

LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO

**DIREITO
DAS COISAS**

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

valor das respectivas frações ideais. No caso de co-enfiteuse existe a possibilidade de divisão do emprazamento em tantas glebas quantas forem os enfiteutas, constituindo cada uma delas objeto de enfiteuse distinto.

No caso de abandono do imóvel por parte do enfiteuta a favor do senhorio direito, os credores daquele poderão se opor. Neste caso, prestam caução pelas pensões futuras, até que sejam pagos de suas dívidas.

125.2 Extinção

A extinção de enfiteuse se dá pela deterioração do prédio aforado, desde que esta seja natural e implique o fato de o bem não valer mais que o foro e um quinto deste, pelo comisso e pela morte do enfiteuta sem herdeiros, caso em que se preservam, entretanto, o direito dos credores. O comisso consiste na perda da enfiteuse pelo descumprimento da relação jurídica real consistente no pagamento das dívidas de foro por três anos consecutivos. Neste caso, assiste ao foreiro o direito de indenização pelas benfeitorias necessárias.

Após dez anos de constituição da enfiteuse, existe o direito de resgate do bem, mediante o pagamento de um laudêmio mas dez pensões anuais pelo foreiro, que assim adquire a propriedade plena, extinguindo-se a enfiteuse pela consolidação.

Na hipótese de se instituir subenfiteuse, esta se regerá pelas mesmas disposições da enfiteuse, sendo as demais, notadamente as sobre terreno de marinha e acrescidos regidas por lei especial.

126. Superfície

Em substituição ao regime de ocupação útil dos fundos imobiliários previsto no CC/1916, pela abolição da enfiteuse e a proibição, nos termos das normas de direito comum, de constituição de novas enfiteuses e subenfiteuses (CC 2.038 caput), foi disciplinado pelo CC o direito de superfície, que já houvera sido reintroduzido no ordenamento jurídico pelo ECid. O direito de superfície é direito real (CC 1.225 II) que pode ser constituído apenas sobre bens imóveis e que objetiva dissociar a utilização do terreno da sua titularidade jurídica formal.

Além disso, como aponta seu próprio nome, ordinariamente, refere-se à concessão do direito de utilização do solo, sem incluir necessariamente o subsolo e espaço aéreo. Desta forma, acaba por ser, principalmente, um instrumento de natureza jurídica para facilitar a efetiva e atual utilização de terrenos para fins de atividade ou moradia, à vista de implementar as diretrizes fundamentais de função social da propriedade. Não sem razão o ECid 4.º VI, o elenca entre os institutos jurídicos e políticos de que o microssistema urbanístico se pode valer para implementar os fins da lei.

A coexistência de dois tipos de direito de superfície, um regulado pelo ECid e outro pelo CC, entretanto, não implica revogação de nenhum deles, nem tampouco

derrogação. As duas modalidades de direito real convivem, uma especial, outra geral, de direito comum, recebendo influências recíprocas das leis instituidoras, dentro da proposta de diálogo das fontes de direito.

126.1 *Conceito e regime jurídico fundamental*

O direito de superfície é um direito real sobre coisa alheia, distinto e separado da propriedade imobiliária, cuja constituição se dá por registro do ato próprio no Cartório de Registro de Imóveis competente e extinção mediante averbação na matrícula imobiliária (LRP 167 I 39 e 167 II 20). Seu conteúdo consiste na faculdade de uso, no poder de fruição, no poder de disposição e na pretensão de seqüela, orientados preferencialmente à estrutura do solo fundiário, seja ele urbano, seja rural, embora possa ser prevista, conforme a modalidade de superfície ou o contrato de constituição, utilização ampla do subsolo e espaço aéreo. Sua finalidade é outorgar ao beneficiário, superficiário, o direito de plantar, construir ou de alguma forma ocupar a dimensão física externa e imediata do imóvel, de modo limitado contratualmente.

126.1.1 *O direito de superfície do CC e o direito de superfície do ECid*

Existem duas espécies normativas de direito de superfície, de modo que se pode até mesmo falar em dois direitos reais de superfície distintos, embora com regime jurídico complementar. O ECid (L 10.257/2001) instituiu pela primeira vez esta modalidade de direito real no ordenamento jurídico brasileiro, desde sua abolição, que ocorrera com a entrada em vigor do CC/1916. O CC introduziu esta modalidade de direito real no direito comum logo a seguir à propriedade.

Os dois direitos de superfície apresentam matizes de regime jurídico. O modelo do CC, por exemplo, exige tempo determinado, não sendo possível, em linha de princípio, constituição de direito de superfície segundo o CC 1.369 caput por tempo indeterminado sob pena de nulidade do contrato. Já o ECid 21 autoriza a constituição de direito de superfície por tempo determinado ou indeterminado, indistintamente.

Há outras diferenças, como o fato de o direito de superfície do CC prever, em princípio, a não possibilidade de utilização do subsolo, salvo disposição em contrário, ao passo que o direito de superfície do ECid abrange, em princípio, o direito de utilizar o subsolo. Entretanto, é necessário prever que, se a estatuição de conseqüências jurídicas diversas para os dois institutos é clara, existe à vista de que existem supostos fáticos de constituição igualmente distintos.

O direito de superfície do ECid surge como instrumento de política urbana, até mesmo porque a referida lei vem regulamentar os CF 182-183. Portanto, obviamente, pressupõe que o solo, no qual se vai instituir o direito de superfície seja urbano, sob pena de nulidade do contrato, que, entretanto, se obedecer aos pressupostos do CC 170, poderá ser convertido em contrato de superfície a reger-se pelo CC. Já o direito de superfície previsto no CC 1.369 e ss. pode ser instituído quer para imóveis urbanos, quer para imóveis rurais. A qualificação imobiliária deve processar-se de acordo com os critérios fixados no Capítulo IV.

Assim, convivem no sistema de direito positivo o direito de superfície do ECid, para imóveis urbanos no contexto do microsistema de direito urbanístico por ele regido e o direito de superfície de *ius commune*, para a generalidade das hipóteses imobiliárias, com regimes distintos, embora parcialmente complementares. Neste sentido, pronunciou-se a I Jornada de Direito Civil do STJ, formulando o enunciado 93: "As normas previstas no Código Civil sobre direito de superfície não revogam as relativas a direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano".

126.1.2 Elementos de caracterização

Caracteriza-se essencialmente o direito de superfície pela presença, no patrimônio de seu titular, de prerrogativas orientadas ao aproveitamento do bem, sendo estas não totais, à vista de efetivamente ocupar o solo. No sistema do CC o direito de superfície só abrangerá posições jurídicas no que diga respeito ao subsolo se isto for inerente ao objeto da concessão. Por exemplo, tratando-se de concessão de superfície para construção de edifício, via de regra, compreende-se o direito de usar o subsolo (CC 1.369 parágrafo único). Esta matéria, quando suscitar dúvida, é campo de fértil atividade de interpretação.

Nos termos do CC 1.369 *caput*, o direito define-se pela finalidade do ato a ser praticado no terreno alheio: outorga-se a superfície para plantar ou construir ali. Daí a relevância, para o estudo do direito de superfície e do seu regime de direitos e deveres, cuja causa de constituição ordinária é contratual, embora não haja problemas para a sua constituição mediante testamento, especialmente preservada a forma pública, do estudo da causa final, ou seja, do fim prático típico, que rege a relação obrigacional.

O ECid não menciona o elemento caracterizador ao tratar do direito de superfície, apenas referindo que pode abranger o solo, subsolo e espaço aéreo, indistintamente, conforme as disposições previstas no contrato.

126.1.3 Forma de constituição

O direito de superfície como direito real sobre imóvel, para ser criado, efetivamente depende de registro imobiliário (CC 1.227). Entretanto, o título registral a ser levado à matrícula, deverá ser, ordinariamente, contrato lavrado em notas de tabelião que respeite os requisitos da escritura pública. Isto ocorre independentemente do valor do imóvel, por conta de expressa disposição neste sentido do CC 1.369 *caput* e ECid 21 *caput*.

Como escritura é forma de negócio jurídico, o título escriturado poderá ser testamento, o qual pode atribuir o direito sob forma de legado, doação, compra e venda, dação em pagamento, ou mesmo dote. O importante é que se faça em escritura pública, a qual respeite, no seu clausulado, as normas cogentes previstas pelo direito positivo.

126.1.4 *Espécies quanto à onerosidade*

O direito de superfície, do ponto de vista de sua instituição, pode ensejar ato gratuito ou oneroso, conforme a declaração dos outorgantes e outorgados, em cada espécie de negócio, unilateral ou bilateral. Assim, pode haver doação de direito de superfície, na que se institui gratuitamente o referido direito real.

Nas hipóteses em que se pactar que a constituição será feita de modo oneroso, pode-se igualmente dispor a forma de pagamento devida. Esta poderá ser à vista, ou em parcelas, sendo a execução da prestação instantânea ou diferida, portanto.

126.1.5 *Tempo de duração e transferência*

O direito de superfície, se instituído de acordo com a disciplina do direito comum, necessita, obrigatoriamente, ser por tempo determinado. Ou seja, deve haver lapso de duração, não podendo ser instituído por tempo indeterminado. A forma de determinar o tempo de duração, ordinariamente, será a aposição de termo-final.

Já o direito de superfície instituído de acordo com o modelo do ECid 21 *caput*, poderá ser instituído por tempo determinado ou indeterminado, conforme a disposição das partes contratantes.

Em ambos os sistemas, o direito de superfície é transmissível, quer mediante alienação, quer através de sucessão. A alienação da superfície a terceiros poderá ser gratuita ou onerosa, e independe de autorização, desde que preservado o direito de preferência, o que comprova sua autonomia como situação jurídica real. O CC 1.372 parágrafo único é claro ao vedar a cobrança de pagamentos ao proprietário que tenham por fato gerador a transferência. Este é um elemento central a diferenciar a superfície da enfiteuse, que enseja o pagamento do laudêmio.

126.2 *Relações jurídicas reais decorrentes*

O registro da escritura de instituição de direito real de superfície faz surgir, entre o proprietário e o superficiário uma relação jurídica de natureza real. Até o momento do registro, seus direitos e deveres são puramente obrigacionais, exceto aqueles referentes a eventual indenização por benfeitorias, que tem efeito real. Esta relação gera direitos e deveres recíprocos entre superficiário e proprietário, os quais distribuem responsabilidades e benefícios em face da coisa, quer entre si, quer perante a coletividade e o Estado.

126.2.1 *Instituição*

A instituição da relação jurídica real se dá quando do registro do título no Cartório de Registro de Imóveis competente, cujos efeitos retroagem à data da prenotação. Caso o direito de superfície tenha por título de instituição testamento, os efeitos da relação jurídica real retroagem à data da abertura da sucessão, por força do princípio da *saisine* (CC 1.784), segundo o qual a transferência de posições jurídicas *mortis causa* processa-se imediatamente.

126.2.2 *Direitos e deveres do superficiário*

O superficiário tem o direito de usar o imóvel, nos termos do contrato. No caso da superfície comum, não tem, em linha de princípio, direito de utilizar o subsolo. Na superfície do ECid, o superficiário tem direito a divisão proporcional das despesas sobre o imóvel, como se verá.

O superficiário tem por principal dever previsto em lei arcar com os encargos e tributos incidentes sobre o imóvel. (CC 1.371 e ECid 21 § 3.º). Assim, por força dos dispositivos normativos, a instituição da relação jurídica real entre o proprietário e o superficiário importa a transferência, para este, dos ônus reais e das obrigações *propter rem* de modo geral.

No caso do ECid, a previsão é pormenorizada no sentido de que a transmissão é das dívidas que tenham por razão de ser a própria propriedade superficiária e não o imóvel como um todo, somadas aquelas que, da área total, correspondam à área objeto da concessão. Haveria assim, neste sistema, uma proporcionalidade entre benefícios e despesas, preservando-se parte dos débitos como sendo de responsabilidade do proprietário. Neste preserva-se, entretanto, a possibilidade de pactação convencional em sentido contrário.

Além disso, o superficiário tem o dever de utilizar o imóvel nos termos do instrumento de concessão da superfície, dever que, se descumprido, pode dar ensejo à extinção do direito real. Deve preservar, portanto, a destinação contratual.

Em atos de alienação da propriedade, o superficiário tem direito de preferência na aquisição, em igualdade de condições com terceiros.

126.2.3 *Direitos e deveres do proprietário*

O proprietário tem direito a que o superficiário arque com as despesas e tributos inerentes ao bem. Entretanto, este direito, embora decorrentes de relação real, não é oponível contra todos os terceiros. Assim, o credor poderá eventualmente excutir o patrimônio do proprietário devedor, por débitos de impostos reais, porque o contrato de superfície, ainda que registrado, é inoponível a titulares de créditos relacionados a obrigações *propter rem* e ônus reais. Preserva-se, entretanto, ao proprietário, o direito de regresso contra o superficiário, que poderá propiciar, nos termos do CPC 70 III, denunciação da lide.

Além disso, tem direito a que o superficiário se utilize do imóvel nos termos da concessão, direito este que, violado, enseja o pedido de desconstituição do direito real, mediante denúncia cheia, que pode veicular-me mediante notificação.

O proprietário tem o dever legal, nos termos do ECid 21 § 3.º, de concorrer proporcionalmente com as despesas do imóvel, quando o direito de superfície constituir-se de acordo com o modelo deste diploma legal.

No caso de alienação da superfície, o proprietário tem preferência em igualdade de condições com terceiros, que se exercitada opera a consolidação.

126.2.4 Direito de preferência

A relação jurídica de superfície propicia surgimento, para ambos os sujeitos, proprietário e superficiário, de direito de preferência. O direito de preferência consiste num poder formativo gerador, o qual implica que, havendo alienação de qualquer dos direitos reais objeto da relação (a superfície ou a propriedade), o sujeito titular poderá, exercendo o direito, haver para si o direito alienado, ainda contra a vontade o alienante o contra a vontade e interesse do adquirente, que ordinariamente, não poderá alegar boa-fé, dado o sistema de conhecimento virtual que o registro imobiliário propicia, dando oponibilidade a terceiros do direito de preferência.

O CC não prevê especificamente prazo para exercício da preferência decorrente de existência de superfície, mas, por coerência sistemática, deve-se entender que é o mesmo da compra e venda de imóveis com pacto de preempção, qual seja, de sessenta dias, havendo notificação prévia para exercício do direito potestativo (CC 516), ou não havendo notificação, em analogia com a LI 33, de seis meses da data do registro da alienação.

O direito de preferência, nas relações em que haja superfície, é recíproco, ou seja, quer do proprietário para adquirir a superfície, quer do superficiário para adquirir o domínio.

126.2.5 Desapropriação do imóvel

Nas hipóteses em que o imóvel for desapropriado, o pagamento da indenização por parte do Estado, que se refere ao bem como um todo, segundo expressa disposição do CC 1.376, deverá ser repartido entre superficiário e proprietário, segundo o valor econômico de cada direito. A apuração deste depende de prova material concreta, pois poderá variar muito de caso para caso.

126.3 Extinção do direito de superfície

O direito de superfície pode se extinguir, basicamente, de dois modos próprios, afora os casos de perda da propriedade em geral. Trata-se da hipótese em que o direito subjetivo alcance seu termo de duração e da hipótese em que o superficiário dê ao imóvel destinação diversa da prevista no termo de sua constituição.

126.3.1 Implemento do termo final

Nos contratos de superfície que prevejam termo final, o direito de superfície cessará quando este for extinto, isto é, quando caducar por conta da previsão negocial. Neste caso, o termo é resolutivo e opera como uma determinação inexa a implicar prévia convenção de extinção de efeitos no plano da situação jurídica de direito das coisas.

126.3.2 Descumprimento do dever de dar a destinação pactuada

Outra hipótese importante que implica a caducidade ou extinção do direito de superfície é o descumprimento do dever de dar ao bem a destinação pactuada no con-

trato de superfície. Isto ocorre em diferentes hipóteses, como naquelas em que dado o imóvel para finalidade de moradia exerce-se ali atividade empresarial. A distorção entre o fim da atribuição patrimonial e a atividade efetivamente desempenhada faz com que a lei determine a extinção do direito. É um dos casos em que o descumprimento da causa final implica uma cessação de eficácia da relação jurídica.

126.3.3 Regime da indenização por benfeitorias e acessões

Por conta do CC 1.375, extinta a concessão da superfície, por qualquer de suas causas, não assiste ao superficiário, ordinariamente, qualquer direito de indenização por benfeitorias e acessões. Entretanto, fica preservada a possibilidade de as partes, quando da instituição do direito de superfície ou em ato posterior, pactuarem em sentido contrário.

126.4 Subsidiariedade das normas de superfície do CC

Nada obstante as regras do ECid e do CC serem ligeiramente diversas, o regime do CC é subsidiário ao do ECid. Deste modo, na omissão desta lei, rege-se a situação jurídica pela disciplina que lhe conferir o CC.

127. Servidões

127.1 Conceito e constituição

Sob o nome de servidões designam-se os direitos reais sobre coisa alheia que propiciam algum tipo de utilidade ao proprietário de um prédio em detrimento de uma restrição imposta ao proprietário de outro prédio. São restrições às faculdades de uso e gozo do domínio, podendo ser pessoais, quando recaem sobre um imóvel ou pessoais, quando recaem sobre alguém. O prédio que sofre a servidão denomina-se de prédio serviente, enquanto o prédio a quem a referida situação jurídica beneficia denomina-se de dominante.

Como o direito real de servidão é direito sobre coisa alheia, não é admissível a cobrança de IPTU sobre a área objeto da servidão em desfavor do proprietário do prédio dominante.²

A servidão é indivisível, no sentido de que permanece, ainda quando da divisão do imóvel dominante ou serviente. Deste modo, não pode ser adquirida nem demandada por partes, devendo ser constituída como totalidade. Como afirma o CC 1.386: "As servidões prediais são indivisíveis, e subsistem, no caso de divisão dos imóveis, em benefício de cada uma das porções do prédio dominante, e continuam a gravar cada uma das do prédio serviente, salvo se, por natureza, ou destino, só se aplicarem a certa parte de um ou de outro".

"Continuando a fixar o conceito de servidão, assinala o Código Civil, no citado artigo, que ela determina a perda de um dos direitos dominicais por parte do proprietário do prédio serviente, ou a obrigação de tolerar que desse prédio se utilize o

² Cfr. STJ, REsp. 601.129/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 09.03.2005, v.u., DJU 24.05.2004.