruição do solo a que o dispositivo se refere deve ser compreendido como a destruição da edificação, nesse sentido, compreende-se que não haveria direito à reconstrução.

⁶⁶ O artigo 448 estabelecia que “*Toda construção, plantação ou obra existente acima ou abaixo do solo se presume feita pelo proprietário, ou às suas expensas, e a ele pertence, desde que nada conste em contrário, e sem prejuízo dos direitos legitimamente adquiridos por terceiros*”.

O Direito de Superfície, o “Direito de Laje” e o reflexo no Direito Urbanístico

Após o Tribunal Constitucional da Espanha declarar a inconstitucionalidade de grande parte do Real Decreto Legislativo, foi editada a Lei nº 6, de 1998, que derogou a Lei do Solo de 1992, excepcionando, todavia, os artigos que tratavam do direito de superfície, mantendo-se, entretanto, da Lei nº 6 de 1998, os seguintes pontos:

- a) a transmissibilidade e possibilidade de gravames (artigo 287.3);
- b) formalização por meio de escritura pública e, para eficácia, inscrição no Registro de Imóveis;
- c) pode ser a título gratuito ou oneroso (artigo 288.3);
- d) a extinção pelo não uso pelo prazo estipulado (289.1) e o prazo máximo de duração de 75 anos, caso a concessão seja realizada pelo Poder Público, e de 99 anos quando constituída por particulares (artigo 289.2);
- e) ao término do prazo estipulado, as construções realizadas passam a ser de propriedade do concedente, sem a obrigação de indenização do superficiário (artigo 289.3);
- f) a extinção do direito de superfície pelo decurso do prazo implica na extinção de toda espécie de direitos reais ou pessoais constituídos pelo superficiário (artigo 289.4), e,
- g) em caso de confusão, os ônus que recaírem sobre um e outro continuarão a gravá-los separadamente (artigo 289.5).

3.2.7 – FRANÇA

O Código Civil dos franceses não prevê, expressamente, o direito de superfície, entretanto a doutrina defende a existência do instituto pela interpretação extensiva da parte final do artigo 553 da codificação civil⁶⁷.

Sobre o direito posto, conforme anotado pelo pesquisador, *“Sem prejuízo da interpretação levada a cabo no artigo 553 do diploma codificado francês, com o avançar do tempo, houve a necessidade de criação de novas válvulas legais, mais específicas para a resolução dos problemas de construção e de urbanização, em especial sentidos no pós-guerra, bem como o crescimento demográfico conduziram à necessidade de regulamentação capaz de possibilitar a obtenção a baixo custo de terrenos destinados a fomentar a construção de moradias, o que ocasionou a edição da Lei de 16 de dezembro*

⁶⁷ Artigo 553 – Todas as construções, plantações e trabalho sobre um terreno ou seu interior, presumem-se que foram feitas pelo proprietário, à sua custa, e que lhe pertencem, se o contrário não for provado; sem prejuízo da propriedade que um terceiro poderá ter adquirido ou poderá adquirir por prescrição seja de um subterrâneo sob a construção alheia, seja de qualquer outra parte do edifício”. (Código Napoleão ou Código Civil dos Franceses. Tradução de Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1962, p. 115).

O Direito de Superfície, o “Direito de Laje” e o reflexo no Direito Urbanístico

de 1964 e, em seguida a Lei de 30 de dezembro de 1967, com situações muito aproximadas ao direito de superfície. Por tal passo, Frederico Henrique Viegas de Lima afirma que no direito francês há dois matizes para enfocar o direito de superfície. Um é através das disposições contidas no Code Civil e outro, obtido a partir das leis urbanísticas e de construção”.

3.2.8 – CANADÁ (Código de Quebec)

Quebec é a única província do Canadá em que se utiliza o direito continental codificado, já que o resto do país se rege pelo sistema da **comon law**.

O direito de superfície é regido pelos artigos 1.110 a 1.118 do Código Civil de 1994, estabelecendo o Artigo 1.110 que a propriedade superficiária resulta da divisão do objeto do direito de propriedade referente a um imóvel, da cessão do direito, de acessão ou da renúncia ao benefício da acessão, merecendo realce as seguintes situações:

- a) a concessão pode ter como objeto plantações ou construções (artigo 1.115), e,
- b) ao fim do direito de superfície, o proprietário do solo adquire as obras e plantações realizadas no terreno, pagando por elas ao superficiário (artigo 1.116), entretanto, caso o valor destas seja igual ou superior ao do terreno poderá o superficiário adquiri-lo, pagamento o seu preço. O superficiário poderá, ainda, caso não queira adquirir o terreno, remover as construções e plantações realizadas.

3.2.9 - PERU

O Código Civil Peruano de 1984, prevê, nos artigos 1.030 a 1.034, o direito de superfície, pontuando a doutrina sobre a existência de dois direitos de propriedade diferentes, já que o artigo 955 do referido Código admite a existência de um proprietário para o solo e outros para o subsolo e para o sobressolo.

Pode ser constituído por ato entre vivos ou por testamento, sendo transmissível, salvo vedação expressa (artigo 1.031) e, ao final do prazo, o proprietário do solo adquire a propriedade da construção, devendo indenizar seu valor ao superficiário, salvo se houve acordo em sentido contrário (artigo 1.030).

3.2.10 - CUBA

Apesar do regime político (considerado um dos mais antigos do regime socialista,

mantido de forma “ditatorial”, do mundo), o Código Civil Cubano⁶⁸ regulamenta o direito de superfície, como uma legítima espécie de direito real de gozo, por prazo determinado, admitindo-se, entretanto, a forma perpétua por força da Resolución 2/91 do Instituto Nacional de la Vivienda

É vedado o direito de superfície de propriedade particular, com uma única exceção: possibilidade de concessão de direito real por cooperativas de produção agropecuárias.

A doutrina mais moderna considera tanto o que está sobre o terreno quanto abaixo dele (subsolo) e, no tocante à **sobreedificação**, há previsão expressa na Ley General de la Vivienda de que a construção feita no “terraço” é de propriedade de quem a construiu.

3.2.11 – PORTUGAL e MACAU

MACAU foi entreposto de Portugal na Ásia desde 1557, tornada província ultramarina deste país em 1951 e transferido para a China⁶⁹, pacificamente, em 19 de dezembro de 1999.

As disposições constantes dos Códigos Civis de Portugal e de Macau são semelhantes, aplicando-se, conseqüentemente, em praticamente tudo, as ideias da doutrina lusitana.

A par da perspicaz e ampla exposição dos dois institutos, com a apresentação de quadro comparativo, naquilo que interessa ao estudo, cabível a transcrição de parte dos apontamentos e do respectivo quadro constante da obra acompanhada, *in verbis*:

“Como se observa pelo artigo 1.524 do Código Civil, o direito de superfície consiste na faculdade de construir ou manter perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou nele fazer ou manter plantações. Como destacado, a partir da alteração promovida pelo Decreto 257/91 passou a ser expressamente permitida a realização de obras no subsolo.

Nos termos do artigo 1.526, há o direito de sobrelevação, e, uma vez terminada a obra ou a plantação, passam a ser aplicáveis as regras da propriedade horizontal constantes do artigo 1.421 do Código Civil.

O artigo 1.527 privilegia o diálogo das fontes, uma vez que expressamente

⁶⁸ Ley nº 59 de 1987

⁶⁹ Atualmente é uma Região Administrativa Especial com autonomia parcial, salvo nos assuntos relacionados à defesa e à política externa.

O Direito de Superfície, o “Direito de Laje” e o reflexo no Direito Urbanístico

mencionou que as disposições especiais continuam a regular o direito de superfície quando este for concedido pelo Estado ou por pessoas coletivas públicas, funcionando a codificação, nesses casos como norma a ser aplicada de forma subsidiária.”

O Direito de Superfície, o “Direito de Laje” e o reflexo no Direito Urbanístico

O Quadro Comparativo entre os dois Códigos possibilita a visualização das convergências e dissidências sobre o tema:

PORTUGAL	MACAU
<p>Artigo 1524º (Noção)</p> <p>O direito de superfície consiste na faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações.</p>	<p>Artigo 1417º (Noção)</p> <p>O direito de superfície consiste na faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio.</p>
<p>Artigo 1525º (Objecto)</p> <p>1. Tendo por objecto a construção de uma obra, o direito de superfície pode abranger uma parte do solo não necessária à sua implantação, desde que ela tenha utilidade para o uso da obra.</p> <p>2. O direito de superfície pode ter por objecto a construção ou a manutenção de obra sobre solo alheio.</p>	<p>Artigo 1418º (Objecto)</p> <p>1. O direito de superfície pode abranger uma parte do solo não necessária à implantação de construção, desde que ela tenha utilidade para o uso da obra.</p> <p>2. O direito de superfície pode ter por objecto a construção ou a manutenção de obra quer no solo quer no subsolo.</p>
<p>Artigo 1526º (Direito de construir sobre edifício alheio)</p> <p>O direito de construir sobre edifício alheio está sujeito às disposições deste título e às limitações impostas à constituição da propriedade horizontal; levantado o edifício, são aplicáveis as regras da propriedade horizontal, passando o construtor a ser condómino das partes referidas no artigo 1421º</p>	<p>Artigo 1420º (Direito de construir sobre edifício alheio)</p> <p>O direito de construir sobre edifício alheio está sujeito, com as necessárias adaptações, ao disposto no artigo anterior, e, em geral, as disposições deste título.</p> <p>Artigo 1419º (Construção de obra em propriedade horizontal)</p> <p>1. O direito de superfície pode ter por objecto a construção de edifício ou conjunto de edifícios em regime de propriedade horizontal, contanto que se preencham as condições próprias para a constituição deste direito.</p>

	<p>2. Neste caso, o direito de superfície tem de ser constituído com carácter perpétuo e não ser sujeito à estipulação prevista no n. 2 do artigo 1427º.</p> <p>3. Efectuada a construção, aplica-se às relações entre os condóminos e entre estes e terceiros o regime da propriedade horizontal, sendo, no entanto, nas relações entre condóminos e proprietários do solo aplicável o regime do direito de superfície, com as especificidades constantes do número anterior.</p> <p>4. Sendo devida uma prestação anual ao dono do solo, competente à administração do condomínio cobrar de cada condómino a parte correspondente à sua fração autónoma e proceder ao seu pagamento.</p>
<p>Artigo 1540º (Direitos reais constituídos pelo proprietário)</p> <p>Os direitos reais constituídos pelo proprietário sobre o solo estendem-se à obra e às árvores adquiridas nos termos do artigo 1538º.</p>	<p>Artigo 1431º (Direitos reais constituídos pelo proprietário)</p> <p>Os direitos reais constituídos pelo proprietário sobre o solo estendem-se à obra adquirida nos termos do artigo 1429º.</p>

Está evidente que a sobrelevação possui regulação mais longa no diploma de Macau, constante de dois dispositivos (artigos 1.419º e 1.420º), ao passo que o de Portugal somente trata da questão no seu artigo 1.526º.

3.2.12 – CONCLUSÃO PARCIAL

O direito de superfície já está positivado, mesmo que implicitamente, há mais de 200 anos, mas não guarda unanimidade, porquanto ainda existem legislações, como a da Suíça, que tratam o instituto como servidão.

Nalgumas legislações, como por exemplo, Áustria, Alemanha, Portugal, Macau e Cuba, a variante do direito de sobrelevação está presente, destacado ou não da edificação já existente.

Desta forma, força reconhecer que o direito alienígena, não só pelo tempo de existência, mas principalmente pela adoção do direito de sobrelevação, pode contribuir positivamente para o aprimoramento do instituto brasileiro, ainda neófito, ressuscitado pelo Estatuto da Cidade e pelo NCC – Novo Código Civil, ambos de 2002.

4. O DIREITO DE SUPERFÍCIE E OS OUTROS INSTITUTOS

O direito de superfície guarda algumas semelhanças com alguns institutos, todavia, conforme já anotado, é um direito autônomo. Vejamos, então, superficialmente, já que o presente estudo não comporta uma análise mais apurada, alguns comparativos:

4.1 - DIREITO DE SUPERFÍCIE VERSUS ENFITEUSE⁷⁰

A enfiteuse é um direito real perpétuo de usar e fruir de imóvel alheio, mediante o pagamento de uma renda anual (foro).

Ambos são direitos reais; o direito de superfície, em regra, é temporário e a enfiteuse perpétua; na superfície há a suspensão do princípio *superficies solo cedit* enquanto que na enfiteuse há divisão do domínio, cabendo ao senhorio o domínio direto e ao enfiteuta o domínio útil; o direito de superfície proíbe a cobrança de qualquer valor pela transferência, enquanto que na enfiteuse cabível a exigência de pagamento por parte do senhorio direto; o direito de superfície prevê uma obrigação para o superficiário (implantar, melhorar ou manter); o direito de superfície está limitado ao que for edificado ou plantado, ou seja, à superfície do imóvel, enquanto que inexistente tal restrição na enfiteuse, que abrange todo o bem.

Anote-se, ainda, ser voz corrente na doutrina especializada que o direito de superfície veio substituir a enfiteuse, instituto tido como obsoleto, dando maior funcionalidade a propriedade, entretanto o instituto da enfiteuse não foi “banido” do ordenamento jurídico brasileiro, já que o Artigo 2.038 do NCC preserva as relações jurídicas até então constituídas.⁷¹

⁷⁰ Também chamada de emprazamento ou aforamento.

⁷¹ **Art. 2.038** do NCC: 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

4.2 – DIREITO DE SUPERFÍCIE VERSUS USUFRUTO

No usufruto, o usufrutuário tem o direito de usar e gozar da coisa, de forma gratuita, incidindo sobre bens móveis ou imóveis, de forma vitalícia, extinguindo-se com a morte do usufrutuário ou do nu-proprietário em razão do caráter personalíssimo do direito.

O usufruto pode ter por objeto bens móveis ou imóveis, enquanto que o direito de superfície tem natureza imobiliária, ou seja: imóveis. No usufruto, o direito atinge todo o bem (solo, subsolo, benfeitorias, etc...) enquanto que no direito de superfície, o objeto estará restrito ao plano da acessão, como consequência da suspensão dos efeitos do princípio *superfície solo cedit* obtido pela concessão⁷².

O usufruto é constituído *intuitu personae*, não podendo ser transmitido, enquanto que o direito de superfície admite a transmissão por ato *inter vivos* ou *mortis causa*, e, inclusive, o superficiário pode onerar o seu direito com o próprio usufruto, o que é impossível ao usufrutuário.

Por fim, inexistente qualquer obrigação imposta ao usufrutuário de implantar, tal como ocorre no direito de superfície.

4.3 – DIREITO DE SUPERFÍCIE VERSUS SERVIDÃO

A servidão está prevista no Artigo 1.225 do Código Civil de 2002 e, nas palavras de **LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA**, a servidão predial (*servitus praediarum*) seria “o direito real constituído em favor de um prédio (dominante), sobre outro prédio (serviente), pertencente a dono diverso”⁷³

Cuida-se de um encargo, v.g., direito de passagem para acesso ao imóvel contíguo encravado, que, normalmente, torna o prédio dominante mais útil, agradável, cômodo, etc., valorizando-o, enquanto que o prédio serviente, considerando que as servidões prediais são perpétuas e implicam nalgum tipo de restrição ao uso e fruição da coisa, acarreta em sua

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 subenfitense.

§ 2º A enfitense dos terrenos de marinha e acrescidos regula-se por lei especial.

⁷² MAZZEI, Rodrigo. Ob., cit., p. 277

⁷³ PEREIRA, Lafayette Rodrigues, RT 745:375, 701:84, 612:108

desvalorização.

São institutos distintos e autônomos (superfície e servidão), possuindo, em comum, a condição de direitos reais.

Na servidão, o proprietário continua como o direito de usar, gozar e dispor da coisa, transmitindo-a com o encargo, enquanto que na superfície, o proprietário mantém a propriedade do solo, concedendo-se ao superficiário o direito de edificar ou plantar no imóvel em razão da suspensão dos efeitos do princípio *superficie solo cedit*; enquanto que na servidão há uma limitação ao direito de construir ou plantar, como, por exemplo, no caso de servidão de vista, com a proibição de edificação no prédio serviente de forma a “atrapalhar” a vista que o proprietário do prédio dominante tem do mar, de uma praça, de um lago, do Cristo Redentor, etc.

Diversamente do direito de superfície que comporta alienação, as servidões são inalienáveis, não sendo possível cogitar a sua transferência para outro prédio, pois, neste caso, ocorrerá a extinção de uma servidão e a criação de outra servidão.

4.4 – DIREITO DE SUPERFÍCIE VERSUS LOCAÇÃO

A locação tem natureza obrigacional e não de direito real, como no direito de superfície, e tem como objeto tanto bens móveis quanto imóveis, enquanto que o direito real é imobiliário. Na locação, sempre de caráter onerosa, o locador não passa a ser proprietário, mas apenas de utilizar o bem para o fim contratado (residência, serviço, etc.), não podendo alienar ou gravar o bem locado.

O superficiário pode locar o prédio, objeto do direito de superfície, mas o locatário não pode instituir direito de superfície. O proprietário mantém a propriedade integral do imóvel (solo e superfície) e tem a posse indireta do bem locado, enquanto que o locador exerce a posse direta, inclusive com legitimidade para defesa da posse através das ações possessórias (reintegração de posse, manutenção de posse e interdito proibitório).

Antes da reintrodução do direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro, utilizava-se, não raras vezes, do instituto da locação, com a autorização para realização de benfeitorias, as quais poderiam ser levantadas ao final da locação e/ou sua manutenção, com ou sem previsão de indenização.

Entretanto, o direito de superfície propicia mais segurança nas relações jurídicas que envolvem edificações em imóvel alheio, porquanto “...os atos de disposição do

proprietário em relação ao imóvel não afetarão o direito de superfície, que se manterá íntegro, evitando, assim, por exemplo, os efeitos de uma execução de dívidas contraídas pelo concedente. A concessão também criará ambiente mais seguro para se evitar embaraços com o novo proprietário do imóvel, caso o concedente venha a transferi-lo para outrem.

*Ademais, caso se opte pelo direito de superfície, o beneficiário da concessão poderá utilizar a “propriedade superficiária” como garantia real para a captação de recursos, em razão da expressa permissão do disposto no artigo 1.473, inciso X, do Código Civil”.*⁷⁴

5. DESENVOLVIMENTO - ESTUDO DAS LEGISLAÇÕES

5.1 – DIREITO CONSTITUCIONAL

Cuidando-se de Estado soberano, democrático e comprometido com os direitos e garantias fundamentais, a Constituição da República Federativa do Brasil assegura no Artigo 5º, *caput*, o direito à propriedade ao afirmar que “*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...*”

Os legisladores constitucionais, cômicos da relevância da questão envolvendo o direito, em reafirmação, constaram da alínea XXII do referido dispositivo legal que é garantido o direito de propriedade .

E agiram bem, já que o direito de propriedade é o mais amplo dos direitos reais, o chamado direito real por excelência, ou o direito real fundamental, que em “*...todos os campos da atividade humana e no curso da vida da pessoa, sempre acompanha a ideia do 'meu' e do 'teu', desde os primórdios das manifestações da inteligência, o que leva a afirmar ser inerente à natureza do homem a tendência de ter, de adonar-se, de conquistar e de adquirir*”⁷⁵.

AROLDO MOREIRA salienta que “*...o homem não pode sobreviver, constituir família, ter segurança, se não for autorizado a adquirir bens e possuí-los. A subsistência do homem, a aculturação e o engrandecimento dos germes que a mão da Providência*

⁷⁴ MAZZEI, Rodrigo. Ob., cit., p. 284.

⁷⁵ RIZZARDO, Arnaldo. Ob., cit. p. 167

*depositou em seu coração, dependem essencialmente das riquezas materiais”*⁷⁶.

Várias teorias se ocuparam de apresentar os fundamentos que envolvem o direito de propriedade, ou seja: sua existência, ocorrência e o afastamento nalgumas sociedades! As teorias mais famosas, que procuram delinear a base teórica da propriedade, segundo **CÉSAR FIÚZA**⁷⁷, são:

“a) Teoria da ocupação – A propriedade teria embasamento na própria ocupação das coisas pelo homem, a fim de satisfazer suas necessidades.

b) Teoria da Lei – Segundo Montesquieu e Hobbes, a propriedade é instituição de Direito Positivo. Existe porque a Lei a criou e lhe garante continuidade.

Será mesmo verdade? Teria mesmo a Lei criado o instituto da propriedade? Não o teria a Lei somente regulamentado?

*c) Teoria da especificação*⁷⁸ *– A propriedade só se pode entender como fruto do trabalho. É a concepção de Von Jhering, dos economistas e socialistas.*

Planiol tece ferrenha crítica, asseverando ser falsa a tese, contendo o gérmen da negação da propriedade. Falsa porque o trabalho deve ter por recompensa o salário, o bem-estar, e não a própria coisa produzida, ou sobre a qual se trabalha. Contém em si a negação da propriedade por estimular a espoliação. O arrendatário que trabalha a terra teria muito mais direito do que o dono. O empregado, muito mais do que o patrão, e assim por diante.

d) Teoria da natureza humana – A propriedade tem por fundamento a própria natureza humana. É natural do ser humano exercer poder, domínio sobre as coisas. Alias, é natural de muitos animais. E se tem por origem a natureza do homem, é perfeitamente legítima a propriedade.

e) Teoria dignidade humana – Não seria o próprio ser humano o fundamento da propriedade? A propriedade existe em função do homem e de sua dignidade. É instrumento de promoção do indivíduo e da coletividade. Através da

⁷⁶ A Propriedade sob Diferentes Conceitos, Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 58. *Apud*, RIZZARDO, Arnaldo. Ob., cit. p. 167.

⁷⁷ FIUZA, César. Ob., cit., p. 957.

⁷⁸ Também intitulada **Teoria do trabalho**, anotando ARNANDO RIZZARDO, Ob., cit. p. 178: “Baseia-se a teoria, também chamada de 'especificação', em Locke.”

O Direito de Superfície, o “Direito de Laje” e o reflexo no Direito Urbanístico

propriedade o ser humano se desenvolve e se realiza. É, assim, a dignidade humana que deverá dar supedâneo a que se continue a defesa da propriedade e dos direitos a ela inerentes.

f) Teoria eclética - O fundamento da propriedade seria a ocupação primeira, promovida pelos seres humanos, seguindo sua própria natureza, para a satisfação de suas necessidades e desejos. Seria também o trabalho, que faz com que a propriedade se torne produtiva e exerça sua função social, para promoção da dignidade humana.”⁷⁹

*g) “Outras teorias”⁸⁰ também tentam explicar os fundamentos da propriedade, **in verbis**:*

“Mais teorias tentam dar um fundamento à propriedade, de menor repercussão na aceitação, como a individualista ou da personalidade, assim explicada por Darcy Bessone: “A propriedade, para manter-se, necessita de uma constante integração, sendo utilizada continuamente, através de uma atividade fecundante. Perderia a legitimidade se se tornasse estática e sem utilização. Teria de constituir uma forma de alargamento da personalidade, de projeção do proprietário na coisa possuída, formando com ele virtualmente um todo orgânico. Posta acima a questão, o homem estabeleceria relações mais espiritualizadas com as coisas, não sendo apenas o dono delas. Como exemplos bastante característicos desse tipo de relações, consideram-se os casos do colecionador de raridades e do homem religioso, em face das coisas que servem ao seu culto”.

A propriedade se explica, pois, pela personalidade que o homem projeta nas coisas. Entre os bens e o homem estabelece-se uma affectio, ou uma relação de intimidade de domínio pessoal e uso, o que se verifica relativamente aos bens de uso pessoal, ou àqueles constantemente em contato com o homem, citando-se, v.g., as vestimentas, os livros, os instrumentos e as obras de arte. Não encontraria justificação a propriedade, sob esta explicação, no caso das grandes organizações econômicas, como bancos, fábricas, latifúndios, onde predominam as estimativas econômicas e não a afeição entre o bem e seu titular.

Conhece-se, outrossim, a teoria da função social da propriedade, que não

⁷⁹ FIUZA, César. Ob., cit., p. 957.

⁸⁰ RIZZARDO, Arnaldo. Ob., cit., pp. 180-181.

O Direito de Superfície, o “Direito de Laje” e o reflexo no Direito Urbanístico

se vê a razão de ser da mesma no serviço que o bem presta ao indivíduo considerado isoladamente. Deve ele ser colocado ao serviço da maioria e do interesse comum. A propriedade privada abrangeria unicamente os bens que dizem respeito ao uso pessoal do indivíduo.

O certo é que todas as teorias trazem um pouco de verdade, sem que expliquem integralmente o fundamento.

É a propriedade um fato histórico e natural, que acompanha a humanidade desde o seu início. Antes da formulação das leis ela já se impunha, embora sob forma diferente das atuais.” (destaquei.)

Impossível apontar qual ou quais as teorias os legisladores constitucionais adotaram, porquanto, conforme supra asseverado e destacado, “...***todas as teorias trazem um pouco de verdade, sem que expliquem integralmente o fundamento...***”, e, compondo-se a Assembleia Nacional Constituinte de centenas de cidadãos, de várias classes e origens, muitos até em defesa de interesses próprios ou de grupos, deliberaram pela inviolabilidade do direito à propriedade, **como direito fundamental**, objetivando garantir os **direitos de dono**⁸¹, certo e determinado, em face da coletividade de forma indeterminada, que nada mais são do que a conhecida trilogia: *ius utendi, fruendi e abutendi*, acrescido da defesa especial da posse, à *rei vindicatio*, que eram os atributos da propriedade romana⁸², traduzidos em:

1) **Direito de usar (*ius utendi*)** – É a faculdade de usar do bem, em benefício próprio ou de terceiro, sem perda ou modificação da sua substância, ou até mesmo de deixar de utilizá-lo, guardando-o ou mantendo-o inerte⁸³.

Pontua **CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA**: “*Usar não é somente extrair efeito benéfico, mas também ter a coisa em condições de servir. Porém utilizá-la civiliter, uma vez que o uso se subordina às normas de boa vizinhança e é incompatível com o abuso do*

⁸¹ “*Caracteriza-se a titularidade, com destaque para a propriedade, a mais ampla de todas as titularidades positivadas no direito nacional (que instrumentalizam vínculos in re própria, in re aliena, ou ainda inter res (caso específico das servidões prediais), pelo direito subjetivo de exigir a abstenção de todos para que não intervenham em sua dominialidade, constituída por faculdades de uso, fruição, disposição, edificação, posse ou todas as possíveis relações entre o titular e a coisa*”. ARONNE, Ricardo Comentário ao artigo 5º, alínea XXII. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 313.

⁸² GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. Ob., cit., p. 230.

⁸³ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, Ob., cit., p.128.

direito de propriedade”.⁸⁴

2) **Direito de fruir ou gozar** (*ius fruendi*) - compreende o poder de perceber os frutos naturais e civis da coisa e de aproveitar economicamente os seus produtos⁸⁵, ou seja: de fazer frutificar a coisa e auferir os produtos que advierem⁸⁶.

3) **Direito de dispor** (*ius abutendi* ou *disponendi*) É o direito de dispor do bem, no sentido de desfazer-se do bem, alienando-o, doando-o, abandonando-o ou gravando-o com ônus, tais como o usufruto, hipoteca, penhor, direito de superfície, etc. “*Sugestivos e esclarecedores são os exemplos de Mourlon, de que usar de uma casa é habitá-la, dela gozar, alugá-la e dela dispor: demoli-la ou vendê-la; usar de um quadro é utilizá-lo na decoração de uma casa, dele gozar é exibi-lo numa exposição a troco de dinheiro e dele dispor é destruí-lo ou aliená-lo ou, ainda, doá-lo.*”⁸⁷

4) **Direito de reivindicar** – é o direito e/ou poder que o “dono” tem de reclamar, através de uma ação real, com força *erga omnes*, a coisa de quem injustamente a possui. É a ação que o proprietário, sem a posse da coisa, dispõe contra o possuidor não proprietário, para reaver a coisa, com suporte no direito de sequela.

Tais princípios e requisitos não foram explicitados na Carta Magna, mas garantidos, deixando-se a cargo do legislador ordinário tais tarefas.

No entanto, ao mesmo tempo que garantiram o direito de propriedade⁸⁸, os legisladores constituintes aprofundaram com disposições específicas envolvendo a **função social da propriedade** e regras para a urbanização, já que, em contrapartida aos direitos de dono, também existem os deveres do dono e os direitos da coletividade, porquanto a propriedade “*compreende-se um direito fundamental enquanto atenda a função social que a reveste e legitima constitucionalmente. Isso é uma expressão da repersonalização do Direito, que importa em deslocar o enfoque protetivo do campo jurídico da pertença para a pessoa, em seu sentido ontológico. Trazer o ser humano, existencializado e concreto,*

⁸⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. IV, p.92. *Apud.*, Arnaldo Rizzardo. Ob., cit., p. 210.

⁸⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Ob., cit. p. 230

⁸⁶ RIZZARDO, Arnaldo. Ob. Cit. 211

⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. Ob., cit., p. 129.

⁸⁸ Saliente-se que o direito de propriedade, incluído na constituição, como direito fundamental, alcança toda a esfera patrimonial, material ou imaterial, possível de apropriação privada.

O Direito de Superfície, o “Direito de Laje” e o reflexo no Direito Urbanístico

*para o núcleo do sistema e derivar o patrimonialismo natural do liberalismo jurídico e econômico, para a periferias do ordenamento. Tutelar o ser e não o ter, em prima facie.*⁸⁹”

Assim, ao exercer o direito de propriedade, o detentor do direito não pode exercê-lo de forma a prejudicar a comunidade, e a comunidade, por sua vez, pode exigir que o direito de propriedade seja exercido de forma útil e não prejudicial.

São limitações ao direito de propriedade, estando “ultrapassada” a ideia do caráter absoluto e ilimitado da propriedade, já que “*Quanto mais evoluem as sociedades e maiores as aspirações humanas, crescem evidentemente as exigências pessoais, impondo-se restrições de toda a ordem, a fim de frear os impulsos coletivos, com um sensível cerceamento nos interesses puramente individuais*”⁹⁰.

Assim sendo, a Constituição Federal elenca várias hipóteses limitadoras do direito de propriedade, dentre as quais destaca-se: a função social da propriedade aliada a possibilidade de se exigir do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova o adequado aproveitamento do mesmo sob pena, sucessivamente, de parcelamento ou edificação compulsórios, imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo, e desapropriação.

Com referência à função social da propriedade, pontua **CÉSAR FIÚZA** que a “...a função social é função e princípio. Função é a finalidade de um instituto, de um modelo jurídico, no caso a propriedade. Todo modelo jurídico compõe-se de estrutura e função. A gênese e a forma estão na estrutura; a finalidade, o papel a ser cumprido, na função. Por função social da propriedade entenda-se a função que o dono deve atribuir às suas coisas, ao exercer seus direitos sobre elas, basicamente, ao usar, ao fruir e ao dispor. Essa função deve ser, na medida do possível e quando for o caso, útil à coletividade,”⁹¹ exemplificando que o Estado não deve influenciar ninguém a deixar uma casa inabitada, para fins de especulação imobiliária, já que o proprietário, neste caso, estará dispondo de seu imóvel de forma inadequada, em malefício da coletividade, forçando o aumento dos preços, em razão da lei da oferta e da procura, prejudicando aqueles que estão buscando a aquisição de **moradia própria**, também elevada à **condição de direito fundamental**.

⁸⁹ ARONNE, Ricardo. Ob., cit., p. 233.

⁹⁰ RIZZARDO, Arnaldo. Ob. Cit. p. 189.

⁹¹ FIÚZA, César. Ob., cit., p. 964.

EUGÊNIO FACCHINI NETO comentando sobre a função social da propriedade, sua força normativa e os destinatários, invoca a lição de **PONTES DE MIRANDA**⁹² relativa ao Artigo 157, III, da Constituição brasileira de 1967, para quem “...a força normativa do princípio da função social da propriedade destina-se a todos: ao legislador, que, ao inovar no plano normativo, necessariamente deverá levar em conta a função social de propriedade; ao jurista em geral, que, ao interpretar a legislação ordinária (seja a disciplina codificada do direito das coisas, seja a legislação o estatuto da cidade, estatuto da terra, lei de locações ou qualquer outra que se refira a posse, utilização, acesso ou domínio de bens), deverá fazê-lo à luz desse princípio; ao magistrado, que, na aplicação do Direito ao caso concreto, igualmente deverá estar consciente das implicações práticas de tal princípio; bem como também aos particulares, que nas suas relações ente si não poderão ignorar o significado e alcance do princípio da função social”.⁹³

A Constituição Federal já reconhecia a função social da propriedade e, em reforço, a Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, alterou a redação original do Artigo 6º da Constituição para incluir, dentre os direitos sociais, **o direito à moradia**⁹⁴, como consequência e garantia das condições materiais básicas para concretude dos princípios da dignidade humana e do direito à vida, com padrão de vida aceitável em sociedade.

Tal qual os direitos fundamentais, “...o direito social à moradia abrange um complexo de posições jurídicas objetivas e subjetivas, de natureza negativa (direito de defesa) e positiva (direito à prestações). Na condição de direito de defesa (negativo), o direito à moradia impede que a pessoa seja privada arbitrariamente e sem alternativas de

⁹² **Pontes de Miranda** observou que “o que se há de tirar do art. 157, III, é que o uso da propriedade há de ser compossível com o bem-estar social; se é contra o bem-estar social, tem de ser desaprovado. Mas a regra jurídica não é somente pragmática. Quem quer que sofra prejuízo por exercer alguém o usus, ferindo ou ameaçando o bem-estar social, pode invocar o art. 157, III, inclusive para as ações cominatórias”. Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1968, t. VI, p. 46.47.

⁹³ NETO, Facchini Eugênio. Comentário ao artigo 184, § 4. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 317.

⁹⁴ Art. 6º CF – São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, **a moradia**, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

uma moradia digna, por ato do Estado ou de outros particulares”⁹⁵.

Na sequência, a Constituição da República Federativa do Brasil destinou capítulo próprio para disciplinar a **Política Urbana**, nos seguintes termos:

“CAPÍTULO II - DA POLÍTICA URBANA

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.” (destaquei.)

São diretrizes fortes e arrojadas que norteiam não só o ordenamento jurídico infraconstitucional, mas também as políticas públicas e os debates com a iniciativa privada. Inclusive, o *Tratado sobre cidades, vilas e povoados sustentáveis*, elaborado na **ECO-92**, dão o mote para a política urbana, **invocando três fundamentos básicos**, a saber: 1) direito à cidadania, consubstanciado na participação dos habitantes da cidade na condução dos seus destinos; 2) gestão democrática da cidade, compreendendo a submissão do

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 184, § 4. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 547.

planejamento do espaço urbano ao controle e participação da sociedade civil, e, 3) função social da cidade e da propriedade.

O § 2º do Artigo 182 da Constituição Federal é a ratificação do compromisso com a função social da propriedade, em especial da propriedade urbana, como mote a ser seguido pelos planos diretores elaborados pelos municípios, com vista a atender o interesse coletivo e não ao interesse do próprio *dominus*⁹⁶.

Comentando o Artigo 182, § 4º da Constituição Federal, **ROGÉRIO GESTA LEAL**⁹⁷ ressalta tratar-se de **iniciativa normativa inédita em nível dispositivo constitucional**, que instrumentaliza o Poder Público e lhe confere mecanismos para dar concretude à função social da propriedade, chamando à responsabilidade todos aqueles que possuem propriedade urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada, destacando que:

“Pode e deve, pois, a Administração Pública estabelecer limites e comportamentos dos proprietários urbanos, principalmente quando estes exercem o domínio de seus imóveis de forma divorciada das disposições cogentes que regulam a matéria, porém, deverá fazê-lo na forma do disposto desde a Constituição Federal, pelo Estatuto da Cidade (Lei Federal n. 10.250/2001), e outras normas federais, estaduais e municipais, ambientais e urbanísticas, todas integradas para o mesmo fim: a função social da cidade e da propriedade.

Essa regra passa a exigir da propriedade urbana o atendimento das necessidades comunitárias e sociais demarcadas pelo Plano Diretor, vinculado este que está à melhoria da qualidade de vida digna das pessoas que nela vivem”. (destaquei.)

Nota-se, neste ponto, que o articulista reforça a **função social da cidade e da propriedade**, ampliando, assim, o contexto de aplicação. Indiscutível, pois, a relevância dada pelos legisladores constitucionais ao direito urbanístico, o qual, com visto, deve ser exercido nos limites impostos pela legislação federal, em observância, ainda, dos planos diretores municipais para ocupação do solo e as regras urbanísticas⁹⁸.

⁹⁶ LEAL, Rogério Gesta. Comentário ao artigo 184, § 4. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1867.

⁹⁷ LEAL, Rogério Gesta. Ob., cit., pp. 1873-1874.

⁹⁸ Como o conjunto de medidas técnicas, administrativas, econômicas e sociais que visam ao desenvolvimento racional e humano das cidades.

5.2 – DIREITO INFRACONSTITUCIONAL

A Constituição de 1988 é **garantística** dos direitos inerentes ao indivíduo, tanto em relação aos demais indivíduos quanto ao próprio poder estatal e, como ordem jurídica fundamental do Estado, está no ápice da pirâmide dos sistemas normativos. Nas palavras de **JJ. GOMES CANOTILHO**, elas aspiram a natureza de **normas das normas** “...já que são elas que fixam o valor, a força e a eficácia das restantes normas do ordenamento jurídico (das leis, dos tratados, dos regulamentos, das convenções colectivas de trabalho, etc.)⁹⁹.”

É, para o constitucionalista brasileiro **KILDARE CARVALHO**, a chamada **supremacia** ou **superlegalidade constitucional**, “...devendo todo o ordenamento jurídico conformar-se com os preceitos da Constituição, quer sob o ponto de vista formal (competência para a edição de ato normativo e observância do processo legislativo previsto para a elaboração da norma jurídica), quer sob o ponto de vista material (adequação do conteúdo da norma aos princípios ou preceitos constitucionais)”¹⁰⁰.

Como corolário lógico, todas as demais normas não podem contrariar os ditames acolhidos pela Constituição, sob pena de ser declarada inconstitucional e banida do ordenamento jurídico.

A nível de legislação ordinária, o direito de superfície está regulado por dois diplomas: o Estatuto da Cidade e o Código Civil de 2002. Por ser posterior, muito se discutiu se o NCC teria revogado, no todo ou em parte, o Estatuto da Cidade, com opiniões de peso nos dois sentidos, prevalecendo a corrente que defende a manutenção dos dois institutos.

Após os debates travados na **I Jornada de Direito Civil**, realizada no período de 11 a 13 de setembro de 2002, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, foi editado o Enunciado 93, nos seguintes termos:

*“**Enunciado 93** – As normas previstas no Código Civil sobre direito de superfície não revogam as relativas a direito de superfície constantes do Estado da Cidade (Lei 10.257/2001), por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano.”*
(destaquei.)

⁹⁹ JJ. GOMES CANOTILHO. Ob., cit., p. 1441.

¹⁰⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 10ª Edição, 2004, Editora Del Rey, pág. 239.

O Direito de Superfície, o “Direito de Laje” e o reflexo no Direito Urbanístico

Em defesa da manutenção dos dois institutos, que contam com válvulas comunicantes, em especial a prevalência da função social da sociedade, com micros e macrossistemas, de natureza multidisciplinar, **RODRIGO MAZZEI** leciona que:

“Postas estas considerações, ainda que o Estatuto da Cidade venha a ser visto como um microssistema (ou pelo menos como o eixo do microssistema atual do direito urbanístico), não se pode negar que a Lei 10.257/01 faz parte de um outro microssistema maior que acaba por absorver todos os regramentos de direito urbanístico que possam ser invocados em prol do prestígio da função social da propriedade. Nessa linha, pode o Estatuto da Cidade alimentar o Código Civil em situações em que não há previsão legal específica no corpo da codificação, desde que o intérprete, se valendo do artigo 1.228, parágrafo 1º, esteja buscando regra para fazer prevalecer a função social da propriedade.

De modo diverso, o Código Civil como regra geral pode, também, perfeitamente ocupar espaços não cobertos pelo Estatuto da Cidade, caso seja necessário invocar regra externa a Lei 11.257/2001, com o fito de também premiar a função social da propriedade.

*O que estamos a afirmar, na realidade, é que existe um mega microssistema que norteia a função social da propriedade. **O direito de superfície é um dos instrumentos presentes neste conjunto de normas, sendo regulado por dois corpos legislativos que estão dentro do grupo de leis intercomunicantes e interdisciplinares que protegem a função social da propriedade.** Tal conclusão significa concluir que ambos os diplomas podem se comunicar, alimentando-se reciprocamente de normas para alcançar o mesmo fim: prestígio à função social da propriedade”¹⁰¹. (destaquei.)*

Com efeito, a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada de Estatuto das Cidades, regulamentou os Artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelecendo diretrizes gerais de política urbana e, dentre os instrumentos previstos, destacam-se: **(a)** as operações urbanas consorciadas, em que poder público e particulares atuam de forma conjunta, 'com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental’; **(b)** o Estatuto do Impacto de Vizinhas (**EIV**), cujo conteúdo mínimo é o previsto pelo art. 37 da Lei, tem por meta verificar os aspectos

¹⁰¹ MAZZEI, Rodrigo. Ob., cit., p. 214-215.

O Direito de Superfície, o “Direito de Laje” e o reflexo no Direito Urbanístico

positivos e negativos do empreendimento ou atividade que se pretende implementar sobre a qualidade de vida da população residente na área e nas proximidades, ficando à disposição para consulta de qualquer interessado junto ao órgão municipal competente; (c) a usucapião coletiva das áreas urbanas ocupadas por população de baixa renda e nas quais não seja possível a individualização de terrenos, sendo declarada judicialmente e constituindo, a partir de então, condomínio indivisível, com estabelecimento de propriedade de uma fração para cada indivíduo.¹⁰²

Dispõe o Artigo 21 do Estatuto da Cidade que 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, abrangendo 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**.¹⁰³

Por sua vez, prevê o Código Civil Brasileiro, no seu Artigo 1.228, que “*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*” e, no seu Artigo 1.225, inciso

¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 184, § 4. Ob., cit., p. 548.

¹⁰³ Do direito de superfície

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**. (destaquei.)

§ 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.

§ 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.

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

Art. 23. 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”.

II¹⁰⁴, elevou o **direito de superfície** a condição de **direito real**, dispondo no Artigo 1.229 que “**A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, 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 não tenha ele interesse legítimo em impedi-las”, conduzindo-o pelas disposições constantes dos Artigos 1.369 a 1.377¹⁰⁵, onde está consignado, **expressamente**, que o proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registo de Imóveis. (destaquei.)

Tal qual transcrevemos algumas divergências e convergências entre o direito de superfície de Portugal e de Macau, através de quadro comparativo, transcrevemos idêntico

¹⁰⁴ Art. 1.225. São direitos reais:

- I - a propriedade;
- II - a superfície;
- III - as servidões;
- IV - o usufruto;
- V - o uso;
- VI - a habitação;
- VII - o direito do promitente comprador do imóvel;
- VIII - o penhor;
- IX - a hipoteca;
- X - a anticrese.
- XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)
- XII - a concessão de direito real de uso.

¹⁰⁵ "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 Registo de Imóveis**.

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

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

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

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.

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

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

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.

Art. 1.377. O direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público interno, rege-se por este Código, no que for diversamente disciplinado em lei especial."

O Direito de Superfície, o “Direito de Laje” e o reflexo no Direito Urbanístico

quadro elaborado por **RODRIGO MAZZEI**¹⁰⁶, contendo breve síntese dos pontos não uniformes, a saber:

Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01)	Código Civil/2002 (Lei 10.406/02)
Tem aplicação voltada ao solo urbano planificado (artigo 21). Nada obsta que no âmbito do Estatuto da Cidade tenhamos casos de superfície vegetal, embora não se configure como hipótese comum.	Tem aplicação urbana e rural (artigo 1369).
Permite concessão por tempo determinado e indeterminado (artigo 21)	Apenas permite a concessão por tempo determinado, apesar do artigo 1.369 não traçar regras temporais.
Faculta ao superficiário a utilização não só do solo, mas também do subsolo e do espaço aéreo relativo à área objeto da concessão (§ 1º, artigo 21)	Veda expressamente a utilização do subsolo (salvo se inerente ao objeto da concessão), silenciando a respeito da utilização do espaço aéreo (parágrafo primeiro do artigo 1.369).
Atribui ao superficiário o pagamento dos encargos e tributos incidentes sobre a obra superficiária e sobre a área objeto da concessão de modo proporcional à sua efetiva utilização, salvo estipulação em contrário (§ 3º, artigo 21)	Atribui ao superficiário o pagamento dos encargos e tributos incidentes sobre o imóvel em sua totalidade (artigo 1.371)
Não existe a vedação de estipulação pelo concedente de pagamento pela transferência do direito de superfície.	Veda a estipulação pelo concedente de pagamento pela transferência do direito de superfície (Parágrafo único, artigo 1.372)
Prevê (<i>de forma enunciativa</i>) em seu texto três hipóteses de extinção: 1) advento do termo; 2) descumprimento das obrigações contratuais pelo superficiário, e, 3) desvio da destinação (artigo 23 e § 1º, artigo 24).	Prevê (<i>de forma enunciativa</i>) em seu texto apenas a hipótese de extinção pelo desvio de destinação (artigo 1374) Prevê, ainda, que em caso de extinção do direito de superfície por desapropriação, haverá a partilha da indenização, na proporção do direito real de cada uma das partes (artigo

¹⁰⁶ MAZZEI, Rodrigo. Ob., cit., p. 208

	1.376)
No caso de reversão, as benfeitorias também serão agregadas ao patrimônio do proprietário (artigo 24, <i>caput</i>)	Não cogita de benfeitorias no momento da reversão (artigo 1.375)
Não possui previsão acerca da admissão da hipoteca no direito de superfície.	Dispõe sobre a possibilidade de formalização de hipoteca sobre a 'propriedade superficiária'.
Não tem aplicação supletiva automática para o sistema.	Terá aplicação supletiva para os diplomas que venham a tratar da matéria, inclusive para as hipóteses de concessão pelo Poder Público (artigo 1.377).

Desta forma, força reconhecer que ambos os institutos, em consonância com a Constituição Federal, acolhem o direito à propriedade e os atributos de uso, gozo e fruição do solo e edificações, mas, **em igual diapasão**, incluem o **direito de superfície**, como um direito real alienável, expropriável, susceptível de herança, gravável e, por fim, com regras que asseguram a utilização racional da propriedade, ou seja: atento a função social da propriedade.

Anote-se, por oportuno, a estreita relação entre o direito de superfície, em especial a sobrelevação, e as regras para edificação horizontal, com a formação de condomínio edfício.

5.3 – PLANOS DIRETORES

Compete aos Municípios, sem ofensa a Constituição, ao Código Civil e demais legislações de observância nacional, legislarem sobre a questão territorial urbana, que envolve, logicamente, os direitos de superfície e urbanístico.

Em Portugal, os Municípios elaboram e aprovam o Plano Municipal de Ordenamento do Território - **PMOT**, que consiste de um regulamento administrativo destinado a definir um instrumento de gestão territorial, guiando o Município na definição de planos de ocupação do solo de todo o território por eles abrangidos. O Plano Director Municipal - **PDM**, como componente do Plano Municipal de Ordenamento do Território - **PMOT**, também aprovado pela Assembleia, define a organização do território, estabelecendo o uso e a ocupação do solo municipal.

O Direito de Superfície, o “Direito de Laje” e o reflexo no Direito Urbanístico

A Professora **FERNANDA PAULA OLIVEIRA** registra a importância da elaboração dos **planos de pormenor**, os quais apontam, em regra, para um desenho urbano “*deligado*” da divisão fundiária da sua área de intervenção, cuidando-se de instrumento adequado para que o Município promova intervenções não limitadas ao interior da propriedade de cada um (forçando, portanto, intervenções de conjunto), “*empurrando*”, assim, os proprietários abrangidos para *processos associativos* (contratualizados), sem os quais não poderão concretizar nos seus terrenos qualquer operação urbanística.

Insta salientar, ainda, que no âmbito Português, a Lei 58/2007, de 04 de setembro instituiu o Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território - **PNOPT**, que “*...é um instrumento de desenvolvimento territorial de natureza estratégica que estabelece as grandes opções com relevância para a organização do território nacional, consubstancia o quadro de referência a considerar na elaboração dos demais instrumentos de gestão territorial e constitui um instrumento de cooperação com os demais Estados membros para a organização do território da União Europeia.*”

Esse instrumento de desenvolvimento territorial prevê, em âmbito nacional, as diretrizes básicas, deixando para os Planos Regionais de Ordenamento do Território (**PROT**) e Planos Intermunicipais de Ordenamento dos Territórios (**PIOT**) e, em especial, para os **Planos Municipais de Ordenamento do Território (PMOT)** as regulamentações básicas para o desenvolvimento urbanístico do respectivo Município.

No Brasil, além do Estatuto da Cidade, de âmbito nacional, em igual sintonia, competem aos Municípios a elaboração e aprovação do **Plano Diretor Municipal - PDM** que consiste de “*...um documento que sintetiza e torna explícitos os objetivos consensuados para o Município e estabelece princípios, diretrizes e normas a serem utilizadas como base para que as decisões dos atores envolvidos no processo de desenvolvimento urbano convirjam, tanto quanto possível, na direção desses objetivos*”.¹⁰⁷

Assim, como requisito para urbanização das “regiões urbanas”, principalmente das cidades com mais de vinte mil habitantes, por força do disposto no § 1º do Artigo 182 da Constituição Federal, é obrigatória a aprovação, pela Câmara Municipal, do Plano Diretor.

ROGÉRIO GESTA LEAL também comunga do entendimento que o “*plano diretor é o instrumento básico para definir os critérios da política urbana, mas não é o*

¹⁰⁷ SABOYA, 2007, p. 39. Disponível em: <http://urbanidades.arq.br/2008/06/o-que-e-plano-diretor/> Acessado em: 06.03.2014.

*único, até porque estes preceitos também devem ser respeitados pelas cidades com menos de vinte mil habitantes”.*¹⁰⁸

Destarte, força reconhecer que o Plano Diretor, com certeza, é essencial para implementação das políticas urbanas, já que *“uma cidade desenvolvida e adequadamente planejada tem um fundamental papel a desempenhar, pois é imprescindível que garanta a todos, indistintamente, incluindo-se nesta esfera aquelas parcelas tradicionalmente desprovidas de atenção por parte do Estado – os cidadãos clandestinos -, uma infraestrutura que permita um desenvolvimento generalizado, em que se possa transformar a exclusão em atuação”.*¹⁰⁹

Ditos dispositivos, em especial os Planos Diretores Municipais, afetam diretamente o exercício do direito de superfície, já que disciplinam como e onde edificar em solos urbanos, com zoneamentos (áreas residenciais e comerciais) e, ainda, se haverá ou não limitação de número de pavimentos.

No caso específico do direito de sobrelevação, as regras para edificação edilícia influenciam diretamente o exercício do direito de superfície, permitindo, proibindo ou limitando-o.

6 – O DIREITO DE SUPERFÍCIE VERSUS O “DIREITO DE LAJE”

6.1 – ACESSÃO E O DIREITO DE SUPERFÍCIE

Para delineamento do direito de superfície, indispensável, primeiro, a conceituação de acessão, já que o instituto trata justamente dos fenômenos da edificação ou da plantação, da *inadificatio* ou da *plantatio*, em desalinho ao princípio *superficies solo cedit*.¹¹⁰

A acessão, para **RICARDO CÉSAR PEREIRA LIRA**, *“é a união física entre duas coisas, formando de maneira indissolúvel um conjunto, em que uma das partes,*

¹⁰⁸ Para as cidades que não possuem plano diretor, as Constituições estaduais, em regra, estabelecem aos Municípios o dever de elaborar diretrizes gerais de ocupação do território, através de leis que garantam as funções sociais da cidade e da propriedade. LEAL, Rogério Gesta. Comentário ao artigo 184, § 4. Ob., cit., p. 1865.

¹⁰⁹ LEAL, Rogério Gesta. Comentário ao artigo 184, § 4. Ob., cit., p. 1866.

¹¹⁰ LIRA, Ricardo César Pereira. O Novo Código Civil, Estatuto da Cidade, Direito de Superfície. Anais do EMERJ – Debate o Novo Código Civil”. Disponível em [wwwhttp://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_2/Anais_Parte_II_revistaemerj_145.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_2/Anais_Parte_II_revistaemerj_145.pdf). Acessado em: 17.01.2014.

embora possa ser reconhecível, não guarda autonomia, sendo subordinada, dependente do todo e seguindo-lhe o destino jurídico...” a qual, por sua vez, pode ser discreta ou contínua. A primeira (acessão discreta) é aquela que resulta endogenamente de um desenvolvimento natural da própria coisa, como acontece com a cria dos animais, como acontece com os frutos das árvores e a segunda (acessão contínua) é a caracterizada por uma união exógena das coisas, fim de um processo de fora para dentro, como ocorre na construção, na plantação, sendo que, a rigor, a plantação pode talvez constituir um caso de acessão mista em que há uma fusão orgânica resultante de uma ação mecânica, que é a *seminatio*.

Portanto, o direito de superfície cuida, basicamente, da **acessão contínua** realizada sobre ou sob o solo alheio, ficando a acessão, entretanto, em razão da suspensão do princípio de que pertence ao dono do solo tudo aquilo que lhe adere permanente¹¹¹, **de propriedade de quem construiu ou plantou, bem como o direito de manter essa propriedade ou plantação sobre o solo alheio.**

As acessões podem ser sobre o próprio solo ou sobre implantes já existentes, prontos ou inacabados, de propriedade do dono do solo, que poderão ou não ser objeto do direito de superfície.

6.2 – SUPERFÍCIE POR CISÃO, SUBSUPERFÍCIE E SOBRELEVAÇÃO

Há no direito uma máxima: o cidadão pode fazer tudo que a lei não proíbe e o Estado pode fazer tudo aquilo que a lei permite. O ordenamento jurídico brasileiro não prevê, mas também não veda, a sobrelevação. Ao contrário, o § 1º do Artigo 21 do Estatuto da Cidade, ao arrolar o espaço aéreo parece autorizar a sobrelevação.

Nas palavras de **RODRIGO MAZZEI**, é a faceta vertical do direito de superfície, já que o direito de superfície não pode ser tratado com enfoque puramente horizontal¹¹². É a leitura que se retira do Artigo 1.229 do Código Civil: “*A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, 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 não tenha ele interesse legítimo em impedi-las*”.

¹¹¹ Princípio da *superficies solo cedit*.

¹¹² MAZZEI, Rodrigo. O Direito de Superfície e a sobrelevação (O Direito de Construir na Edificação Alheia ou 'Direito de Laje'). Revista Forense, Volume 416, Ano 108, p. 243-258.

O Direito de Superfície, o “Direito de Laje” e o reflexo no Direito Urbanístico

Para edificar ou plantar, indispensável a utilização, tanto do solo, como do subsolo e do espaço aéreo volumétrico respectivo. Inconcebível admitir que uma edificação ou uma plantação não utilize, no mínimo que seja, do espaço aéreo referente ao imóvel que seja objeto do direito de superfície.

É surreal negar que tal aconteça.

A questão passa, então, pela definição dos limites da utilização do solo e, mais especificadamente, da sobrelevação, como um “direito de laje”.

Calha aqui lembrar os pontos de contato entre a sobrelevação, a superfície por cisão e a subsuperfície.

1) **Superfície por cisão** – Na superfície por cisão já existe na base do imóvel do concedente (em regra o solo), acessão para que o concessionário “...venha a mantê-la, depois de concretizado o pacto e operada a suspensão do princípio superficies solo cedit. Em outras palavras, pela superfície por cisão o superficiário incorpora (ainda que temporariamente) em seu patrimônio a acessão já existente no imóvel do concedente, esteja esta finalizada ou não (como ocorrerá nos casos em que o superficiário terá que implementar obras para terminar a cessão)”¹¹³

A superfície por cisão pode ser **ordinária** ou **qualificada**, caso o superficiário precise ou não de introduzir benfeitorias no implante já existente, respectivamente. A superfície por cisão qualificada difere da sobrelevação, já que as benfeitorias serão realizadas na acessão já existente, enquanto que na sobrelevação o implante não será objeto de concessão e, ainda, o superficiário não irá realizar benfeitorias no implante já existente, o qual continua sob a tutela do concedente.

Em síntese: na sobrelevação a construção já existente servirá de *base*, fazendo as vezes do “solo”, para a nova construção, que será independente da já existente.

2) **Subsuperfície** - Na subsuperfície, o superficiário passa para um terceiro, que será subsuperficiário, o direito de implantar diretamente no solo ou no implante já existente e que passou para o patrimônio do superficiário (subsuperfície qualificada). Na subsuperfície coexistirão no mínimo dois concessionários: o superficiário inicial ou de primeiro grau, beneficiário da primeira concessão e o superficiário derivado ou de segundo grau que também terá o direito de implante, mas, desta feita, por força do pacto firmado com o superficiário inicial, que será sem prejuízo da relação existente com o proprietário.

¹¹³ MAZZEI, Rodrigo. Ob., cit., p. 247

Neste caso, não se amplia o objeto da concessão firmada entre o proprietário e o concessionário, “...mantendo-se, inclusive, o vínculo entre estes, pois o último continuará obrigado em relação ao primeiro. Haverá, em síntese, ampliação subjetiva das relações do superficiário, que terá vínculo com o proprietário e com o subsuperficiário, ainda que, ordinariamente, estes últimos não tenham relação direta contratual entre eles”¹¹⁴

3) **Sobrelevação ou elevação** – Na sobrelevação o superficiário irá edificar sobre o implante já existente e de propriedade do concedente, o qual continuará a exercer todos os direitos de usar, gozar, dispor, gravar e reivindicar o implante de quem quer que injustamente o detenha. É, em síntese, a concessão do direito de construir um novo andar sob uma construção já erguida, passando o superficiário a ser o proprietário do implante. Há aqui a formação de uma espécie de “condomínio edilício”, pois, inclusive, o ordenamento jurídico lusitano, que reconhece expressamente tal possibilidade, determina que *“O direito de construir sobre edifício alheio está sujeito às disposições deste título e às limitações impostas à constituição da propriedade horizontal; levantado o edifício, são aplicáveis as regras da propriedade horizontal, passando o construtor a ser condômino das partes referidas no artigo 1421^o”*.

Neste ponto, parte da doutrina pátria rechaçara a figura da sobrelevação, ao argumento que não foi regulada pelo direito brasileiro, como defende **EDUARDO SÓCRATES CASTANHEIRA SARMENTO FILHO**, fundamentando que o proprietário da unidade autônoma é titular também de uma fração ideal do solo, indagando: Como poderia, pois, compatibilizar essa propriedade da fração ideal do solo com a propriedade do solo já titularizada pelo fundeiro?¹¹⁵

Em sentido contrário, cita **LUIZ A. DE CARVALHO FERNANDES**, o qual reconhece a possibilidade de sobrelevação, com os seguintes fundamentos:

“A primeira dificuldade que se poderia opor a este entendimento resultaria do facto de o direito de propriedade sobre o solo onde existe o edifício pertencer ao fundeiro, não podendo, como tal, ele ser coisa necessariamente comum, contra a estatuição do artigo 1.241, n. 1, al. A). É esta uma questão formal. O superficiário tem direito de manter no solo o edifício, com os poderes correspondentes à sua situação de superficiário. Posto isto, constituída a propriedade horizontal, aos

¹¹⁴ MAZZEI, Rodrigo. Ob., cit., p. 248.

¹¹⁵ É encontrada, ainda, a expressão: fundeiro.

O Direito de Superfície, o “Direito de Laje” e o reflexo no Direito Urbanístico

superficiários-condôminos ficam a pertencer, em comum, esses mesmos poderes e tanto basta para satisfazer a exigência do 1.421. Não se vê razão para, na propriedade horizontal, o solo ter de pertencer aos condôminos em compropriedade, com exclusão de qualquer outra situação de contitularidade. O que o solo não pode ser é objeto do direito singular de qualquer condômino. Também a situação do fundeiro não é afectada, pois não há alteração dos poderes incidentes sobre o solo, mas somente uma diferente titularidade dos mesmos. Mais significativa se diria, até, à primeira vista, uma outra objecção, fundada agora na circunstância de o direito de superfície poder ser temporário, enquanto o direito de propriedade horizontal se configura, na lei, como perpétuo. Ao qualificarmos este último como um tipo autónomo de direito real de gozo, demarcando-o da propriedade, afasta-se o aparente rigor do argumento. De qualquer modo, não se pode esquecer que, na situação em análise, o titular do direito à fração é primordialmente superficiário e só depois condômino.

*Cumpra, finalmente, sem pretender dar ao argumento valor decisivo, a circunstância de ser prática social e jurídica corrente a existência de edifícios sobre que incide um direito de superfície constituído em propriedade horizontal, sem que se tenha verificado, a este respeito, dúvidas, tanto na instituição notarial, como na inscrição registral do correspondente negócio.”*¹¹⁶

6.3 - SOBRELEVAÇÃO VERSUS “DIREITO DE LAJE”

Conforme já exposto, existem correntes que afastam o direito de sobrelevação e, conseqüentemente, o “direito de laje”. **RODRIGO MAZZEI**, forte nos princípios da *operabilidade* e da *socialidade*, aliados ao respeito à *função social da propriedade*, além de defender a possibilidade de sobrelevação, enxerga em tal variante do direito de superfície instrumento que poderá regularizar uma realidade nacional que é o “*direito de laje*”.¹¹⁷

É, nas palavras de **FERNANDA MACHADO AMARANTE**, uma realidade, consubstanciada em uma prática social reiterada, que está em dissonância com o direito

¹¹⁶ FERNANDES, Luis A. de Carvalho. pp. 403-4004. *Apud*, SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. O Direito de Superfície. 1ª Edição, São Paulo IRIB, 2012, p. 12-13.

¹¹⁷ MAZZEI, Rodrigo. Ob., cit., p. 253

O Direito de Superfície, o “Direito de Laje” e o reflexo no Direito Urbanístico

estatal, pontuando que “*É uma realidade social brasileira a contratação entre particulares em que o proprietário, o possuidor ou o titular de direito real de concessão de uso aliena a terceiro o direito de construir na laje de seu imóvel. Porém, como já observado, a contratação em apreço não é tratada pelas normas jurídicas em vigor, estando configurado um flagrante descompasso entre o Direito e a realidade. Consequência disso é, além da ausência de compatibilidade entre as normas e a vida social, a marginalização de muitas situações constituídas à parte do Direito oficial.*”¹¹⁸

Acrescenta a articulista que o “direito de laje” é uma realidade das favelas brasileiras, com a verticalização dos bens e o aumento de moradias para diversas pessoas, proporcionando, mesmo que ao desabrigo de legislação específica, o direito à moradia, garantido pela Constituição Federal que prima pela efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, concluindo que “*...a omissão legislativa quanto ao direito de laje é descaso que acaba por alhear tais fatos sociais, por deixá-los na informalidade, inviabilizando o progresso social e a efetivação do acesso à moradia digna*”

Paralelamente a omissão legislativa, com igual gravidade, lamentavelmente já existem registros de ingerências nocivas ao exercício do “direito de laje” na Favela da Rocinha, Rio de Janeiro, em que “*...os traficantes impõem que sobre a segunda laje não haja qualquer obstáculo que possa obstruir a fuga deles*”.¹¹⁹

SÍLVIA REGINA DE ASSUMPCÃO CARBONARI¹²⁰ também aposta nessa nova perspectiva do direito de superfície, apontando o direito de sobrelevação como uma alternativa para a prática da venda do “direito de laje” nas favelas brasileiras, prática social plenamente aceita e “regradas” por essas comunidades, para quem “*...o direito de laje refere-se ao poder de disposição que o proprietário da construção tem sobre o espaço aéreo imediatamente superior à sua construção e que, pela cultura popular desenvolvida nas favelas, lhe pertence por direito. A laje, para o costume social praticado na favela, tem*

¹¹⁸ AMARANTE, Fernanda Machado. O pluralismo jurídico e o direito de laje. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3403, 25 out. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22888>>. Acessado em 17 jan. 2014.

¹¹⁹ LIRA, Ricardo César Pereira. O Novo Código Civil, Estatuto da Cidade, Direito de Superfície. Anais do EMRJ Debate Novo Código Civil. p. 151

¹²⁰ CARBONARI, Sílvia Regina de Assumpção. O direito de superfície sob nova perspectiva. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2458. Acessado em 17.01.2014.

O Direito de Superfície, o “Direito de Laje” e o reflexo no Direito Urbanístico

um importante papel nas atividades sociais e de lazer dos seus moradores. Uma vez que, normalmente, nas construções não existem áreas do solo destinadas ao lazer dos moradores, pois cada espaço do solo é aproveitado, a laje acaba desempenhando o papel de extensão da construção no que se refere às áreas de lazer e torna-se palco das reuniões sociais com as famílias e com os amigos nos finais de semana, do cultivo de plantas e dos mais diversos interesses dos moradores, sendo facultado a estes que vendam o direito sobre a laje, para que outra pessoa nela edifique sua moradia”, concluindo que “...que o direito de superfície somente pode ter uma existência sob o ponto de vista de sua concepção atual: como instrumento de acesso à moradia formal, como objetivo do Estado Democrático de Direito na proteção dos direitos humanos fundamentais, (e sem moradia não se pode falar em proteção aos direitos humanos), sendo atribuído a ela a característica de direito real.”

Neste aspecto, sem citar diretamente o “direito de laje”, mas realçando os problemas ocasionados pelo êxodo rural, com o crescimento urbanístico grandemente acelerado e a necessidade de garantir o direito à cidades sustentáveis, especialmente quanto ao direito à terra urbana e à moradia, para as presentes e futuras gerações, enfatizando, ainda, o direito de superfície como instrumento para fomentar a paz social, **LEANDRO SOARES LOMEU** afirma que “*O direito de superfície veio consagrar em ordem louvável a função social da propriedade, tanto quanto disposto no Código Civil quanto no Estatuto da Cidade, com mecanismos em seu bojo que permitem a utilização, por exemplo, do solo ou de prédios inacabados, a fim de promover o almejado bem-estar social.*”¹²¹

Conforme já salientando, na Favela Rio das Pedras, Rio de Janeiro, pesquisa de campo¹²², para alicerçar tese de doutorado, constatou-se que existe um mercado imobiliário especificadamente voltado para conceder acesso à moradia (direito social cidadão legislado); que as moradias verticais, construídas sobre lajes, trazem uma consciência de moradia específica, principalmente do ponto de vista mercadológico; que há diferenças entre moradores que habitam sobre lajes e moradores da superfície, configurando estilos de vida e de comportamentos que expressam modos de ser e de viver distintos, como se a hierarquia de espaços interferisse na posição social do morador na comunidade.

A pesquisa aponta, ainda, que “*O crescimento vertical se socializou dentro do*

¹²¹ LOMEU, Leandro Soares. O reconhecimento do direito de superfície no Estatuto da Cidade e no Direito Civil. *Jurisprudência Mineira*, Belo Horizonte, 61, nº 193, p. 23-55, abr/jan,2010.

¹²² Pesquisa de campo para a tese de Doutorado da Professora CLÁUDIA FRANCO CORREA, Ob., cit.,

O Direito de Superfície, o “Direito de Laje” e o reflexo no Direito Urbanístico

contexto da própria favela apoiado no “direito de laje”. Tal “direito” é aceito na comunidade, e se atualiza de diversas formas. A mais comum se dá quando um morador primitivo vende à outra pessoa o “direito” de construir moradia sobre a laje de sua casa. Esse “direito” é admitido entre as partes, mesmo quando o “contrato” ocorre em situações especiais, como a do futuro morador primitivo do terreno de superfície, vender sua “laje”, sem ter construído sua casa, ou seja, sem a “laje” estar feita.” e que, na ausência do Estado para ditar o direito e dirimir os conflitos de interesses, na Favela Rio das Pedras “...a administração das demandas resultantes de tipos de moradia é feita pela Associação de Moradores, onde ocorre o registro de seus nomes, endereços e das “propriedades” que possuem. Na medida em que as aquisições imobiliárias são registradas, constituem “propriedades” de seus “donos”. No modelo estatal, quando o registro oficial da escritura de compra e venda é levado ao Registro Geral de Imóveis (RGI), configura a aquisição do direito de propriedade e sua consequência transferência. De maneira análoga, em Rio das Pedras existe uma espécie de “cartório” que faz o registro dos contratos de compra e venda de terrenos de superfície e de lajes”. Apurou, ainda, que além de registradora do “direito de laje”, a Associação de Moradores assume ainda, o papel de judicializador nos conflitos que decorrem dessas aquisições.

Outro aspecto importante para se admitir o “direito de laje”, como uma variante da sobrelevação do direito de superfície, está relacionado com o direito de família, com a possibilidade de adoção de soluções mais seguras para os cônjuges e filhos, já que “...são vulgares os casos em que pela existência de um único bem imóvel, a partilha na separação judicial implica na divisão deste para que um dos (ex) cônjuges construa sobre a laje, enquanto o outro retém para si a construção já erguida, hipótese que poderia estar abrigada pelo instituto (um direito real), criando ambiente muito mais protegido aos mútuos interesses, inclusive da prole (quando existente).¹²³

Por fim, força concluir, como o faz **RODRIGO MAZZEI**, que o direito de superfície se utiliza do conceito volumétrico da propriedade, não estando limitado, assim, ao plano horizontal do imóvel, o que viabiliza a concessão do direito de superfície no plano vertical e, como tal, possível a sobrelevação que, em síntese, seria o exercício do direito de superfície tendo como base a construção alheia, cujo reconhecimento é de “...absoluta importância para a regularização de uma situação social pulsante, qual seja, o “direito de

¹²³

MAZZEI, Rodrigo. Ob., cit., p. 255

laje”, já que não existe no sistema um instrumento tão adequado para ajustar tal relação entre os respectivos “proprietários” do solo e dos implantes, muitas vezes pessoas diferentes”¹²⁴.

7 – O “DIREITO DE LAJE” VERSUS O REFLEXO NO DIREITO URBANÍSTICO

Depois de tudo que foi exposto, principalmente sobre a formação de aglomerados e favelas, sem atendimento as regras do Direito do Urbanismo, resta a análise, mesmo que superficial, do reflexo do “direito de laje” em face da urbanização das regiões metropolitanas, principalmente, como já asseverado, que a Constituição Federal exige a aprovação, pela Câmara Municipal, do Plano Diretor nas cidades com mais de vinte mil habitantes.¹²⁵

Público e notório que há, efetivamente, uma demanda reprimida a exigir do poder público uma solução que, de um lado, atenda aos interesses das “partes interessadas”, mas, doutro, que não afete o direito da coletividade, o qual, pelo visto, infelizmente, não recebe o tratamento adequado, tanto pela legislação federal, quanto estadual e municipal, já que as edificações nas favelas, na atual modalidade do “direito de laje” continuam marginalizadas.

A Professora **FERNANDA PAULA OLIVEIRA** quando leciona sobre o **urbanismo de segregação** em confronto com um **urbanismo de coesão social** (planeamento urbanístico e sustentabilidade social), defende um planeamento sustentável, para um desenvolvimento sustentável, nas suas várias dimensões – econômica, ambiental e social – pontuando que a *dimensão social da sustentabilidade* está reclamando particular atenção em razão da *segregação espacial urbana*, como uma das formas de *segregação e exclusão sociais*.

Afirma a renomada professora lusitana que

“..A segregação espacial surge, precisamente, como a marca territorial de exclusão e de injustiça social, que pode, na sua vertente mais radical, dar origem à constituição de guetos, os quais se apresentam como fontes de instabilidade social,

¹²⁴ MAZZEI, Rodrigo. Direito de Superfície. Editora JusPRODIVM, p. 375

¹²⁵ Para as cidades que não possuem plano diretor, as Constituições estaduais, em regra, estabelecem aos Municípios o dever de elaborar diretrizes gerais de ocupação do território, através de leis que garantam as funções sociais da cidade e da propriedade. Comentários à Constituição do Brasil. Op., cit., p. 1865.

O Direito de Superfície, o “Direito de Laje” e o reflexo no Direito Urbanístico

marginalidade, violência e delinquência, agravados quando associados a fenômenos de imigração e de segregação por classe ou por etnia. A crescente segregação espacial urbana surge num contexto de maior desigualdade social, tornando premente a procura de instrumentos que a permitam combater.

*É a este propósito que se afirma a necessidade de o planeamento territorial em geral e o planeamento das cidades em particular se apresentarem como procedimentos de combate à segregação espacial urbana. Os fenômenos de 'explosão social' a que assistimos há uns anos em França e aquele que ocorreu no verão de 2011 em Inglaterra são, em parte, consequências desta segregação que se pretende combater”.*¹²⁶

Como visto, as favelas brasileiras preenchem ditos requisitos, já que a maioria é oriunda da “explosão do êxodo rural”, com segregação urbana e social, formando autênticos “*guetos*”, com as indispensáveis adaptações ao estilo, já que os “...*guetos correspondem ao fenômeno urbano que consiste numa concentração de populações desfavorecidas em territórios circunscritos caracterizados por uma degradação física e social, ao contrário de outros espaços urbanos ricos ou menos estigmatizados*”.

Surge, porém, na atualidade, uma outra forma de segregação social ditada muitas vezes por razões de segurança, que se traduz na formação de gated communities ou “condomínios fechados”, que para alguns correspondem a verdadeiros 'guetos dos ricos' por contradição aos tradicionais gueto (dos pobres)”.

Infelizmente esta é uma triste realidade das capitais brasileiras: de um lado favelas e do outro bairros nobres e condomínios fechados, que disputam os mesmos espaços, entretanto, as políticas públicas de urbanização tendem para os últimos, quando, para fins de inclusão e redução da desigualdade social, deveriam prestigiar as primeiras, ou seja: as favelas ou guetos, urbanizando-as e dotando-as de instrumentos jurídicos para defesa dos direitos dos proprietários e superficiários.

As edificações em áreas nobres normalmente não sofrem as consequências da instabilidade da aceitação do direito de sobrelevação, como “direito de laje”, já que tais obras já são planeadas conforme as leis de ocupação do solo urbano¹²⁷, enquanto que, nas

¹²⁶ OLIVEIRA, Fernanda Paula. Ob., cit., p. 135-136.

¹²⁷ Cita-se, como exemplo, o contrato que envolve o Clube Atlético Mineiro e a empresa Multiplan S/A (Consórcio MTS/IBR) que culminou com a construção do **Shopping Diamond Mall**, o qual possui vários andares, com muito luxo e sofisticação. Confira-se pelas fotos em

favelas e aglomerados, onde impera o “improvisado” ou, ainda, o famoso “jeitinho brasileiro”¹²⁸, as edificações, em lajes, são realizadas à margem da fiscalização municipal e da própria legislação em vigor.

Cabe ao final, ao Poder Judiciário buscar soluções para as questões que deveriam ter sido, com a devida presteza e competência, resolvidas pelos poderes Executivo e Legislativo, já que, como todos sabem, compete ao legislativo a elaboração da legislação, ao executivo sua execução e ao Poder Judiciário velar pelo cumprimento da legislação em vigor, não ao estilo *dura lex sed lex*, mas sopesando os princípios constitucionais que, de um lado, garantem o direito de propriedade e, de outro, exigem a aplicação do princípio da função social da propriedade e do respeito à moradia digna, como direitos fundamentais.

8 – ASPECTOS DA JURISPRUDÊNCIA

Dentre várias decisões, foram escolhidas apenas algumas, as quais denotam que o direito de superfície ainda suscita dúvidas na sua aplicação pelos Tribunais, a saber:

I) Tribunais das Relações de Évora e do Porto (Portugal)

O TRE¹²⁹, Portugal, apreciando intrincada questão envolvendo a (im)possibilidade

<https://www.google.com.br/search?q=shopping+Diamond+Mall&source=lnms&tbm=isch&sa=X&ei=BoAYU8 PKNKEkQfQ0oGoCg&ved=0CAgQ AUoAg&biw=1440&bih=805>. Acessado em 06.03.2014.

¹²⁸ 2. *Regionalismo: Brasil. Uso: informal. Maneira hábil, esperta, astuciosa de conseguir algo, esp. algo que à maioria das pessoas se afigura como particularmente difícil; jeitinho brasileiro. Ex.: pode deixar que na hora H aparece um amigo e dá um j.* Disponível em <http://dicionariotj.intra.tjmg.gov.br/cgi-bin/houaissnetb.dll/frame>. Acessado em 27.04.2014.

¹²⁹ EMENTA “I – O direito de **superfície** consiste na faculdade do seu titular construir ou manter obra construída em terreno alheio, perpétua ou temporariamente, ficando com o domínio exclusivo sobre essa obra.
II – Este direito sobre a obra pode ser transmitido ou onerado pelo superficiário sem consentimento do fundeíro.

III – Pelo mesmo título pode ser constituído mais do que uma modalidade de direito de **superfície**.

IV – O artigo 291º do Código Civil é aplicável às nulidades substantivas e o artigo 17º, nº 2 do Código do Registo Predial às nulidades consagradas no artigo 16º deste último.

V – Requisito essencial para a aplicação tanto do artigo 17º, nº 2 do C.R.P. como do artigo 291º do Código Civil, é a existência de dois negócios sucessivos, sendo o primeiro nulo ou anulável.

VI – Terceiro de boa fé é aquele que adquire a coisa posteriormente, sem ter tido intervenção no negócio nulo ou anulável (translativo ou unilateral), que o antecedeu. (Acórdão nº 1.206/06, 25/01/2007, Rel. SILVA RATO, disponível no site do TRE - Tribunal da Relação de Évora. Acessado em 24.04.2014)

do fundeiro proceder a desanexação de parcela do solo que foi objeto de concessão pelo direito de superfície, reconheceu que uma vez constituído o direito de superfície, o direito de propriedade que incidia sobre a plena propriedade fica restringido ao direito de propriedade sobre o solo, ou seja ao *dominus soli*.

Desta forma, o Egrégio Tribunal asseverou que o domínio de tudo que extravasar a propriedade do solo, deixará, **durante o período de vigência do direito de superfície**, de pertencer ao anterior proprietário e que durante tal lapso de tempo (de vigência da concessão) o proprietário atua como mero fundeiro, já que o domínio passa a ser de exclusividade do superficiário, concluindo, com pertinência, que o fundeiro não pode dispor desse direito.

Deu ao instituto a melhor interpretação, já que o fundeiro, ao alienar a parcela desanexada, que fazia parte do contrato de concessão, carecia de legitimidade substantiva para pratica de tal ato.

O TRP¹³⁰, por sua vez, admitiu que a concessão sob os auspícios do direito de superfície envolve tanto o direito de construir quanto o direito sobre a construção existente no solo alheio, firmando entendimento que são situações diferentes, mas harmônicas.

Reafirmou que o direito de construir ou de plantar em terreno alheio é uma concessão «*aedificandum*» ou «*adplantandum*», feita pelo proprietário do solo, qual seja: uma autorização que se dá a outrem para construir. Em sentido diverso, mas harmônico, o direito sobre construção já existente não é uma concessão para edificar, mas sim um direito sobre uma construção já feita.

Neste caso, a concessão do direito de superfície pode envolver as construções já existentes no solo, a possibilidade do superficiário de edificar ou plantar no terreno dado em concessão e, por fim, ao direito de sobrelevação, que consiste em construir ou edificar sobre prédio já existente, de propriedade do dono do solo, que poderá ser ou não objeto da concessão.

II) Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹³¹

¹³⁰ Processo: 0633760 Nº Convencional: JTRP00039393 Rel: GONÇALO SILVANO Data do Acordão: 05/07/2006. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/08965e03f3a1af91802571ae0030dcc4?OpenDocument>. Acessado em 06.03.2014.

¹³¹ Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS. DÚVIDA. DIREITO REAL DE SUPERFÍCIE. REGISTRO

O TJRS analisando **DÚVIDA REGISTRAL**¹³² suscitada pelo Oficial do Cartório de Registro de Imóveis sobre a (im)possibilidade de transcrição de Escritura Pública de transmissão do direito de construção em imóvel alheio, concluiu legal a exigência de prévia constituição do direito de superfície para o registro do domínio da construção e, conseqüentemente, da possibilidade de transferência para terceiro.

O Relator fundamentou a manutenção das exigências cartorárias, reconhecendo que os “...*Princípios Registros da Continuidade e Disponibilidade, para que se possa registrar um direito real, no caso a instituição de usufruto e venda da nua-propriedade, mister se faz primeiramente a constituição deste direito real sobre o imóvel, o que não é possível alcançar por meio de averbação (AV-2-8223), é necessário portanto o registro do Direito de Superfície consoante os requisitos do art. 1.369 do NCC, estampados na escritura Pública nº 33.112/30, não sem antes aditá-la para incluir o prazo do direito de superfície cedido, e mencionar o recolhimento dos impostos devidos ao fisco*”. destaquei.

Por tais razões, o Egrégio Tribunal vislumbrou pertinentes as exigências postas pelo Oficial Registrador para realização do ato cartorário.

III) Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Sobre a legalidade da exigência do prévio recolhimento dos impostos devidos na transmissão do direito de superfície, como pontuado no acórdão supra transcrito, do Tribunal Gaúcho, o TJSP¹³³, também reconheceu que

“...com o advento do novo Código Civil, o direito real de superfície que figura no rol exaustivo do art. 1225 (inciso II) é fato gerador do ITBI.

DE DOAÇÃO COM RESERVA DE USUFRUTO. Constituição preliminar de direito real sobre o imóvel. Necessidade. Apelação improvida. (AC Nº 70024248916, Rel. Pedro Luiz Rodrigues Bossle, DJ: 29/09/2008. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em 06.03.2014.

¹³² Nos termos do Art. 198 da Lei 6.015/73, havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indica-la-á por escrito. Não se conformando o apresentante com a exigência do oficial, ou não a podendo satisfazer, será o título, a seu requerimento e com a declaração de dúvida, remetido ao juízo competente para dirimi-la. Portanto, a dúvida registral é um procedimento previsto na legislação que viabiliza o referendamento e/ou o questionamento do cumprimento das exigências impostas pelo Oficial do Cartório para realização do ato. A dúvida é direta, quando apresentada pelo próprio Oficial e/ou inversa, quando apresentada pela parte interessada.

¹³³ **EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – Alegação de violação de direito líquido e certo em razão da não incidência do tributo – Inocorrência – Fato gerador do imposto que se consubstancia no registro imobiliário do título aquisitivo do direito, tendo por base de cálculo o valor da transação. Incorreção não configurada – Inteligência do estatuído no artigo 38 do CTN e arts. 7º e 8º da Lei Municipal 11.154/91. Sentença que denegou a ordem mantida – Recurso improvido.** (ACível nº 0186585-25.2007.8.26.0000, Relator Des. Rezende Silveira. DJ: 05/07/2012, disponível no site oficial. <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6054859&v1Captcha=UmFPe>)

O Direito de Superfície, o “Direito de Laje” e o reflexo no Direito Urbanístico

Previsto no ordenamento jurídico como direito real, passou então a figurar dentre aqueles atos onerosos, a qualquer título transmissível por ato “inter vivos”, para possibilitar ao superficiário o exercício e gozo de vários direitos sobre a propriedade alheia, tais como o direito de construir ou plantar, assumindo então a responsabilidade por encargos e tributos.

*Tal direito já havia sido previsto no Estatuto da Cidade. Com isso, a Lei Municipal 11.154/91 e as demais que a ela se seguiram, já contemplavam a hipótese para fins de recolhimento do ITBI, prevendo o art. 3º como fato gerador “**todos os demais atos onerosos translativos de imóveis, por natureza ou acessão física e de direitos reais sobre imóveis**”.*

Saliente-se, ainda, que o **TJSP** também já assentou que somente após o advento do Direito de Superfície no nosso ordenamento é que tal possibilidade passou a existir, ou seja: a concretização de hipótese de que o proprietário do solo seja pessoa diversa do proprietário da construção só retornou para o ordenamento jurídico brasileiro com o advento do Estatuto da Cidade e do Código Civil de 2002, anotando o Relator:

“2. A impugnação não acolhe, pelo singelo motivo de que em nada afeta o direito real, muito menos o desejo de se consertar os registros imperfeitos. A alienação dos prédios foi feita antes do advento do novo Código Civil. Evidente, portanto, que as construções existentes constituíam acessões, vale dizer, modo originário de aquisição da propriedade imóvel, pelo qual o dono do solo fica pertencendo o que nele acede e não pode ser retirado sem fratura. Até o advento do Código Civil, não havia como seccionar a propriedade do solo da propriedade das construções que sobre ele se erguem. Tal situação somente se tornou possível com a criação do direito de superfície (arts. 1.369 e seguintes CC), figura que suspende o princípio da cessão e permite a criação de direito real temporário de alguém ser dono das construções ou plantações em terreno alheio.”¹³⁴. destaquei

Neste contexto, força reconhecer que o direito de superfície só voltou a ser

¹³⁴ REZENDE, Elcio Nacur. Direito de Superfície. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2010. p. 173-174. “REGISTRO DE IMÓVEIS – Retificação de área – Possibilidade de cumulação dos pedidos de retificação e unificação de matrículas – Impugnação rejeitada – Negócio jurídico, anterior ao Código Civil, que convencionou que as acessões pertencem ao alienante, produz efeitos meramente obrigacionais e não configuram condomínio – Inexistência de questão de alta indagação que impeça a retificação do registro – Retificação deferida – Recurso improvido. (TJSP. Agravo de Instrumento 62390352. Rel. Des. Francisco Loureiro)

admitido após as alterações legislativas (Estatuto da Cidade e NCC) e ainda que os interessados deverão recolher os impostos relativos a transmissão *inter vivos* para constituição do direito de superfície.

IV) Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

O TJMG, por sua vez, enfrentou a questão envolvendo a (im)possibilidade de reconhecimento da prescrição aquisitiva (usucapião) das construções erguidas em terreno alheio, concluindo que o pedido seria juridicamente impossível, extinguindo, *ex officio*, o processo, ao fundamento “...que a expressão “domínio do imóvel” refere-se à evidência, ao imóvel considerando-se o terreno e as edificações nele constantes...” , mas, considerando que o bem usucapido prescrevem os acessórios e que um dos efeitos da prescrição aquisitiva também é a passagem do acessório junto com o principal - *accessorium sequitur suum principale*, sem a aquisição da coisa principal não se pode adquirir a acessória.¹³⁵

Concluiu, assim, o Egrégio TJMG que resta obstado o reconhecimento da possibilidade da parte autora usucapir apenas a construção, desvinculada do solo, gerando o reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido.

Neste ponto, insta salientar, novamente, que a doutrina não é unânime. Uma parte defende a possibilidade da aquisição do direito pela prescrição aquisitiva, ou seja: através do instituto da usucapião e, outra, que foi acolhida pelo voto, que há impossibilidade jurídica do pedido.

9. CONCLUSÃO

Por tudo que foi visto, apesar do direito de superfície já estar positivado há mais de 200 anos e ser utilizado em vários países, em especial em Portugal desde 1966, com a previsão da variante de sobrelevação, o instituto só recentemente retornou para o âmbito da

¹³⁵ EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE USUCAPIÃO. REQUERIMENTO RELATIVO APENAS À CONSTRUÇÃO. ACESSÓRIO E PRINCIPAL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. AÇÃO DE DESPEJO. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. Não há como reconhecer a possibilidade de se usucapir apenas casa edificada em terreno alheio, tendo em vista que, além de tal pretensão não encontrar suporte no ordenamento jurídico, sem a aquisição da coisa principal não se pode adquirir a acessória. Consoante disposto no art. 515, §1º, do CPC somente devem ser objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal as questões “suscitadas e discutidas no processo”, vedada, destarte, inovação recursal. Levando-se em conta que as matérias erigidas somente em sede recursal não poderão ser analisadas pelo juízo ad quem, sob pena de ofensa ao duplo grau de jurisdição, impõe-se o não conhecimento do recurso. (AC Nº 1.0153.06.052564-6/001. DJ: 02.12.2008). Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br>. Acessado em 06.03.2017.

legislação brasileira e desperta alguma perplexidade na execução diária.

Incontroverso que o direito de superfície é um **direito real autônomo** daquele que resguarda os direitos do proprietário do solo; expropriável e pode ser transmitido ou onerado pelo superficiário sem o consentimento do fundeiro, fundeiro ou concedente; alguns doutrinadores defendem ser usucapível. É, em síntese, **um desdobramento do direito de propriedade** e, como já dito, um **direito real menor**, que deve ser exercido de acordo com os do direito de urbanismo.

O desdobramento do direito de propriedade, em especial quando o objetivo é a edificação, direta ou **sobre edifício alheio, alteando-o ou sobrelevando-o**, implica na utilização do solo, do subsolo e do respectivo espaço aéreo, ou seja o espaço volumétrico acima da superfície do solo, que não se confunde com o espaço aéreo conceituado pela aviação (militar ou civil)¹³⁶, mas sim para fins urbanísticos, qual seja: aquele indispensável para abrigar a construção, horizontal e vertical¹³⁷.

Desde que regularmente pactuado, inexistente restrição para a construção, pelo superficiário, sobre edifício já construído (**alteando-o ou sobrelevando-o**), o qual, conforme anteriormente registrado, numa assertiva desprovida de rigores formalísticos, está sendo denominado de “**direito de laje**”.

Esse “novo direito”, entretanto, está subordinado as regras próprias para a edificação vertical, principalmente quanto a segurança¹³⁸, e tem que atender aos requisitos exigidos pela legislação municipal (**PDM**), já que as regiões metropolitanas estão em **plena e voraz expansão**, com possíveis afrontas ao direito urbanístico. Em Portugal, por exemplo, que já atua há vários anos no sentido de (i) **conter (consolidar)** perímetros urbanos; (ii) **preencher (colmatar) espaços vazios** dentro dos perímetros existentes e (iii) fornecer instrumentos adequados para **reforçar e revitalizar** os centros das cidades, designadamente os centros históricos¹³⁹, possivelmente a adoção do “direito de laje” não

¹³⁶ a) **Espaço Aéreo Inferior** – que tem como limite inferior o solo ou a área e limite superior o nível de vôo 245 inclusive (FL 245 – flight level 0 que corresponde a 24.500 pés, ou certa de 7.500m), e, b) **Espaço Aéreo Superior** – que tem como limite inferior o FL 245 (exclusive) e limite superior ilimitado.

¹³⁷ O prédio mais alto do mundo é um arranha-céu em Dubai, Emirados Árabes Unidos, com 829,84 m (2.723 pés). Disponível em <http://top10mais.org/top-10-predios-mais-altos-do-mundo/#ixzz2wE38DMbE>. Acessado em 17.03.2014.

¹³⁸ A edificação edilícia, com dois ou mais pavimentos, exige cálculos estruturais diferenciados de uma construção de apenas um pavimento.

¹³⁹ OLIVEIRA, Fernanda Paula. Ob., cit., p. 56.

implicará em transtornos.

Entretanto, as novas políticas públicas de planejamento, para saneamento e equacionamento da utilização do solo urbano, **de um urbanismo de expansão para um urbanismo de reabilitação**¹⁴⁰, deverão observar que o **direito de superfície**, agora, deve ser considerado como instrumento jurídico eficiente para melhoria das condições de moradia da população, principalmente de baixa renda, com a adoção de mecanismos tendentes a integrá-lo ao cotidiano das cidades, em suas favelas e em seus *guetos*.

Como foi visto, tal instituto está em sintonia com a sustentabilidade social e o **Guia de Boas Práticas** para assegurar *igualdade na diversidade* nos procedimentos de planejamento de que nos fala **FERNANDA PAULA OLIVEIRA**¹⁴¹, intitulado de *Diversity and Equality in Planning. A good practice guide*”, os quais (planeamentos) devem:

- I) refletir as necessidades dos diversos grupos da população;
- II) combinar informações e orientações da política nacional com dados locais e a fazer um levantamento de dados relativos aos diversos grupos sociais;
- III) garantir uma participação e, mesmo, uma concertação com diferentes grupos que têm necessidades distintas;
- IV) promover abordagens proativas para chegar a grupos-alvo e obter deles declarações de envolvimento comunitário;
- V) assentar em técnicas de compromisso com os grupos-alvo;
- VI) ponderar as necessidades de grupos sociais com problemas especiais (ciganos e nômadas);
- VII) identificar os recursos;
- VIII) envolver a comunidade nas soluções;
- IX) promover a eliminação de barreiras físicas;
- X) efetuar a avaliação do impacto social das opções tomadas;
- XI) tornar os espaços inclusivos e seguros para todos os estratos sociais e distintos

¹⁴⁰ “De acordo com o artigo 3º do Regime Jurídico da Reabilitação Urbana - RJRU, são objectivos da reabilitação urbana, assegurar a reabilitação dos edifícios que se encontram degradados ou funcionalmente inadequados (alínea a); reabilitar tecidos urbanos degradados ou em degradação (alínea b); modernizar as infraestruturas urbanas (alínea f); e recuperar espaços urbanos funcionalmente obsoletos, promovendo o seu potencial para atrair funções urbanas inovadoras e competitivas (alínea o). Trata-se, como se pode facilmente compreender, de objectivos estritamente urbanísticos (de intervenção urbanística no edificado e no espaço público)”. OLIVEIRA, Fernanda Paula, Ob., cit., p. 79

¹⁴¹ OLIVEIRA, Fernanda Paula. Ob., cit., p. 153.

grupos, incluindo as minorias étnicas, etc.¹⁴²

Neste contexto, força reconhecer que o direito de urbanismo evoluiu e, atualmente, ...”já se fala num urbanismo social, o qual se apresenta como o resultado de uma evolução: de um urbanismo de talento urbano (preocupado, sobretudo, com as infraestruturas, arquitetura e a tecnologia da cidade) e de um urbanismo ecológico (que junta às preocupações precedentes as do património, espaços e estética urbana), as novas realidades obrigam a caminhar em direção **a um urbanismo de desenvolvimento social**, vocacionado para a prevenção e cura dos males sociais de uma civilização urbana. O que obriga à mudança dos paradigmas de que se parte, tanto a nível legislativo como jurisprudencial e doutrinal, reforçando a vertente social da sustentabilidade”¹⁴³ (destaquei.)

Em conclusão: o direito de superfície encontra abrigo na Constituição Federal. O Código Civil e o Estatuto da Cidade guardam obediência ao preceito maior, cabendo, agora, aos Planos Diretores Municipais, em consonância com o Direito Urbanístico, dar concretude ao direito de superfície, em especial, ao direito de sobrelevação, na sua forma até agora informal de “direito de laje”, possibilitando que inúmeros cidadãos realizem o sonho da “casa própria”, não como um “mero fetiche”, mas como o legítimo direito de ser dono do imóvel que construiu e que serve de moradia para si e para a sua família, assegurado como direito fundamental pela Constituição Cidadã de 1988.

¹⁴² Em nota (nota 174), a Professora Fernanda Paula Oliveira, Ob., cit., expõe, ainda, uma preocupação, relacionada ao princípio da solidariedade intergeracional, qual seja: saber como dar cumprimento à participação das gerações futuras no procedimento de planeamento e como promover a representação atual desses interesses.

¹⁴³ OLIVEIRA, Fernanda Paula. Ob., cit., p. 155.

BIBLIOGRAFIA

AMARANTE, Fernanda Machado. O pluralismo jurídico e o direito de laje. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3403, 25 out. 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22888>>. Acesso em: 17 jan. 2014.

ARONE, RICARDO. Comentário ao artigo 184, § 4. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

BELIMOTTE, Giovanna Alves. Direito de Laje. Disponível em <http://www.umdoistres.com.br/artigos/outubro2012/direito.htm>. Acessado em 17.01.2014.

CARBONARI, Sílvia Regina de Assumpção. O direito de superfície sob nova perspectiva. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2458. Acessado em: 17.01.2014.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 10ª Edição, 2004, Editora Del Rey, pág. 239.

CORREA, Cláudia Franco. Direito de Laje: O Direito na Vida e a Vida no Direito. “RIGHT OF FLAGSTONE”. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/05_773.pdf. Acessado em 17.1.2014.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Livro IV. Direito das Coisas. 26ª ed. São Paulo – Saraiva, 2011.

FIUZA, César. Direito Civil: Curso Completo. 16ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte. Del Rey, 2013..

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito das Coisas. Volume 5. 8ª ed. São Paulo, Saraiva, 2013.

GOMES, Orlando. Direitos Reais – 10ª ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1994.

JJ. Gomes Canotilho. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª Edição, 11ª Reimpressão, Almedina.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues, RT 745:375, 701:84, 612:108

LANDIM, Regina Célia Corrêa, Direito de Superfície, Pós. Revista do Programa de Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo da FAUUSP, Dezembro de 2008, http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?pid=S1518-95542009000100013&script=sci_arttext

LEAL, Rogério Gesta. Comentário ao artigo 184, § 4. In: CANOTILHO, J.J. Gomes;

O Direito de Superfície, o “Direito de Laje” e o reflexo no Direito Urbanístico

MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

LIRA, Ricardo César Pereira. O Novo Código Civil, Estatuto da Cidade, Direito de Superfície. Anais do EMERJ – Debate o Novo Código Civil”. Disponível em [wwwhttp://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_2/Anais_Parte_II_revistaemerj_145.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_2/Anais_Parte_II_revistaemerj_145.pdf). Acessado em 17.01.2014.

LIRA, Ricardo César Pereira. O Novo Código Civil, Estatuto da Cidade, Direito de Superfície. Anais do EMERJ Debate Novo Código Civil.

LIRA, Ricardo Pereira. O direito de superfície e o novo Código Civil. In Aspectos Controvertidos do novo Código Civil. Editora Revista dos Tribunais. 2003.

MAZZEI, Rodrigo. O Direito de Superfície e a sobrelevação (O Direito de Construir na Edificação Alheia ou 'Direito de Laje'). Revista Forense, Volume 416, Ano 108.

MAZZEI, Rodrigo. Direito de Superfície. Editora JusPODIVM. Salvador, Bahia, 2013.

MELO, Marco Aurélio Bezerra. Novo Código Civil anotado, vol. V. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2002.

NETO, Facchini Eugênio. Comentário ao artigo 184, § 4. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

OLIVEIRA, Fernanda Paula, Novas Tendências do Direito do Urbanismo, Almedina, 2012, 2ª Edição.

PINTO, Carlos Alberto da Mota, Revista de Direito e de Estudos Sociais, Publicação Trimestral, Ano XXI, 1974, Atlântida Editora, Coimbra.

PONTES DE MIRANDA, Comentários à Constituição de 1967. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1968, t. VI, p. 46.47.

PRATA, Ana, Dicionário Jurídico, Volume I, pg. 523, 5ª Edição, Janeiro/2008, Almedina, 3ª Reimpressão.

REZENDE, Élcio Nacur. Direito de Superfície. Del Rey, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Coisas. 5ª ed., 2011, revista e atualizada. Editora Forense.

R.G. Renard, *L'Église et la Question Sociale*, p. 137 et seq., em citação de LIMA, Mariton Silva, Artigo “ O direito de Propriedade”, agosto/2006, disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9342/direito-de-propriedade#ixzz2BeQfTzGo>

SABOYA, 2007, p. 39. Disponível em: <http://urbanidades.arq.br/2008/06/o-que-e-plano-diretor/>

O Direito de Superfície, o “Direito de Laje” e o reflexo no Direito Urbanístico

Acessado em 06.03.2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 184, § 4. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. O Direito de Superfície. 1ª edição. São Paulo, IRIB, 2012.

Sites

<http://herbinsnoghoj.wordpress.com/book-summarys-reviews/the-insidious-and-exclusionary-globalization-the-inability-to-organize-responses-at-a-local-level/>. Acessado em 05.03.2014.

<http://tv.globo.com/programas/video-show/O-Programa/noticia/2012/11/bruna-marquezine-mostra-corpao-no-concurso-garota-da-laje.html>

https://www.google.com.br/search?q=shopping+Diamond+Mall&source=lnms&tbn=isch&sa=X&ei=BoAYU8_PKNKEkQfQ0oGoCg&ved=0CAgQ_AUoAg&biw=1440&bih=805. Acessado em 06.03.2014.

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/08965e03f3a1af91802571ae0030dcc4?OpenDocument>. Acessado em 06.03.2014.

http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=registro+de+im%F3veis.+direito+real+de+superf%EDcie&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q= Acessado em 06.03.2014.

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6054859&v1Captcha=UmFPe>

<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0153.06.052564-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acessado em 06.03.2017.

<http://top10mais.org/top-10-predios-mais-altos-do-mundo/#ixzz2wE38DMbE>. Acessado em 17.03.2014.

<http://dicionariotj.intra.tjmg.gov.br/cgi-bin/houaissnetb.dll/frame>. Acessado em 27.04.2014

<http://dicionariotj.intra.tjmg.gov.br/aurelio/>. Acessado em 27.04.2014