



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAQUEL MAGALHÃES ARAÚJO

A NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE LAJE

Salvador
2018

RAQUEL MAGALHÃES ARAÚJO

A NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE LAJE

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação em Direito,
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia,
como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Orientador: Professor Mestre Emanuel Lins Freire
Vasconcellos

Salvador
2018

RAQUEL MAGALHÃES ARAÚJO

A ADEQUADA NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE LAJE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 02 de Agosto de 2018

BANCA EXAMINADORA

Emanuel Lins Freire Vasconcellos _____
Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Professor da Universidade Federal da Bahia e Universidade Estadual da Bahia

Técio Spínola Gomes _____
Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo
Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia
Professor da Universidade Federal da Bahia

Leandro Reinaldo da Cunha _____
Pós-Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos
Professor da Universidade Federal da Bahia

ARAÚJO, Raquel Magalhães. **A natureza jurídica do Direito de Laje**. 72 fls. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

O presente trabalho dedicou-se a investigar acerca da natureza jurídica do novo direito real de laje. Reconhecida a existência deste direito antes de sua aparição legislativa, em análise ao seu contexto de criação, depreendeu-se que a intenção do legislador fora de conceder formalidade legal a uma situação de fato, embora esta tenha sido impulsionada por uma influência do interesse econômico, principalmente no tocante à especulação imobiliária. Posteriormente, realizou-se a diferenciação entre o novo direito real e outros preexistentes, com os quais guarda forte semelhança, a fim de identificar sua autonomia e categoria jurídica adequada. As investigações foram realizadas tomando como ponto inicial a análise da legislação referente ao direito em destaque, seguida da jurisprudência, para, ao fim, por os olhos sobre os posicionamentos doutrinários. A diferenciação dos direitos reais desembocou na identificação de forte relação entre o direito de laje e a propriedade, cuja análise conceitual permitiu reconhecê-lo como um novo modelo de direito real na coisa própria.

PALAVRAS-CHAVE: direitos reais; direito de laje; natureza jurídica; direito de superfície; propriedade.

ARAÚJO, Raquel Magalhães. **The appropriate legal nature to Right of “Laje”**. 72 pages. Thesis (Graduation) – Law School, Federal University of Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

The present work dedicated to investigation about legal nature of new real right of “laje”. Recognized the existence of this right before its shows up in legislation, in analysis of its creation context, was understood the intention of legislator was give legal formality to a fact situation, though this was been boosted for an influence of economic interest, mostly about the real estate speculation. Posteriorly, was made the differentiation between the new real right of “laje” and others rights preexisting, in which keeps strong resemblance, in order to identify its autonomy and proper legal category. The investigations was been made taking to starting point the analyze of legislation relative the right in featured, following to jurisprudence, at end examine the doctrinal position. The differentiation of real rights has arrived at identification to strong relation between right of “laje” and property, whose conception analyzes allowed to recognized as a new model of real right in own thing.

KEYWORDS: NEW REAL LAW; RIGTH OF “LAJE”; LEGAL NATURE; RIGHT OF SURFACE; PROPERTY.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

cf. - Confira

EM – Exposição de Motivos

EMI - Exposição de Motivos Interministerial

Ibid. - Ibidem

IN - Instrução Normativa

INCRA - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária

loc. cit. - Loco citato

MP – Medida Provisória

PNRA - Programa Nacional de Reforma Agrária

REURB - Regularização Fundiária Urbana

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DO DIREITO DE LAJE: POSITIVAÇÃO, DOUTRINA E MODELOS.....	10
2.1	ORIGEM LEGISLATIVA.....	10
2.1.1	Contexto da criação legislativa.....	11
2.1.2	Análise comparativa entre a Medida Provisória nº 759/16 e a Lei nº 13.465/17, no tocante aos dispositivos referentes ao Direito de Laje.....	16
2.1.2.1	Modificações.....	16
2.1.2.2	Inovações.....	19
2.1.2.3	Supressão.....	21
2.2	CRIAÇÃO DOUTRINÁRIA.....	22
2.3	MODELO JURÍDICO LEGAL VERSUS MODELO DOGMÁTICO.....	26
3	DIREITO DE LAJE NÃO É DIREITO DE SUPERFÍCIE.....	28
3.1	DIREITO DE SUPERFÍCIE.....	28
3.1.1	Noções Iniciais. Conceito.....	28
3.1.2	Regime jurídico: modelo legal.....	30
3.1.3	Modelo jurisprudencial	34
3.1.3.1	Constituição e extinção do direito: exigências formais.....	34
3.1.3.2	Transmissibilidade.....	36
3.1.3.3	Superfície vs. Propriedade, penhora e garantia.....	36
3.1.3.4	Hipóteses de extinção do direito de superfície e seus efeitos.....	38
3.1.4	Modelo doutrinário.....	40
3.1.5	Direito de superfície por sobrelevação.....	44
3.2	DISTINÇÃO ENTRE O DIREITO DE LAJE E O DIREITO DE SUPERFÍCIE.....	46
4	NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE LAJE.....	49
4.1	PROPRIEDADE HORIZONTAL.....	49
4.2	DIREITO DE LAJE E O CONDOMÍNIO EDILÍCIO.....	51
4.3	DIREITO DE LAJE É DIREITO DE PROPRIEDADE?.....	55
4.3.1	Modelo Legal.....	56
4.3.2	Modelo Doutrinário.....	57
4.3.3	Propriedade e direito de laje.....	60
5	CONCLUSÃO.....	64
6	REFERÊNCIAS.....	69

1 INTRODUÇÃO

O novo direito real de laje foi inserido como novidade legislativa no Código Civil de 2002 com a Medida Provisória (MP) n.º 759, em 22 de dezembro de 2016, a qual foi convertida na Lei n.º 13.465, de 11 de julho de 2017. Todavia, engana-se quem afirma que este surgiu somente em 2016. O direito de laje já existia, mesmo que sem aparato estatal, no âmbito das favelas do país, apresentando-se, inclusive, em um alto nível de organização, com um mercado imobiliário específico e regramento próprio, voltados à efetivação do direito a moradia.

O presente estudo questiona qual seria a natureza jurídica do direito de laje, considerando que este carrega semelhanças com outros direitos reais preexistentes. Diante da inovação legislativa, a doutrina diverge em classificá-lo como um desdobramento do direito de superfície; como uma nova modalidade do direito de propriedade; ou como direito real autônomo, consoante o disposto pelo Código Civil. De fato, o instituto fora posto no ordenamento jurídico como direito real na coisa alheia, o que, no entanto, não parece ser a mais adequada categoria jurídica em que este deve se enquadrar, tratando-se, em hipótese inicial, de um direito real na coisa própria.

Dessa forma, este trabalho objetiva realizar um estudo crítico comparativo do direito de laje com outros direitos reais, bem como institutos dos direitos das coisas, a fim de identificar sua natureza jurídica. Para tanto, será adotado o método jurídico-dogmático, utilizando-se de relações normativas e elementos próprios do Direito, sem deixar de lado as relações da vida, ainda que tratadas de forma accidental. Na estruturação do pensamento, pautar-se-á no conceito de modelos, apresentado por Judith Martins-Costa¹, combinado com as premissas da argumentação jurídica trazidas por Nitish Monebhurrn².

Nos ensinamentos de Judith Martins-Costa, os modelos são estruturas normativas que atuam como fontes, os quais podem ser divididos em modelos dogmáticos criados pela doutrina, e modelos jurídicos, que podem ser legislativos, jurisprudenciais, costumeiros ou negociais. A autora afirma que o modelo dogmático tem como função essencial teorizar os modelos jurídicos, buscando acarretar-lhes valor, bem como atualizá-los e aprimorá-los, não podendo ser mera repetidora de lei e jurisprudência.

¹ MARTINS-COSTA, Judith. Apresentação. Autoridade e utilidade da doutrina: A construção dos modelos doutrinários. In: *Modelos de Direito Privado*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

² MONEBHURRUN, Nitish. *Manual de Metodologia Jurídica: técnicas para argumentar em textos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2015

Nitish Monebhurrun instrui que, para que haja uma melhor construção da argumentação jurídica, a ordem de pesquisa das fontes deve ser: primeiro a legislação aplicável, seguido dos costumes, depois princípios e jurisprudência, para ao fim consultar a doutrina. Os paradigmas dialogam em suas lições, no sentido de permitir que o desenvolvimento do pensamento e da pesquisa alcance o resultado final de uma forma crítica e original.

Assim, ao longo deste trabalho, os institutos serão estudados dentro do modelo doutrinário e dos modelos jurídicos legal e jurisprudencial, observando a sequência sugerida por Monebhurrun: analisa-se primeiro, de forma independente e servindo de norte, o que diz a legislação; em seguida a jurisprudência, quando houver necessidade; e, por fim, os posicionamentos doutrinários frente aos dispositivos legais inicialmente apontados.

No estudo do modelo legal do direito de laje, o ponto inicial do trabalho será a análise do contexto de criação deste novo direito real, uma vez que a compreensão acerca da intenção legislativa demonstra ser essencial ao estudo do instituto. Assim também, demonstra-se necessária a verificação da relevância e a urgência que ensejou sua instituição por meio de medida provisória. A identificação destes elementos ocorrerá a partir da análise da Exposição de Motivos (EM) da Medida Provisória n.º 759/2016, bem como os fatos relacionados a esta.

Em um segundo momento, caberá um estudo comparativo da referida Medida Provisória e da Lei n.º 13.465/2017, no tocante aos dispositivos relacionados ao direito de laje, com o intuito de compreender o desenvolvimento legislativo do instituto. No âmbito do modelo dogmático, o direito de laje será estudado em sua estrutura informal, com as considerações teóricas e práticas, bem como alternativas de efetivação estatal trazidas pelos pesquisadores.

A partir do modelo doutrinário, predominantemente nascido da realidade social, estudar-se-á, de modo comparativo, o modelo legal, a fim de aferir a efetiva observância do legislador aos fatos da vida. Não obstante, esta não seja proposta de Judith e Monebhurrun, a inversão da ordem e tendo como parâmetro o modelo dogmático, demonstra-se mais conveniente a partir do reconhecimento da peculiaridade do direito de laje, em que o modelo legal é posterior ao doutrinário.

Refletido o direito de laje em si mesmo, na busca da adequada natureza jurídica, deve-se partir para diferenciação do instituto quanto aos demais direitos reais semelhantes. A primeira e principal distinção será relativa ao direito de superfície, dedicando-se a esta distinção parcela considerável do trabalho, haja vista que parte significativa da doutrina afirma que a laje é espécie do direito de superfície antes mesmo deste ser positivado,

persistindo nesta posição mesmo após sua inserção no Código Civil. Para tanto, a fim de desmanchar essa noção de identidade dos direitos, primeiro será visto o direito de superfície em seu modelo jurídico legal e jurisprudencial, seguido do modelo doutrinário, em seus pontos de convergência e aprofundamento teórico.

Dando continuidade ao objetivo deste trabalho, ainda se estabelecerão distinções de outros direitos e institutos quanto ao direito de laje. Será brevemente diferenciado este do condomínio edilício, sem deixar de reconhecer a íntima relação dos institutos. Em sequência, identificar-se-á similaridades entre o direito de laje e a propriedade, através do estudo do modelo legal e doutrinário desta, para, por fim, determinar qual a adequada natureza jurídica do direito de laje.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DO DIREITO DE LAJE: POSITIVAÇÃO, DOCTRINA E MODELOS.

O estudo crítico acerca da natureza jurídica do Direito Real de Laje, para que possua alguma solidez, pressupõe uma investigação inicial relativa ao seu contexto de criação, bem como as razões e circunstâncias em que este foi criado. Assim também, para refletir a respeito do novo instituto é preciso expor o posicionamento doutrinário sobre o tema anteriormente à sua inserção no ordenamento pátrio, com intuito de apresentar o quanto os modelos se assemelham ou se distanciam.

2.1 ORIGEM LEGISLATIVA.

O Direito de Laje surge como novidade para a legislação civil através da Medida Provisória nº 759, em 22 de dezembro de 2016, que o inseriu no rol dos Direitos Reais disposto no artigo 1.225 do Código Civil. A referida MP ainda acrescentou ao Código o artigo 1.510-A e seus parágrafos, que versavam sobre o regime jurídico do novo instituto. Nos meses seguintes à inovação legislativa, diversas considerações e críticas foram feitas, principalmente quanto à natureza jurídica do novo direito, mas também quanto a seus impactos em outros ramos do Direito Civil³, a terminologia usada e a verdadeira finalidade do legislador. Igualmente, levantou-se ainda o questionamento de qual seria o elemento urgência⁴ da matéria para que esta fosse tratada por medida provisória, como impõe a Constituição Federal em seu artigo 62, *caput*.

Em julho de 2017, a aludida Medida Provisória foi convertida na Lei n.º 13.465, trazendo alterações significativas ao regramento do novo direito real, inclusive fruto do aprimoramento da primeira norma a partir da observância a algumas ponderações trazidas pela doutrina⁵. De fato, a mencionada MP demandou uma análise crítica antes que fosse convertida em lei, razão pela qual dedicaremos uma parte deste trabalho ao estudo

³ A possibilidade de existir reflexos do Direito de Laje no Direito de Família é trazida por: STOLZE, Pablo. Direito real de laje: primeiras impressões. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 22, n. 4936, 5 jan. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54931>>. Acesso em: 31 maio 2018.

⁴ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. O direito de laje não é um novo direito real, mas um direito de superfície. *Revista Consultor Jurídico*, Recife, 2 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-02/direito-laje-nao-direito-real-direito-superficie>>. Acesso em: 31 maio 2018

⁵ OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Nova lei, nova hermenêutica: novidades no Direito Civil pela Lei 13.465/2017. *Revista Consultor Jurídico*, Recife, 11 set. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-11/direito-civil-atual-novidades-direito-civil-lei-134652017>> Acesso em: 24 jul. 2018.

comparativo dos dois textos legais, nos trechos que versam sobre o Direito de Laje. No entanto, a fim de obter um exame mais completo, primeiro é necessário que se faça uma investigação acerca do cenário de edição da Medida Provisória n.º 759/2016 e, conseqüentemente, da criação do Direito de Laje.

2.1.1 Contexto da criação legislativa.

Na doutrina brasileira são encontrados estudos acerca do direito de laje pelo menos desde 2002, como veremos mais à frente. Em 2011, Fernanda Amarante⁶ já afirmava que este direito fazia parte da realidade brasileira, no entanto o legislador mantinha-se omissivo, deixando os titulares viverem à margem da sociedade. Diante disso, é imprescindível levantar o questionamento sobre o motivo pelo qual este direito surge na legislação somente anos depois, e, ainda, através de uma medida provisória. A busca do “por que agora?” dessa inovação legislativa perpassa justamente pelo estudo do contexto de elaboração da Medida Provisória n.º 759/2016. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 62, *caput*, autoriza que o Presidente da República edite medida provisória, com força de lei, desde que observados os pressupostos da relevância e urgência.

Conforme indica Manoel Jorge⁷, os conceitos de relevância e urgência não são indeterminados, mas sim objetivos, cujo exame deve ser feito a partir do caso concreto. Para tanto, o instrumento de investigação mais coerente para verificar o preenchimento destes pressupostos é a análise da Exposição de Motivos⁸ da MP n.º 759/16⁹. O referido expediente, elaborado pelos então Ministros de Estado Bruno Cavalcanti de Araújo, Dyogo Henrique de Oliveira e Eliseu Padilha¹⁰, em 21 de dezembro de 2016, composto por 155 tópicos, traz as justificativas e motivações para que o Presidente da República aprecie e adote a medida provisória proposta.

⁶ AMARANTE, Fernanda Machado. O pluralismo jurídico e o direito de laje. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3403, 25 out. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22888>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.474-476.

⁸ A Instrução Normativa (IN) n.º 04/92 da Secretaria da Administração Federal, dispõe sobre o padrão da redação e do modelo de comunicações oficiais, classificando os expedientes como Exposição de Motivos, Aviso e Ofício. Dessa forma, em seu tópico 2.1, letra “b”, institui que Exposição de Motivos “é o expediente dirigido ao Presidente da República para propor alguma medida”. Este documento pode ser usado ainda para informar o Presidente de determinado assunto ou submeter à sua consideração projeto de ato normativo, conforme letras “a” e “c”, respectivamente, do mesmo tópico.

⁹ BRASIL. Exposição de Motivos Interministerial n.º 020/2016 de 21 dez. 2016. Portal da Presidência da República, 23 dez. 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2016/medidaprovisoria-759-22-dezembro-2016-784124-exposicaodemotivos-151740-pe.html>>. Acesso: 01 jun. 2018.

¹⁰ No período mencionado, os Ministros encontravam-se a frente: do Ministério das Cidades (Bruno Araújo), do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (Dyogo Henrique de Oliveira) e da Casa Civil (Eliseu Padilha).

O documento¹¹ dispõe que, inicialmente, a relevância encontra-se na efetivação do direito à moradia, um direito social, presente no art. 6º da Constituição de 1988. Considera ainda que, além da maioria dos centros urbanos brasileiros terem crescido de forma desordenada, o regramento jurídico existente é composto por normas de hierarquias diferentes, por vezes contraditórias e outras em descompasso com a realidade fática, o que obstaculiza a efetivação deste direito fundamental¹². Esses fatores interferem diretamente na implementação de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento urbano, agrícola e fundiário, a exemplo de atos de regularização fundiária suspensos pelo Tribunal de Contas da União, que foi, segundo a referida EM, a verdadeira faísca para a produção da MP n.º 759/16.

Assim, a Exposição de Motivos Interministerial (EMI) n.º 020/16 elenca como primeiros indícios de urgência os Acórdãos do TCU de n.º 775/2016, 1.086/2016 e 2.451/2016, prolatados, respectivamente, nos meses de abril, maio e setembro de 2016, no âmbito do processo n.º 000.517/2016-0. O processo caracterizado como uma Representação fora realizada pela Secretaria de Controle Externo da Agricultura e do Meio Ambiente (Secex Ambiental), frente a possíveis irregularidades cometidas pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) na concessão de lotes do Programa Nacional de Reforma Agrária (PNRA)¹³.

A primeira decisão supramencionada suspendeu, liminarmente, diversos atos do INCRA, a exemplo dos processos de seleção de novos beneficiários para a reforma agrária, de assentamento de novos beneficiários, de novos pagamentos de créditos da reforma agrária, entre outros¹⁴. O acórdão posterior julgou Embargos de Declaração opostos pelo órgão investigado, rejeitando-os por não identificar omissões, contradições ou obscuridades, mantendo a decisão inicial¹⁵. E a última decisão do plenário trazida pela EMI n.º 020/16, suspendeu parcialmente a medida cautelar, concedida na decisão inicial contra o INCRA, por

¹¹ BRASIL. Exposição de Motivos Interministerial n.º 020/2016 de 21 dez. 2016. Portal da Presidência da República, 23 dez. 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2016/medidaprovisoria-759-22-dezembro-2016-784124-exposicaodemotivos-151740-pe.html>>. Acesso: 01 jun. 2018.

¹² Os direitos sociais, oriundos do século XX e presente nas constituições dos Estados sociais, são considerados pela doutrina como direitos fundamentais da segunda geração, conforme: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 564.

¹³ O processo n.º 000.517/2016-0 é do tipo Representação e até a presente data ainda tramita no âmbito do Tribunal de Contas da União. Os atos são públicos e possíveis de serem acessados em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/AcompanharProcesso?p1=517&p2=2016&p3=0>> Acesso: 01 jun. 2018.

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 775/2016 – Plenário. Relator: Augusto Sherman. Brasília, DF, 6 de abril de 2016. Ata n.º 11/2016, publicada em 28 de abril de 2016.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 1.086/2016 – Plenário. Relator: Augusto Sherman. Brasília, DF, 04 de maio de 2016. Ata n.º 15/2016, publicada em 16 de maio de 2016.

um prazo determinado e posterior restabelecimento de seus efeitos, ao acolher as alegações de que a medida poderia implicar em dano irreparável a produção agrícola¹⁶.

Diante desse cenário de limitações impostas pelo órgão de controle, o primeiro expediente vislumbrado pelos idealizadores da Medida Provisória n.º 759/16, exposto, de logo, no Título I da Exposição de Motivos, foi a alteração de seis legislações que tratavam de procedimentos de regularização fundiária rural. Isto é, para a retomada das atividades ora suspensas pelo TCU, a necessidade de modificações demonstrava-se emergencial, e, por isso, estaria preenchido o pressuposto urgência. Aproveitando o ensejo, nos títulos seguintes o documentou propôs reformas relativas à “Regularização Fundiária Urbana” (Título II) e “Procedimentos de Alienação de Imóveis da União e Outras Disposições” (Título III)¹⁷.

Uma atenção especial deve ser dada ao “TÍTULO II - DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA”, uma vez que é neste tópico que resta demonstrada a relevância e urgência que justificaram a criação do novo direito real à laje pela referida MP n.º 759/16. Os esforços concentraram-se em disciplinar as normas e procedimentos gerais da Regularização Fundiária Urbana (REURB), acreditando que esta medida implicaria no aumento de garantia e segurança à moradia. Assim também, intentou-se promover uma “reurbanização do País”¹⁸, apostando na regularização de situações e núcleos urbanos informais, bem como na criação de institutos novos. Nesta senda, a partir destes esclarecimentos, evidente estaria o pressuposto da relevância.

Ocorre que a Lei n.º 11.977/09, em seu artigo 46, já trazia o conceito de regularização fundiária, tal como outras noções essenciais para a aplicação deste instituto nos dispositivos seguintes, os quais foram todos revogados pela Medida Provisória n.º 759/16. Conforme a Exposição de Motivos, a REURB, embora carregue denominação semelhante, surge como um novo modelo, substituindo o anterior a fim de tornar o processo de regularização mais dinâmico e simplificado. Ademais, cumprindo ainda os objetivos do “novo marco legal da regularização fundiária urbana”¹⁹, uma das grandes características da MP n.º 759/16 foram as inovações, como, entre outras: o instituto da legitimação fundiária, como forma de aquisição de propriedade; um novo conceito de informalidade, através da noção de núcleo urbano informal; e a criação do novo direito real de laje.

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 2.451/2016 – Plenário. Relator: Augusto Sherman. Brasília, DF, 21 de setembro de 2016. Ata n.º 36/2016, publicada em 30 de setembro de 2016.

¹⁷ BRASIL. Exposição de Motivos Interministerial n.º 020/2016 de 21 dez. 2016. Portal da Presidência da República, 23 dez. 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2016/medaprovistoria-759-22-dezembro-2016-784124-exposicaoodemotivos-151740-pe.html>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

¹⁸ Ibid., tópico 78.

¹⁹ Ibid., tópico 95.

Neste ponto, cabe destacar que a intenção legislativa também pode ser extraída a partir da articulação do Poder Executivo, que, em julho de 2016, publicou a Portaria n.º 326 do Ministério das Cidades com o propósito de instituir o “Grupo de Trabalho Rumos da Política Nacional de Regularização Fundiária” (GTRPNRF), sendo uma de suas finalidades “debater propostas de alteração do marco legal de regularização fundiária”²⁰. Entre outros aspectos, a referida portaria definiu a composição do Grupo de Trabalho que, à primeira vista, mostrou-se plural e interdisciplinar, formada por operadores do Direito (desembargador, consultor jurídico, juiz), professores e um registrador imobiliário. Em verdade, o texto da Medida Provisória n.º 759/16 foi o produto final dos trabalhos desempenhados pelo GTRPNRF, que, inclusive, considerou a norma legal como um “grande avanço” e “uma conquista da sociedade brasileira”²¹.

A soma dessas informações ao exposto na EMI n.º 020/16 permite concluir que, de fato, o legislador buscou um novo paradigma para a regularização fundiária urbana, na tentativa de aproximar a realidade fática do texto legal, e neste ponto se insere o direito de laje. No entanto, não há qualquer indício de urgência na temática que justificasse a sua disciplina por meio de medida provisória. Infere-se que uma matéria de altíssimo interesse social, inclusive com inovações que, *a priori*, destinam-se a grande parte da população brasileira que vive em situação de moradia irregular²², foi reformada e desenvolvida sem uma efetiva participação popular²³. Em verdade, após a edição da MP, diversas entidades da

²⁰ BRASIL. Poder Executivo. Ministério das Cidades. Portaria n.º 326, de 18 de julho de 2016. Diário Oficial da União. Brasília, Seção 2, p. 42- 43, 19 de julho de 2016. Disponível em: <<https://www.cidades.gov.br/legislacao-cidades/portarias-cidades/78-legislacao/portarias-cidades/4043-portarias-2016>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

²¹ Declarações divulgadas pela Assessoria de Comunicação do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (*MP n.º 759/2016: Texto foi elaborado por Grupo de Trabalho instituído pelo Ministério das Cidades*. 23 de dezembro de 2016. Disponível em <<http://www.ibr.org.br/noticias/detalhes/mp-no-759-2016-texto-foi-elaborado-por-grupo-de-trabalho-instituido-pelo-ministerio-das-cidades>>. Acesso em: 01 jun. 2018).

²² Estima-se que no Brasil, mais de 50% dos seus imóveis urbanos encontra-se com alguma irregularidade fundiária (FIGUEIREDO, SILVIO *Regularização Fundiária Urbana Lei Federal 13.465/17*. Brasília. 31 slides. Apresentação em Power-point. Disponível em: <<http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretrias/upload/Apresentacao%20Reurb%20julho%202017.pdf>> Acesso em: 02 jun. 2018).

²³ A participação popular é um fator indispensável no estudo da reforma urbana nacional. Para maior aprofundamento, confira: SAULE JÚNIOR, Nelson e UZZO, Karina. La trayectoria de la reforma urbana en Brasil. In: *Ciudades para todos: Por el derecho a la ciudad, propuestas y experiencias*. 1 ed. Santiago do Chile: Habitat International Coalition (HIC), 2010. p. 261-272. Disponível em: <<http://www.hic-gs.org/news.php?pid=3849>>. Acesso em: 02 jun. 2018.

sociedade civil reclamaram sua participação²⁴, inclusive mobilizando-se em um abaixo-assinado que obteve 2.302 apoiadores²⁵.

Não obstante a beleza do discurso presente no Título II, os tópicos 88 e 89 da Exposição de Motivos trazem um dado crucial à investigação da verdadeira razão para as reformas legislativas. Os enunciados reconhecem que a regularização da situação dos imóveis permite que estes “sirvam de base para investimento do capital produtivo brasileiro, à medida que poderão ser oferecidos em garantia de operações financeiras”²⁶. Outrossim, indicam que a REURB “contribui para o aumento do patrimônio imobiliário do País e representa a inserção de capital na economia, à medida que agrega valor aos imóveis regularizados, os quais, inclusive, tornam-se alvo de tributação”²⁷.

Deste modo, sem negar alguma utilidade às inovações legais, sobretudo quanto ao Direito de Laje, nota-se que por trás da edição da Medida Provisória n.º 759/16 existiu uma forte influência do interesse econômico, uma vez que regularidade da situação o acesso à créditos imobiliários²⁸ e possibilita a incidência tributária²⁹. Ainda é preciso recordar que o ano de 2016 no Brasil fora marcado por intensas reformas, principalmente políticas e econômicas, a partir da modificação do Presidente da República em decorrência do impeachment, e, conseqüentemente, das medidas de gestão focadas em adotar “medidas para recuperar a capacidade do País em atrair investimentos e voltar a crescer”³⁰.

²⁴ Em seguida à edição da medida provisória, ocorreram diversos debates e audiências públicas no país, contando com a participação de diversos setores da sociedade, conforme informações do Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil (CAU) (*Entidades denunciam inconstitucionalidade da MP da regularização fundiária*. 09 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://www.caubr.gov.br/entidades-denunciam-inconstitucionalidade-e-ilegalidade-da-mp-da-regularizacao-fundiaria/>>. Acesso em: 04 jun. 2018).

²⁵ Dado obtido na plataforma do abaixo-assinado, o site Change.org. Disponível em: <https://www.change.org/p/congresso-nacional-ajude-a-impedir-retrocessos-na-pol%C3%ADtica-fundi%C3%A1ria-assine-a-carta-contra-a-mp-759?recruiter=359363664&utm_source=share_petition&utm_medium=whatsapp> Acesso em: 04 jun. 2018.

²⁶ BRASIL. Exposição de Motivos Interministerial n.º 020/2016 de 21 dez. 2016. Tópico 88. Portal da Presidência da República, 23 dez. 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2016/medidaprovisoria-759-22-dezembro-2016-784124-exposicaodemotivos-151740-pe.html>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

²⁷ BRASIL. Exposição de Motivos Interministerial n.º 020/2016 de 21 dez. 2016. Tópico 89. Portal da Presidência da República, 23 dez. 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2016/medidaprovisoria-759-22-dezembro-2016-784124-exposicaodemotivos-151740-pe.html>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

²⁸ BACHMAN, Laura. *Medida Provisória pretende regularizar títulos em favelas e fazendas*. *RioOnWatch*, Rio de Janeiro, 20 de março de 2017. Disponível em: <<http://rioonwatch.org.br/?p=24790>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

²⁹ CAMARGO, Marco Antonio de Oliveira. *Direito de laje: Explicando para quem quer entender*. Colégio Notarial do Brasil, Conselho Federal. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=OTA2MQ==>> . Acesso em: 18 abr. 2018.

³⁰ BRASIL. Presidência da República, Planalto. *Seis meses de governo Temer: conheça os principais fatos que marcam o período*. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe>>

Assim, a resposta da questão “por que agora?” é simples: porque esta demanda social agora passou a interessar as demandas do mercado.

2.1.2 Análise comparativa entre a Medida Provisória n.º 759/16 e a Lei n.º 13.465/17, no tocante aos dispositivos referentes ao Direito de Laje.

A Medida Provisória n.º 759/16 versa sobre o Direito de Laje em seus artigos 25 e 26, ao realizar as modificações no Código Civil de 2002, bem como no artigo 11, §1º, VII, que trata da isenção de custas ao primeiro registro referente a este direito real. A Lei n.º 13.465/17, por sua vez, traz os dispositivos correspondentes à alteração do Código Civil no artigo 55, enquanto o seu artigo 13, §1º, VII dispõe sobre a isenção, com a redação idêntica ao do texto anterior. Ademais, expressamente sobre a laje, a lei traz o artigo 56 que altera a lei dos registros públicos (Lei n.º 6.015/73), e o artigo 57 que adequa as normas do Código de Processo Civil.

A conversão da referida MP em lei não implicou em mera repetição de texto, inobstante existirem redações iguais em alguns dispositivos; em verdade, houve alterações significativas e com considerável melhora técnica, a ponto de ser necessária uma análise comparativa dos instrumentos. Para tanto, o estudo dos artigos foi dividido e será apresentado a partir de categorias que propiciam uma melhor comparação dos instrumentos legais.

2.1.2.1 Modificações

Medida Provisória n.º 759/2016	Lei n.º 13465/2017
<p>Art. 1.510-A. <i>caput</i> do CC/02 O direito real de laje consiste na possibilidade de coexistência de unidades imobiliárias autônomas de titularidades distintas situadas em uma mesma área, de maneira a permitir que o proprietário ceda a superfície de sua construção a fim de que terceiro edifique unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo.</p>	<p>Art. 1.510-A. <i>caput</i> do CC/02 O proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo.</p>
<p>Art. 1.510-A. §2º do CC/02 § 2º O direito real de laje contempla o espaço aéreo ou o subsolo de terrenos públicos ou privados, tomados em</p>	<p>Art. 1.510-A. §1º do CC/02 § 1º O direito real de laje contempla o espaço aéreo ou o subsolo de terrenos públicos ou privados, tomados em projeção vertical, como</p>

<p>projeção vertical, como unidade imobiliária autônoma, não contemplando as demais áreas edificadas ou não pertencentes ao proprietário do imóvel original.</p>	<p>unidade imobiliária autônoma, não contemplando as demais áreas edificadas ou não pertencentes ao proprietário da construção-base.</p>
<p>Art. 1.510-A. §5º do CC/02 As unidades autônomas constituídas em matrícula própria poderão ser alienadas e gravadas livremente por seus titulares, não podendo o adquirente instituir sobrelevações sucessivas, observadas as posturas previstas em legislação local.</p>	<p>Art. 1.510-A. §3º do CC/02 Os titulares da laje, unidade imobiliária autônoma constituída em matrícula própria, poderão dela usar, gozar e dispor.</p> <p>Art. 1.510-A. §6º do CC/02 O titular da laje poderá ceder a superfície de sua construção para a instituição de um sucessivo direito real de laje, desde que haja autorização expressa dos titulares da construção-base e das demais lajes, respeitadas as posturas edilícias e urbanísticas vigentes.</p>
<p>Art. 1.510-A. §3º do CC/02 Consideram-se unidades imobiliárias autônomas aquelas que possuam isolamento funcional e acesso independente, qualquer que seja o seu uso, devendo ser aberta matrícula própria para cada uma das referidas unidades.</p>	<p>Art. 1.510-A. §1º do CC/02 § 1º O direito real de laje contempla o espaço aéreo ou o subsolo de terrenos públicos ou privados, tomados em projeção vertical, como unidade imobiliária autônoma, não contemplando as demais áreas edificadas ou não pertencentes ao proprietário da construção-base.</p> <p>Art. 1.510-A. §3º do CC/02 Os titulares da laje, unidade imobiliária autônoma constituída em matrícula própria, poderão dela usar, gozar e dispor.</p>

O exame da Lei n.º 13.465/2017 em paralelo com a redação da MP n.º 759/2016 permite constatar que alguns dispositivos foram mantidos, contudo não podem ser considerados como meras repetições, tendo em vista que a mudança das redações implica em adequações do regime jurídico do direito de laje.

Essa compreensão corrobora com as conclusões a respeito do contexto de criação legislativa trazidas anteriormente, visto que a intenção principal da medida fora de regularizar situações de fato, sem rigorosamente se ater a aspectos técnicos, ensejando estas modificações de aprimoramento através da lei.

Os dispositivos tecnicamente melhorados da medida provisória foram: o art. 1.510-A, *caput*, que corresponde ao mesmo trecho na lei; o art. 1.510-A, §2º, que se assemelha ao art. 1.510-A, §1º da nova lei; o art. 1.510-A, §5º, que fora desdobrado nos §§3º e 6º da legislação convertida; e o art. 1.510-A, §3º, que teve seus elementos dissolvidos nos §§1º e 3º do art. 1.510-A da Lei n.º 13.465/2017.

Analisando, inicialmente, os “*caput’s*” do art.1.510-A, notadamente observa-se que houve uma adequação técnica do conceito de direito de laje, uma vez que a primeira redação tratava de uma “possibilidade de coexistência”, o que foi criticado pela doutrina³¹. Neste sentido, Otavio Rodrigues Junior indicou que o direito visto como possibilidade é uma criação de categoria nova, sugerindo, jocosamente, a necessidade de um estudo desta por parte da Filosofia³². Ou seja, a atecnia do conceito dado pelo legislador geraria incompreensões capazes de invalidar todo o instituto, sendo a correção deste dispositivo a melhor alternativa, como de fato foi feito.

O exame do art. 1.510-A, § 2º, convertido em art. 1.510-A, § 1º, é, aparentemente simples, porém carrega algumas compreensões significativas. Em verdade, ocorreu uma uniformização terminológica, pois o imóvel original (aquele anterior à laje) deve ser tratado como “construção-base”, uma vez que é este o bem que pode ter sua superfície ou subsolo cedido, conforme o conceito trazido no *caput*. A adoção desta expressão em detrimento da outra corrobora justamente com a compreensão de que a laje não seria apenas a unidade construída no “espaço aéreo”³³, mas também no subsolo da construção-base. Ressalta-se que essa previsão abrange uma maior quantidade de situações ocorridas no mundo da vida, sendo maior garantia ao direito à moradia e um efetivo cumprimento da função social.³⁴

O parágrafo 5º do então art. 1.510-A da Medida Provisória n.º 759/16 fora modificado e desmembrado nos atuais parágrafos 3º e 6º do mesmo dispositivo agora no bojo da lei n.º 13.465/17. Essa alteração carrega uma verdadeira mudança de mentalidade de uma legislação para outra, dado que, em certa medida, as redações são antagônicas e as ideias trazidas até se excluem. Isso ocorre quando o §6º expressamente autoriza que o titular da laje ceda sua superfície para a “instituição de um sucessivo direito real de laje”, enquanto que redação original expressamente vedava a construção de “sobrelevações sucessivas”. Ademais, ao §3º coube também um melhoramento técnico quanto aos direitos do titular da laje, substituindo a possibilidade de aliená-la e gravá-la livremente por “usar, gozar e dispor” desta.

O art. 1.510-A. §3º da referida MP n.º 759/16 considerou como unidade imobiliária autônoma aquele imóvel que, independente da sua destinação, possuísse “isolamento

³¹ STOLZE, Pablo; VIANA, Salomão. Direito real de laje: finalmente, a lei! *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 22, n. 5125, 13 jul. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59131>>. Acesso em: 31 maio 2018.

³² RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Um ano longo demais e seus impactos no Direito Civil Contemporâneo. *Revista Consultor Jurídico*, Recife, 26 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-26/retrospectiva-2016-ano-longo-impactos-direito-civil-contemporaneo>> Acesso em: 30 abr. 2018

³³ BRASIL. *Código Civil*. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Artigo 1.510-C, §1º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 03 jun. 2018.

³⁴ STOLZE, Pablo; VIANA, Salomão. Direito real de laje: finalmente, a lei! *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 22, n. 5125, 13 jul. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59131>>. Acesso em: 31 maio 2018.

funcional e acesso independente”. É inegável que esta exigência poderia impossibilitar a regularização de algumas situações de fato, o que, em tese, era a função primordial da Medida Provisória. Nesse sentido, Pablo Stolze³⁵ orientou que “diante da realidade urbanística brasileira, caracterizada pelo crescimento desordenado, o requisito do ‘acesso independente’ deve ser interpretado com equilíbrio e cautela”.

Os dispositivos da Lei n.º 13.465/2017 equivalentes a este suprimiram, adequadamente, os requisitos do isolamento funcional e da independência do acesso, mantendo a noção de unidade imobiliária autônoma, cuja constituição deve ser feita através de matrícula própria.

2.1.2.2 Inovações

Medida Provisória nº 759/2016	Lei nº 13465/2017
	<p>Art. 1.510-B. do CC/02 É expressamente vedado ao titular da laje prejudicar com obras novas ou com falta de reparação a segurança, a linha arquitetônica ou o arranjo estético do edifício, observadas as posturas previstas em legislação local.</p> <p>Art. 1.510-C. do CC/02 Sem prejuízo, no que couber, das normas aplicáveis aos condomínios edilícios, para fins do direito real de laje, as despesas necessárias à conservação e fruição das partes que sirvam a todo o edifício e ao pagamento de serviços de interesse comum serão partilhadas entre o proprietário da construção-base e o titular da laje, na proporção que venha a ser estipulada em contrato.</p> <p>§ 1º São partes que servem a todo o edifício:</p> <p>I - os alicerces, colunas, pilares, paredes-mestras e todas as partes restantes que constituam a estrutura do prédio;</p> <p>II - o telhado ou os terraços de cobertura, ainda que destinados ao uso exclusivo do titular da laje;</p> <p>III - as instalações gerais de água, esgoto, eletricidade, aquecimento, ar condicionado, gás, comunicações e semelhantes que sirvam a todo o edifício; e</p>

³⁵ STOLZE, Pablo. Direito real de laje: primeiras impressões. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 22, n. 4936, 5 jan. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54931>>. Acesso em: 31 maio 2018.

	<p>IV - em geral, as coisas que sejam afetadas ao uso de todo o edifício.</p> <p>§ 2º É assegurado, em qualquer caso, o direito de qualquer interessado em promover reparações urgentes na construção na forma do parágrafo único do art. 249 deste Código.</p>
	<p>Art. 1.510-D. do CC/02</p> <p>Em caso de alienação de qualquer das unidades sobrepostas, terão direito de preferência, em igualdade de condições com terceiros, os titulares da construção-base e da laje, nessa ordem, que serão cientificados por escrito para que se manifestem no prazo de trinta dias, salvo se o contrato dispuser de modo diverso.</p> <p>§ 1º O titular da construção-base ou da laje a quem não se der conhecimento da alienação poderá, mediante depósito do respectivo preço, haver para si a parte alienada a terceiros, se o requerer no prazo decadencial de cento e oitenta dias, contado da data de alienação.</p> <p>§ 2º Se houver mais de uma laje, terá preferência, sucessivamente, o titular das lajes ascendentes e o titular das lajes descendentes, assegurada a prioridade para a laje mais próxima à unidade sobreposta a ser alienada.</p> <p>Art. 1.510-E. do CC/02</p> <p>A ruína da construção-base implica extinção do direito real de laje, salvo:</p> <p>I - se este tiver sido instituído sobre o subsolo;</p> <p>II - se a construção-base não for reconstruída no prazo de cinco anos.</p> <p>Parágrafo único. O disposto neste artigo não afasta o direito a eventual reparação civil contra o culpado pela ruína.</p>

A simples observação dos novos artigos trazidos pela Lei nº 13.465/17, permite afirmar que esta se encontra mais completa do que a medida provisória que lhe antecedeu. A lei introduziu no Código Civil os artigos 1.510-B, 1.510-C, 1.510-D e 1.510-E, seguidos por seus parágrafos e incisos. As inovações apresentam conceitos valiosos à implementação e aplicação do direito de laje, inclusive no tocante a relação entre proprietário de construção-base e titular da laje, trazendo mais segurança jurídica e proteção para as partes. Um exemplo disso é a definição do são as “partes que servem a todo o edifício”³⁶, ao passo que os custos

³⁶ BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Artigo 1.510-C, §1º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 03 jun. 2018.

necessários à conservação e fruição dessas devem ser partilhados entre o proprietário da construção-base e o titular da laje ³⁷.

Outros aspectos desses novos artigos que regulam a relação proprietários da base e da laje podem ser identificados no artigo 1.510-D, com a instituição do direito de preferência, e no artigo 1.510-E, parágrafo único, com a possibilidade de haver reparação civil pelo fim da laje em razão da ruína da construção-base.

Além da segurança jurídica, as inovações da lei trazem noções fundamentais que permitem a diferenciação, quanto à sua natureza jurídica, entre o direito de laje e outros direitos reais, como veremos no desenrolar desta monografia.

2.1.2.3 Supressão

Medida Provisória nº 759/2016	Lei nº 13465/2017
<p>Art. 1.510-A. §1º do CC/02 O direito real de laje somente se aplica quando se constatar a impossibilidade de individualização de lotes, a sobreposição ou a solidariedade de edificações ou terrenos.</p>	
<p>Art. 1.510-A. §7º do CC/02 O disposto neste artigo não se aplica às edificações ou aos conjuntos de edificações, de um ou mais pavimentos, construídos sob a forma de unidades isoladas entre si, destinadas a fins residenciais ou não, nos termos deste Código Civil e da legislação específica de condomínios.</p>	
<p>Art. 26. Na Reurb, as unidades imobiliárias autônomas situadas em uma mesma área, sempre que se constatar a impossibilidade de individualização de lotes, a sobreposição ou a solidariedade de edificações ou terrenos, poderão ser regularizadas por meio da instituição do direito real de laje, previsto no art. 1.510-A da Lei nº 10.406, de 2002 - Código Civil.</p>	

No que diz respeito às supressões, que são os artigos ou parágrafos que constavam na medida, mas não vieram alterados nem repetidos na lei, temos os parágrafos 1º e 7º do art. 1.510-A do Código Civil, bem como o art. 26 da Medida Provisória. O artigo 26 e o §1º do artigo 1.510-A possuem redações semelhantes indicando que o direito de laje será aplicado

³⁷ Ibid., Artigo 1.510-C, *caput*.

quando for impossível individualizar lotes, sobreposição ou a solidariedade de edificações. O §7º, por sua vez, traz a previsão de que não será configurado o direito quando existirem casos de edificações, ou conjuntos de edificações, construídas sob a forma de unidades isoladas entre si.

2.2 CRIAÇÃO DOUTRINÁRIA

Como dito, engana-se quem afirma que o Direito de Laje surgiu em 2016, com a edição da Medida Provisória n.º 759/16, uma vez que este existia de maneira informal e já era objeto de estudo da doutrina pelo menos desde 2002³⁸. Em sua pesquisa, Cláudia Correia realizou um trabalho de campo, a partir do método de observação participante, na favela de Rio das Pedras (Rio de Janeiro – RJ), onde a população, por si só, disciplinava a compra e venda de lajes, a partir de um direito que eles categorizaram como “direito de laje”³⁹. Além de possuir um mercado imobiliário específico e voltado à efetivação do direito a moradia, a comunidade encontrava-se em um nível de organização tão elevado que, mesmo pautando-se em um direito não abrangido pela legislação nacional, possuía meios de registro das transações relativas à laje, a fim de garantir segurança e “propriedade” a quem registrasse⁴⁰.

O direito de laje, por não haver “respaldo para essa forma de habitação”⁴¹, foi denominado por Cláudia Corrêa como “esdruxularia jurídica”⁴². No entanto, Fernanda Amarante, fixando suas bases teóricas no pluralismo jurídico⁴³, em oposição aos ideais do monismo que considera o Estado como exclusivo criador do Direito, reconhece a existência de um “Direito extra-estatal” que sobrevive paralelamente ao oficial, uma vez que a população à margem da norma positivada acaba se organizando e instituindo “associações que

³⁸ Note-se que no Seminário EMERJ cujo tema era “Debate o Novo Código Civil”, ocorrido em 2002, antes do início da vigência do Código de 2002, Ricardo Pereira Lira já mencionou a existência do direito de laje no âmbito das favelas. Cf.: LIRA, Ricardo Pereira. O Novo Código Civil, Estatuto da Cidade, Direito de Superfície. In: SEMINÁRIO EMERJ, 2002, Rio de Janeiro. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II. Rio de Janeiro: EMERJ, julho/2002 a abril/2003. p. 145-157.

³⁹ CORRÊA, Cláudia Franco. Direito de laje: o direito na vida e a vida no direito. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17, 2008, Brasília. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 995-1016.

⁴⁰ CORRÊA, Cláudia Franco. Direito de laje: o direito na vida e a vida no direito. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17, 2008, Brasília. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. passim.

⁴¹ Ibid., p.1009.

⁴² Ibid., loc. cit.

⁴³ Para aprofundamento sobre o pluralismo jurídico, cf. Wolkmer, 2001.

atuam paralelamente ao Estado, estabelecendo normas e criando mecanismos de ordem de convivência social”⁴⁴.

Nesta linha, também através dos fundamentos pluralistas, Corrêa e Menezes defendem que o Direito deve ser visto como “fenômeno de ordem social”, reconhecendo que sua origem não está apenas na norma posta, mas também no costume⁴⁵. O costume é uma das fontes do direito, conforme o conceito de Miguel Reale que reconhece como fonte as regras dotadas de vigência e eficácia, bem como de um poder capaz de exigir seu cumprimento e aplicar sanções⁴⁶. Portanto, o direito de laje existe no Direito brasileiro, pois advém do costume que, por sua vez, é uma forma de poder social, isto é, “o poder decisório anônimo do povo”⁴⁷.

De fato, Wolkmer afirma que o paradigma da “hegemonia do modelo estatal de Direito”⁴⁸, defendida pelo monismo jurídico, encontra-se em crise, uma vez que as regras vigentes não resolvem o problema, bem como não mais fornecem diretrizes capazes de orientar a convivência social, necessitando, portanto, de uma “nova fonte legitimadora de produção jurídica”⁴⁹. Assim, utilizando-se o ideal de pluralismo jurídico trazido pelo autor, é possível reconhecer a existência de um direito de laje anterior à sua positivação, cuja disciplina jurídica é trazida pela doutrina.

Reconhecido este direito doutrinariamente estabelecido, é necessário um estudo sobre seu conceito, terminologia e aplicação, a fim de obter um modelo dogmático⁵⁰. No estudo do direito de laje, antes da sua estruturação jurídica doutrinária, é preciso expor brevemente em que contexto surge esta concepção. A noção de laje, também conhecida como “puxadinho” em alguns lugares do país, surge paralelamente à expansão dos centros urbanos, concentrando-se no âmbito das favelas. Dentre outros fatores, como enfatiza Fernanda Amarante, o surgimento desse tipo de comunidade justifica-se, principalmente, pela “falta de

⁴⁴ AMARANTE, Fernanda Machado. O pluralismo jurídico e o direito de laje. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3403, 25 out. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22888>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

⁴⁵ CORRÊA, Cláudia Franco, MENEZES Juliana Barcellos da Cunha e. A regularização fundiária nas favelas nos casos de “direito de laje”: construindo pontes entre o direito inoficial e o direito vigente. *Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade*, Brasília, v. 2, n. 1, jan./jun. 2016. p. 179-195. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistaDireitoUrbanistico/article/view/507/504>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

⁴⁶ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 141.

⁴⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 285

⁴⁹ *Ibid.*, passim.

⁵⁰ Seguindo o conceito o conceito proposto por Judith Martins-Costa (2014, p.27), modelos dogmáticos são criações da doutrina que “estruturando fato e valor, fornecem, com maior liberdade de ação, esquemas de solução para os casos não regulados (lacunas) ou mal regulados (insuficiência, deficiência, inadequação valorativa)”.

moradias suficientes para atender à demanda de crescimento das cidades”⁵¹. Logo, inobstante o senso comum compreenda as favelas como símbolo de pobreza e falta de beleza da cidade, essa forma de organização humana apresentou-se como uma solução aos problemas habitacionais no Brasil⁵².

Diante do exame desse contexto, a doutrina traz a explicação do que seria este direito de laje; antes, contudo, é válido trazer alguns esclarecimentos quanto ao uso desta nomenclatura. Quando ainda não havia surgido na legislação civil, o direito de laje era trazido entre aspas, uma vez que formalmente este não era um direito. A escolha desta expressão origina-se do próprio uso e costume das favelas e a doutrina acaba por se apropriar desta terminologia⁵³. É válido ressaltar que o legislador, na discussão da conversão da medida provisória em lei, optou pela permanência desse termo, mesmo com a aparência de informalidade, justamente por este já ser difundido pela doutrina⁵⁴.

Na tentativa de explicar o que seria esse direito, Amarante afirma que o direito de laje “consiste na cessão da parte superior (laje) de uma construção a terceira pessoa, para que esta edifique outra unidade”⁵⁵. O conceito aproxima-se bastante do que fora inserido no Código Civil, mas não avança como a lei, no sentido de prever a construção de laje no subsolo da construção-base. Assim também, os autores que já entendiam o direito de laje como sinônimo de sobrelevação, espécie do direito de superfície, também apresentam contribuições relevantes para a conceituação deste direito.

Não perdendo de vista os costumes e a produção humana, Silvia Carbonari afirma que “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”⁵⁶. Neste sentido também, Ricardo Lira, analisando a realidade da favela da Rocinha, Rio de Janeiro, considerou o direito de laje como

⁵¹ AMARANTE, Fernanda Machado. O pluralismo jurídico e o direito de laje. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3403, 25 out. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22888>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

⁵² CORRÊA, Cláudia Franco, MENEZES Juliana Barcellos da Cunha e. A regularização fundiária nas favelas nos casos de “direito de laje”: construindo pontes entre o direito inoficial e o direito vigente. *Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade*, Brasília, v. 2, n. 1, jan./jun. 2016. p. 179-195. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistaDireitoUrbanistico/article/view/507/504>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

⁵³ CORRÊA, Cláudia Franco. Direito de laje: o direito na vida e a vida no direito. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17, 2008, Brasília. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 1006.

⁵⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Comissão Mista da COMISSÃO MISTA DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 759/2016. Parecer nº 1 de 2017, de 03 de maio de 2017. Tópico 3.4.2.3.

⁵⁵ AMARANTE, Fernanda Machado. O pluralismo jurídico e o direito de laje. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3403, 25 out. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22888>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

⁵⁶ CARBONARI, Sílvia Regina de Assumpção. *O direito de superfície sob nova perspectiva*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, n. 51, 31 mar. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2458>. Acesso em: 05 jun. 2018.

um problema frequente, no qual o “morador cede a um terceiro o direito de utilizar a sua laje para estabelecer ali uma moradia”⁵⁷. Dessa forma, mesmo com distinções quanto à natureza jurídica, não há conceitos contraditórios entre a doutrina do que seria o direito de laje.

Oriundo da realidade fática, é impossível negar efeitos práticos a este instituto. A investigação quanto à aplicação do direito de laje, no contexto do modelo dogmático, confunde-se com suas modalidades de manifestação, aduzidos por Menezes e Corrêa⁵⁸. As autoras apresentam quatro modalidades de ocorrência deste direito, as quais foram verificadas nas favelas do Rio de Janeiro, todavia, tendo em vista a variedade, podem ocorrer em todo o país.

A primeira é a mais comum ocorrer, por isso é chamada pelas autoras de tradicional, e verifica-se quando o morador de imóvel térreo “vende a outra pessoa o ‘direito’ de construir moradia sobre a laje da sua casa”⁵⁹.

A segunda modalidade de manifestação do direito de laje se assemelha à tradicional, contudo não pressupõe construção-base. Isto é, o direito de construir sobre a laje pode ser negociado antes mesmo de haver habitação térrea ou, se houver, não necessita de laje construída. O dinheiro arrecadado na venda da laje não construída serve, muitas vezes, para a efetiva construção do imóvel original ou o seu aprimoramento para receber a laje.

Outra transação encontrada que envolve o direito de laje ocorre quando um sujeito que já é morador de uma laje vende a cobertura de sua casa para outra pessoa⁶⁰. Essa é a possibilidade de haver lajes sucessivas, uma noção presente no contexto social e, de certa forma, aceita pela comunidade, apesar de inicialmente ter sido vedada pelo legislador da MP n.º 759/16, posteriormente foi autorizada pela Lei 13.645.

A última modalidade guarda uma relação com a segunda, visto que possui a mesma curiosa característica da promessa de construção. As autoras afirmam que esse modo de aplicação do direito de laje apresenta-se quando “o comprador de uma casa construída na superfície compromete-se a construir um prédio com alguns andares (...) cujos espaços são

⁵⁷ LIRA, Ricardo Pereira. O Novo Código Civil, Estatuto da Cidade, Direito de Superfície. In: SEMINÁRIO EMERJ, 2002, Rio de Janeiro. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II. Rio de Janeiro: EMERJ, julho/2002 a abril/2003. p. 151.

⁵⁸ CORRÊA, Cláudia Franco, MENEZES Juliana Barcellos da Cunha e. A regularização fundiária nas favelas nos casos de “direito de laje”: construindo pontes entre o direito inoficial e o direito vigente. *Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade*, Brasília, v. 2, n. 1, jan./jun. 2016. p. 179-195. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistaDireitoUrbanistico/article/view/507/504>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

⁵⁹ CORRÊA, Cláudia Franco, MENEZES Juliana Barcellos da Cunha e. A regularização fundiária nas favelas nos casos de “direito de laje”: construindo pontes entre o direito inoficial e o direito vigente. *Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade*, Brasília, v. 2, n. 1, jan./jun. 2016. p. 179-195. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistaDireitoUrbanistico/article/view/507/504>>. Acesso em: 16 abr. 2018. p. 184.

⁶⁰ Ibid., loc. cit.

dispostos em quitinetes”⁶¹. Os imóveis construídos nos andares subsequentes ao térreo são destinados à locação e habitação de terceiros, o que, notadamente, serve a interesses econômicos imobiliários que, porém, não é visto como algo negativo, vez que é meio de efetivar o direito social de moradia.

Dessa forma, é possível verificar que a construção do modelo dogmático do instituto, de alguma forma, já permitia sua efetivação na realidade fática, inclusive com outras regulações instituídas fora do âmbito da favela. Um exemplo disso são as leis da cidade do Rio de Janeiro, que, em 2009, através da lei complementar n.º 99/2009, buscou a formalização dos “puxadinhos”, permitindo a execução de obras que ampliam coberturas de edifícios, bem como a regularização de obras já existentes neste mesmo sentido⁶². Posteriormente, em 2015, a mesma capital promulgou a lei complementar n.º 157⁶³, estabelecendo novo prazo para os benefícios previstos na legislação anterior.

Outro exemplo valioso é o Enunciado 18 da I Jornada de Direito de Família, promovida pela Corregedoria-Geral da Justiça do estado da Bahia, em 2013, que dispõe acerca do “direito sobre a laje” no tocante a sua influência no Direito de Família e Sucessões⁶⁴.

2.3 MODELO JURÍDICO LEGAL *VERSUS* MODELO DOGMÁTICO

O modelo dogmático, conforme preceitua Judith Martins-Costa, é o de criação doutrinária ou o que se propõe a examinar e aprimorar os modelos jurídicos, que, por sua vez, são os obtidos através da legislação, jurisprudência, costumes e negócios⁶⁵. No presente caso, a doutrina, a fim de adequar o Direito à realidade fática, criou o seu modelo do direito de laje, conforme tópico anterior, antes mesmo de existir o modelo legal. Por essa razão, restar traçar alguns comentários complementares acerca do modelo jurídico para, por fim, verificar as semelhanças e/ou distinções destes modelos.

Tomando como base a lei nº 13.465/16, é possível definir o direito de laje como a cessão a terceiro, gratuita ou onerosa, da superfície aérea ou do subsolo da construção-base, a

⁶¹ Ibid., p. 184-185.

⁶² RIO DE JANEIRO-RJ. Lei Complementar nº 99/2009, de 23 de setembro de 2009. D. O. RIO, 24 de setembro de 2009. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=178081>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

⁶³ RIO DE JANEIRO-RJ. Lei Complementar nº 157/2015, de 09 de julho de 2015. D. O. RIO, 10 de julho de 2015. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=286811>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

⁶⁴ STOLZE, Pablo. Direito real de laje: primeiras impressões. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 22, n. 4936, 5 jan. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54931>>. Acesso em: 31 maio 2018.

⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Apresentação. Autoridade e utilidade da doutrina: A construção dos modelos doutrinários. In: *Modelos de Direito Privado*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. passim.

fim de que este constitua unidade imobiliária autônoma, distinta da que está sobre o solo⁶⁶. Assim também poderá agir o titular da laje, podendo “ceder a superfície de sua construção para a instituição de um sucessivo direito real de laje”⁶⁷, desde que sejam obedecidas as limitações legais. Ademais, ressalva-se que instituir direito de laje não implica em obtenção de fração ideal do terreno ou coparticipação em áreas já edificadas⁶⁸.

No que toca ao conceito, os modelos são bem semelhantes, porém é perceptível que o modelo legal avançou em relação ao dogmático ao possibilitar a laje na superfície inferior, no subsolo da construção-base. Assim também, prevalece à compatibilidade dos modelos relativamente à possibilidade de coexistência de lajes sucessivas, inobstante para o modelo legal chegar nesta compreensão precisou de intervenção doutrinária, como mencionado. Outros louváveis avanços legais, não previstos pela doutrina de forma direta, corroboram para a distinção da natureza jurídica do direito de laje dos demais direitos reais, a exemplo da criação de um direito de preferência e a possibilidade de aplicação das normas do condomínio edilício, sem confusão dos institutos.

Um ponto muito importante que não fora tratado pelo legislador é a possibilidade de não haver edificação anterior à instituição do direito de laje. Ou seja, a modalidade trazida pela doutrina que decorre da inexistência da construção-base ou da estrutura da laje antes a venda desta. O tema, *a prima facie*, parece complexo, porém assim não pode ser considerado no âmbito de um sistema jurídico onde se admite que sujeitos contraiam obrigações de fazer e que, ante ao descumprimento, esta possa ser exigida de diversas formas⁶⁹.

Diante de todo o exposto neste capítulo, é inegável perceber que a preocupação primeira da doutrina é a uma demanda social que há anos vive na informalidade, todavia as finalidades legislativas são, de certo modo, questionáveis. Assim sendo, ao comparar o modelo legal e o modelo doutrinário e apontar suas similitudes é possível concluir que o legislador, de fato, pôs os olhos sobre a realidade social brasileira, como interesse principal em satisfazer suas necessidades. As distinções, no entanto, implicam, por vezes, em avanços da doutrina influenciando o processo criativo legal, e em outras vezes, um formalismo que ainda não se conecta a realidade ou possui interesses diversos, e não declarados.

⁶⁶ BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Artigo 1.510-C, *caput*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 03 jun. 2018.

⁶⁷ *Ibid.*, Artigo 1.510-C, §6º.

⁶⁸ *Ibid.*, Artigo 1.510-C, §4º.

⁶⁹ O estudo do Direito das Obrigações é avançadíssimo, bem como a legislação civil demonstra-se bastante atualizada. A título de exemplo temos o art. 536, §1º do Código de Processo Civil, que apresenta um elenco exemplificativo de medidas poderão ser determinadas pelo juiz no cumprimento de sentença que reconheça, entre outras, obrigação de fazer.

3 DIREITO DE LAJE NÃO É DIREITO DE SUPERFÍCIE

Logo após a edição da Medida Provisória nº 759/16, uma parte da doutrina⁷⁰ dedicou-se a criticar a legislação, inclusive aduzindo que direito de laje não poderia ser considerado direito real novo e autônomo. Estes autores esclarecem que, em verdade, trata-se de direito de superfície. Nesta linha, existem também estudos doutrinários anteriores à criação legislativa que já indicavam este instituto como direito de sobrelevação, uma espécie do direito de superfície⁷¹.

Essa posição doutrinária justifica-se pela considerável proximidade dos conceitos de laje e superfície, enquanto direitos reais, o que, contudo, não os tornam idênticos. No estudo da natureza jurídica do direito de laje, objeto deste trabalho, é preciso analisar a distinção deste para outros direitos reais já existentes. Dessa forma, não obstante existam outras diferenciações a serem feitas no decorrer desta monografia, a distinção entre o direito de laje e o direito de superfície é fundamental para compreender a adequada natureza jurídica desse novo direito, razão pela qual lhe é dedicado um capítulo inteiro.

3.1 DIREITO DE SUPERFÍCIE

O título deste capítulo de logo indica o que virá a ser discutido, bem como qual a conclusão obtida nessa investigação. Para tanto, é necessário compreender o que vem a ser o direito real de superfície e como este atualmente se apresenta no ordenamento jurídico. A análise pauta-se no ideal de modelos jurídicos e dogmáticos, conforme o ensinamento de Judith Martins-Costa⁷², compatibilizado com a ordem das fontes de pesquisa para a construção da argumentação jurídica proposta por Nitish Monebhurrn⁷³.

3.1.1 Noções Iniciais. Conceito.

O direito de superfície tem sua origem exclusivamente romana⁷⁴, quando começou a serem permitidas construções no solo alheio, por uma questão de necessidade prática, o que

⁷⁰ Neste sentido cf. ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2017; RODRIGUES JÚNIOR, 2016.

⁷¹ Para aprofundamento cf. CARBONARI, 2008; LIRA, 2002; MAZZEI, 2007.

⁷² MARTINS-COSTA, Judith. Apresentação. Autoridade e utilidade da doutrina: A construção dos modelos doutrinários. In: *Modelos de Direito Privado*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. passim.

⁷³ MONEBHURRUN, Nitish. *Manual de Metodologia Jurídica: técnicas para argumentar em textos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2015. p 40.

⁷⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito de superfície. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano3, n. 5, 2005. p. 272.

acabara por dar início a um novo paradigma em oposição à noção anterior de que a *superficies solo cedit* (superfície segue o solo)⁷⁵. Diferente do instituto vigente no Código Civil pátrio, no Direito Romano o direito de superfície (*ius superficiei*) não abrange a possibilidade de haver plantações em terreno alheio, mas somente construções⁷⁶.

No Brasil, o instituto surgiu em 2001, a partir da lei nº 10.257 (Estatuto da Cidade), e fora introduzido no Código Civil de 2002, sem disposições correspondentes no Código de 1916. Em verdade, esta espécie de direito real na coisa alheia surgiu como uma substituição vantajosa à enfiteuse, que se encontrava em desuso⁷⁷, uma vez que não mais guardava conexão com a realidade socioeconômica do país⁷⁸. O direito de superfície, assim como no Direito Romano, surgiu como uma melhoria ao estar harmonizado com a função social e ao permitir uma melhor utilização da coisa⁷⁹.

Estes aspectos também foram trazidos por Orlando Gomes no seu Anteprojeto de Código Civil, publicado em 1963, apesar de serem concretizados somente no século seguinte⁸⁰. O autor esclarece que a restauração do direito de superfície já vinha sendo feito por outros países, mesmo que “sob forma nova e em outra perspectiva”⁸¹, uma vez que este servia para facilitação de construções e, conseqüentemente, resolver problemas de habitação. Em sua sugestão legislativa, acrescenta ainda que o instituto não se limita às construções, devendo servir também a “outras acessões do solo, como as plantações”⁸².

Assim, não obstante o estudo que será desenvolvido nos demais tópicos, o conceito mais completo é apresentado por Pablo Stolze, em seu exame de cada dispositivo trazido no Código Civil de 2002, definindo, portanto, o direito de superfície como o “direito de construir e plantar em imóvel alheio, conferido pelo fundeio (proprietário do solo) em benefício do superficiário (titular do direito), que passará a exercer a posse direta da coisa, dentro de prazo determinado”⁸³. A análise da definição, de logo, aponta algumas características que compõe esse instituto, como temporariedade⁸⁴ e posse direta, o que não elimina a existência de outras,

⁷⁵ SILVA, Américo Luís Martins da. Do regime de concessão do direito de superfície. *Revista da AGU*, Brasília, ano 8, n. 20, abr./jun. 2009. p. 45.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 46.

⁷⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito de superfície. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 3, n. 5, 2005. p. 272.

⁷⁸ STOLZE, Pablo. *Código Civil Comentado: Direito das Coisas. Superfície. Servidões. Usufruto. Uso. Habitação. Direito do Promitente Comprador*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 20.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 21.

⁸⁰ GOMES, Orlando. *Código Civil: projeto Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. nota explicativa.

⁸¹ *Ibid.*, p. 67.

⁸² *Ibid.*, p. 68.

⁸³ STOLZE, Pablo. *Código Civil Comentado: Direito das Coisas. Superfície. Servidões. Usufruto. Uso. Habitação. Direito do Promitente Comprador*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 22.

⁸⁴ Expressão utilizada por Orlando Gomes para indicar que a constituição do direito de superfície deve ser por tempo determinado em: GOMES, Orlando. *O Direito de Superfície*. Rio de Janeiro: GB, 1972. p. 3.

a exemplo da vedação de realização de obras no subsolo e a instituição por escritura pública. Para além dessas, há outras que serão trazidas nos pontos seguintes e serão objeto de apreciação dentro dos modelos (legal, jurisprudencial e doutrinário).

3.1.2 Regime jurídico: modelo legal

O direito real de superfície encontra-se disciplinado nos artigos 1.369 a 1.377 do Código Civil de 2002, presentes no Livro III (Direito das Coisas), bem como nos artigos 21 a 24 do Estatuto da Cidade, Lei n.º 10.257/01. Para melhor compreensão deste instituto, seu exame parte, inicialmente, da análise do texto legal. A redação dos dispositivos do Estatuto e do Código carregam algumas distinções passíveis de diversas discussões teóricas, inclusive com posições que defendem a existência de duas espécies de direito de superfície⁸⁵, ou ainda correntes que defendem a interpretação e a aplicação das legislações de diversas formas⁸⁶. Neste ponto o estudo é da letra da lei, sendo as considerações doutrinárias e jurisprudenciais trazidas em momento oportuno.

O artigo 1.369, *caput*, do Código Civil dispõe que o “proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis”⁸⁷. Essa concessão de superfície para plantar ou construir não autoriza que estas sejam feitas no subsolo, salvo se for imprescindível ao objeto de concessão, conforme disciplinado pelo parágrafo único desse dispositivo. As primeiras lições que podem ser tiradas deste dispositivo é que o direito de superfície abrange plantação e construção, é temporário, possui requisito formal para sua constituição (escritura pública) e, em regra, não permite construções no subsolo.

O artigo 21, *caput* e §1º do Estatuto da Cidade apresenta redação distinta à do Código, carregando trechos que são verdadeiros contrapontos, restrições ou ampliação da disposição civil. O primeiro aspecto de análise é o proprietário do solo que concede a superfície que, para o Estatuto, será apenas o urbano. Neste sentido, a lei não prevê o direito de plantação, como no Código Civil pátrio, limitando-se apenas a possibilidade de construção. Estas restrições são

⁸⁵ SILVA, Américo Luís Martins da. Do regime de concessão do direito de superfície. *Revista da AGU*, Brasília, ano 8, n. 20, abr./jun. 2009. *passim*.

⁸⁶ MAZZEI, Rodrigo Reis. *O direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro*. 2007. 406 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 200 – 206. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7813>> . Acesso em: 09 jun. 2018

⁸⁷ BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.369, *caput*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 03 jun. 2018.

justificáveis pela especialidade da lei, que visa estabelecer diretrizes gerais da política urbana, sendo sua aplicação apenas no âmbito das zonas urbanas, cabendo ao Código dispor sobre o instituto no âmbito rural.

Outra marca do art. 21, *caput* e §1º da lei nº 10.257/01 é a possibilidade do direito de superfície ser concedido por tempo determinado ou indeterminado, o que engloba um espectro mais amplo de situações em comparação ao Código de 2002, que traz o caráter temporário do instituto como característica essencial a este. O Estatuto da Cidade ainda se contrapõe a legislação civil no tocante à concessão de superfície poder ocorrer sobre o solo, o subsolo ou o espaço aéreo do terreno, o que é, em regra, vedado pelo parágrafo único do art. 1.369 do Código Civil. Nestes pontos, portanto, há um conflito de normas, sem solução em si mesma, necessitando de interpretação doutrinária.

Não obstante o conflito, os dispositivos comparados convergem quanto à exigência formal de escritura pública registrada em cartório. Com efeito, é possível verificar outros pontos de semelhanças nas legislações, o que permite uma compreensão mais uniforme sobre o regime jurídico do direito de superfície. O primeiro deles encontra-se nos artigos 1.370 do Código e 21, §2º do Estatuto, que tratam da concessão do direito de superfície que pode ser feita em caráter gratuito ou oneroso. O Código acrescenta ainda que o pagamento, na modalidade de concessão onerosa, poderá ser feito de uma vez ou parcelado, a depender da vontade das partes. Outras disposições que carregam alguma correspondência são os artigos 21, §3º da Lei nº 10.257/01 e 1.371 da legislação civil, os quais esclarecem que a responsabilidade pelos encargos e tributos incidentes sobre o imóvel serão do superficiário.

Nesta linha, o regime jurídico do direito de superfície também se encontra harmonizado no Código Civil⁸⁸ e no Estatuto da Cidade⁸⁹ em relação ao direito de preferência do proprietário e do superficiário frente a terceiros, nos casos de alienação do terreno ou do direito de superfície. Esses dispositivos pressupõem a existência de uma característica importante do instituto, inclusive capaz de diferenciá-lo de outros direitos reais⁹⁰, que é a possibilidade de alienação do direito de superfície. Isto é, a transmissibilidade do direito, que, em verdade, está expressa nos artigos 1.372 do Código e 21, §§4º e 5º do Estatuto.

⁸⁸ BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.373. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 03 jun. 2018.

⁸⁹ BRASIL. *Estatuto da Cidade*. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Art. 22. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/leis_2001/L10257.htm> Acesso em: 09 jun. 2018.

⁹⁰ O direito de superfície não se confunde com a servidão, outro direito real autônomo, por conta da inalienabilidade atribuída a estas, dentre outros aspectos de diferenciação conforme: MAZZEI, Rodrigo Reis. *O direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro*. 2007. 406 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 265-268. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7813>> . Acesso em: 09 jun. 2018

No que se refere à transmissibilidade, ambas as legislações preveem a transferência do direito a terceiros ou herdeiros, no entanto alguns trechos levantam o questionamento quanto a compatibilidade dos dispositivos. O § 4º do artigo 21 da lei nº 10.257/01 aduz que o direito de superfície pode ser transferido à terceiro, desde que “obedecidos os termos do contrato respectivo”. Já o Código Civil, artigo 1.372, parágrafo único, veda ao concedente, titular do direito, estipular qualquer pagamento pela transferência, por meio de nenhum título, o que pode ser considerado uma limitação contratual. Essa limitação pode ser positiva se visar impedir o vínculo perpétuo entre o fundeio e o superficiário, como nas enfiteuses.

Os artigos seguintes dispõem sobre a extinção do direito de superfície, o que corrobora para a compreensão de que de fato este direito tem caráter temporário, razão pela qual não poderia ser concedido por tempo indeterminado, como pretende o Estatuto⁹¹, mas não é autorizado pelo Código⁹². O direito de superfície poderá ser extinto basicamente de três formas⁹³, seja a regular, com o advento do termo, ou a excepcional, através de descumprimento de obrigação e desapropriação. O advento do termo final é o modo regular de extinção, pois decorre justamente da temporariedade da concessão de superfície, tem sua previsão no artigo 23, I do Estatuto da Cidade, bem como, de forma implícita, no artigo 1.374 do Código Civil.

As formas excepcionais de extinção da concessão de superfície, neste trabalho foram assim consideradas, dado que, em regra, não é modo pretendido pelo titular do direito, mas ocorre por efeito ou motivação externa à sua vontade. A primeira delas é pelo “descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário”⁹⁴, tendo como exemplo os casos em que é dada ao terreno uma “destinação diversa daquela para a qual for concedida”, hipótese expressamente prevista nos artigos 1.374 do Código e 24, §1º do Estatuto. A outra forma de extinção excepcional do direito de superfície é aquela que decorre de uma desapropriação, mencionada somente no Código Civil, em seu artigo 1.376.

Finda a concessão, o proprietário retoma a propriedade plena da superfície, bem como sobre as construções, plantações, acessões e benfeitorias realizadas no terreno. Este efeito

⁹¹ BRASIL. *Estatuto da Cidade*. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Art. 21, *caput*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/leis_2001/L10257.htm> Acesso em: 09 jun. 2018

⁹² BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.369, *caput*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 03 jun. 2018.

⁹³ Outras formas de extinção, como a renúncia, reunião dos direitos em uma mesma pessoa, dissenso mútuo, por condição resolutiva e não conclusão de obras no prazo acordado, conforme elenca Frederico Lima em: 9. LIMA, Frederico Henrique Viegas de. O direito de superfície como instrumento de planificação urbana. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 12.

⁹⁴ BRASIL. *Estatuto da Cidade*. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Art. 23, inciso II. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/leis_2001/L10257.htm> Acesso em: 09 jun. 2018

ocorrerá independente do pagamento de indenizações, salvo se as partes estipularem em contrário⁹⁵. Em hipótese de extinção em decorrência da desapropriação, surge o direito de indenização ao fundeio e ao superficiário, obedecendo aos valores do direito real de cada um, conforme o artigo 1.376 do Código Civil. Ademais, o Estatuto da Cidade prevê ainda que a extinção do direito deve ser averbada no cartório de registro de imóveis (art. 24,§2º), o que é uma formalidade que decorre, logicamente, do modo de constituição.

Neste sentido, a lei que dispõe sobre os registros públicos, nº 6.015/73, em alteração realizada pelo próprio Estatuto, determina em seu artigo 167 que no Registro de Imóveis, além da matrícula, deverá ser realizado o registro da “constituição do direito de superfície de imóvel urbano”⁹⁶ e a averbação da “extinção do direito de superfície do imóvel urbano”⁹⁷. Isto é, assim como é registrada a concessão, deve ser averbada a extinção do direito de superfície. Inobstante a ausência dessa regra no Código, não descaracteriza este requisito formal, ao menos no tocante aos imóveis urbanos.

O último dispositivo é o artigo 1.377 do Código de 2002, sem disposição semelhante no Estatuto, versa sobre a aplicação do direito de superfície para pessoas jurídicas de direito público interno, que poderá reger-se por esta lei “no que não for diversamente disciplinado em lei especial”⁹⁸. Isto é, no caso de concessão de superfície de pessoa jurídica de direito público, o Código Civil poderá ser aplicado supletivamente, caso haja lacuna em lei especial e a disposição não seja contrária a esta. Esse dispositivo não se refere ao Estatuto da Cidade, que não se restringe a essa categoria de pessoas, em verdade, sua restrição é quanto a zona urbana e rural, não quanto aos sujeitos, persistindo, portanto as incompatibilidades entre as legislações.

A leitura pura e simples destes dispositivos legais, intenção inicial, evidencia a contradição ou ampliação do regime de direito de superfície, como na hipótese de concessão por tempo indeterminado ou sobre o subsolo como regra, que possivelmente só poderão ser harmonizadas a partir da interpretação jurisprudencial e doutrinária desses artigos, segunda e terceira parte desta análise.

⁹⁵ Artigo 1.375 do Código Civil c/c artigo 24, *caput* da lei nº 10.257/01, Estatuto da Cidade.

⁹⁶ BRASIL. *Estatuto da Cidade*. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Art. 167, I, 39. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/leis_2001/L10257.htm> Acesso em: 09 jun. 2018.

⁹⁷ *Ibid.*, Art. 167, II, 20.

⁹⁸ BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.377. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 03 jun. 2018.

3.1.3 Modelo jurisprudencial

Conhecendo a redação dos dispositivos é necessário analisar, dentro de temáticas específicas e delimitadas, como Poder Judiciário tem aplicado as leis relativas ao direito de superfície (Código Civil e Estatuto) diante de conflitos que envolvem diretamente ou tangenciam este direito. Assim, para exemplificar e analisar o comportamento jurisprudencial, bem com comparar este ao texto legal, faz-se necessário apresentar as decisões judiciais categorizadas sob os seguintes temas: Constituição e extinção do direito: exigências formais; Transmissibilidade; Superfície vs. Propriedade, penhora e garantia; Hipóteses de extinção do direito de superfície e seus efeitos.

A busca dos julgados deu-se no âmbito do site do Jusbrasil, utilizando como palavras-chave “direito de superfície”, sem as aspas. No tocante ao Tribunal de origem da decisão, foi selecionado todos os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça, além do Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Com estas opções de filtro apareceram mais de mil decisões, razão pela qual se optou por ordenar os julgados segundo o critério da “Relevância”. Foram selecionando aproximadamente 10 decisões, cujo critério central pautou-se nas Ementas que abordavam os elementos do direito de superfície. Por fim, os atos decisórios foram analisados e agrupados a partir de elementos que os assemelhe, resultando na categorização abaixo exposta.

3.1.3.1 Constituição e extinção do direito: exigências formais.

Os dispositivos iniciais que versam acerca da constituição do direito de superfície, de ambos os diplomas legais, concordam no ponto da necessidade de instituir este direito “mediante escritura pública devidamente registrada no cartório de registro de imóveis”⁹⁹. A lógica dessa exigência formal persegue o instituto desembocando, inclusive, nos artigos que tratam da extinção da concessão de superfície. Neste aspecto, a convergência do Código e do Estatuto não é tão precisa, no entanto, como dito, a exigência de averbação deve-se dar pelo menos no tocante aos imóveis localizados em zona urbana. Diante disso, resta a apreciação das decisões que dispõem sobre estas formalidades.

A primeira decisão sobre esta temática é o Acórdão proferido pelo Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede da Apelação nº 1099413-

⁹⁹ Esse trecho é encontrado expressamente tanto no artigo 21, *caput* do Estatuto da Cidade, quanto no artigo 1.369, *caput* do Código Civil de 2002.

38.2015.8.26.0100¹⁰⁰ interposta por uma sociedade empresária em face do oficial de registro de imóveis que recusou registrar contrato de concessão de direito de superfície e de promessa de permuta. O órgão negou provimento ao recurso aduzindo a atipicidade do ato registral de promessa de permuta, bem como a impossibilidade de registro de contrato particular que constituiu direito de superfície, uma vez que este deveria ter sido feito por escritura pública, em consonância com o mandamento legal¹⁰¹.

Outra decisão, cujo objeto principal de discussão fora uma reintegração de posse, tratou, de forma riquíssima, da extinção do direito de superfície em seu aspecto formal, foi o Acórdão nº 100.370, proferido no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2010.3.016432-5¹⁰², pela 4ª Câmara Cível Isolada do Tribunal de Justiça do Pará. No bojo da decisão, a relatora entendeu que um contrato de cessão de uso, realizado entre a empresa CODEBAR (proprietária do terreno) e o Município de Barcarena - PA, em verdade tratava-se de negócio jurídico de concessão de direito de superfície. Posteriormente a isto a Prefeitura transmitiu o seu direito à terceiro, em conformidade com os artigos 1.372 do Código Civil e 21,§4º Estatuto da Cidade.

Assim, a luz do artigo 1.377 do Código, por tratar-se de concessão de superfície por pessoa jurídica de direito público interno, vez que o município figurava em um dos polos, o Acórdão estabeleceu que a lei aplicável ao caso fosse o Estatuto da Cidade, admitindo o caráter indeterminado da concessão, conforme disposto em seu artigo 21, *caput*. Reconhecendo, portanto, a regularidade da concessão de superfície, o Tribunal compreendeu que a CODEBAR (proprietária) partilhou o imóvel e realizou a venda de forma irregular, visto que, antes, não extinguiu o direito de superfície através da averbação exigida no artigo 24, §2º do Estatuto. Não obstante este não tenha sido o objeto central da decisão, a compreensão do instituto do direito de superfície e a observância suas exigências formais demonstraram-se fundamentais à análise do pleito.

¹⁰⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Conselho Superior da Magistratura. Apelação nº 1099413-38.2015.8.26.0100. Apelante: Zabo Engenharia S/A. Apelado: 5º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo. Relator: Des. Pereira Calças. São Paulo, SP, 6 de outubro de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, Caderno 1 (Administrativo), 2218. ed., SP, 10 out. 2016. Seção II, p. 11.

¹⁰¹ Nos termos da ementa: “REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida – Promessa de permuta – Impossibilidade de registro, à míngua de previsão no rol do art. 167, I, da lei 6015/73, que é taxativo – Direito de superfície veiculado em contrato particular – Impossibilidade de registro, pela necessidade da forma pública, nos moldes dos artigos 1369 do Código Civil e 21 da Lei 10.257/01 – Dúvida procedente – Recurso improvido.” (TJSP; Apelação 1099413-38.2015.8.26.0100; Relator (a): Pereira Calças; Órgão Julgador: Conselho Superior de Magistratura; Foro Central Cível - 1ª Vara de Registros Públicos; Data do Julgamento: 06/10/2016; Data de Registro: 11/10/2016).

¹⁰² PARÁ. Tribunal de Justiça. 4ª Câmara Cível Isolada. Agravo de Instrumento nº 2010.3.016432-5. Agravante: Terraplana Ltda. Agravado: Instituto Zita Cunha. Relatora: Desa. Maria de Nazaré Saavedra Guimarães. Belém, PA, 05 de setembro de 2011. Diário da Justiça Eletrônico, 4879/2011. ed., PA, 09 set. 2011. p. 87.

3.1.3.2 Transmissibilidade.

Nos termos dos artigos 1.372 do Código Civil e 21, §§4º e 5º do Estatuto da Cidade é expressamente possível ocorrer à transmissão do direito de superfície, seja esta por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, podendo ainda ser de forma gratuita ou onerosa, conforme artigo 21, §2º do Estatuto e o artigo 1.370 da legislação civil. Neste sentido também se posiciona a jurisprudência, a exemplo do Acórdão nº 781.347 do TJ-DF, publicado nos autos do Agravo de Instrumento nº 2013.00.2.027495-6¹⁰³, que caracteriza a transmissibilidade como “uma das principais marcas do direito de superfície”¹⁰⁴.

Malgrado a decisão reconheça este aspecto, em observância ao caso concreto, nega a transmissibilidade do direito aos herdeiros em razão do direito não ter sido “instituído regularmente por meio de instrumento público”¹⁰⁵. Assim, nota-se que o descumprimento da forma prescrita em lei para a constituição do direito de superfície sobrepõe-se à transmissibilidade, visto que este vício formal afeta a validade do negócio jurídico¹⁰⁶, tornando-o passível de nulidade, segundo o artigo 166, IV do Código Civil.

3.1.3.3 Superfície vs. Propriedade, penhora e garantia.

A propriedade e a superfície são direitos reais autônomos e distintos, assim caracterizados por pertencerem ao rol taxativo do artigo 1.225, inciso I e II do Código Civil de 2002. Neste sentido, a jurisprudência vem agindo em consonância com a lei ao reconhecer a distinção desses institutos, conforme os dois julgados que serão trazidos para análise. O primeiro deles fora proferido em 2004, quando o Código iniciava sua consolidação no cenário nacional; e o segundo é do início de 2018, o que pode ser considerado recente.

A decisão do Recurso Inominado nº 71000548511¹⁰⁷, prolatada pela Terceira Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, trouxe logo no início da Ementa a noção de “direito de superfície é distinto do direito de propriedade sobre o terreno,

¹⁰³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. 5ª Turma Cível. Agravo de Instrumento nº 2013.00.2. 027495-6. Agravante: Suelene Dias De Vasconcelos. Agravado: Sueli Alexandre e Silva e outros. Relator: Des. João Egmont. Brasília, DF, 23 de abril de 2014. Diário da Justiça Eletrônico, 77/2014. ed., DF, 29 abr. 2014. p. 152.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. 5ª Turma Cível. Agravo de Instrumento nº 2013.00.2. 027495-6. Agravante: Suelene Dias De Vasconcelos. Agravado: Sueli Alexandre e Silva e outros. Relator: Des. João Egmont. Brasília, DF, 23 de abril de 2014. Diário da Justiça Eletrônico, 77/2014. ed., DF, 29 abr. 2014. p. 152.

¹⁰⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 381.

¹⁰⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Turma Recursal Cível. Recurso Inominado nº 71000548511. Recorrente: Carlos Oliveira. Recorrido: Jesiel Gonçalves. Relatora: Dra. Maria José Schmitt Sant Anna. Porto Alegre, RS, 10 de agosto de 2004.

conforme nova ordem jurídica”¹⁰⁸. O feito fora extinto sem julgamento de mérito, uma vez que houve o reconhecimento da necessidade de dilação probatória que ultrapassou a competência do Juizado Especial. No entanto, no corpo da decisão, os nobres julgadores ressaltaram a diferenciação dos direitos ao esclarecer que a aquisição limitou-se à área do terreno, o que não poderia ser confundido com o direito de superfície, embora ambos pudessem coexistir.

O outro Acórdão em destaque foi apresentado nos autos da Apelação nº 0217714-13.2014.8.04.0001¹⁰⁹, que fora recebida pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, como um Agravo de Instrumento pela ocorrência de “erro induzido por ato do próprio poder judiciário”¹¹⁰. No tocante ao direito de superfície, a decisão também frisou a distinção dos institutos, esclarecendo que a penhora ocorrida no caso concreto diz respeito “não a propriedade do terreno em si [...] mas tão somente, sobre o direito de superfície, consoante foi outrora concedido a ora recorrente”¹¹¹. Para além da diferenciação dos direitos, essa assertiva traz à tona a reflexão acerca do direito de superfície servir como garantia à execução.

A concessão do direito de superfície pode ser onerosa, o que somada a possibilidade de ser alienado, expressamente admitida pelo Código¹¹² e o Estatuto¹¹³, implica a este direito expressão econômica, podendo ser objeto de penhora¹¹⁴. Dessa forma, semelhante ao Acórdão anterior, a 24ª Câmara de Direito Privado do TJ de São Paulo, em sede de Agravo de

¹⁰⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Turma Recursal Cível. Recurso Inominado nº 71000548511. Recorrente: Carlos Oliveira. Recorrido: Jesiel Gonçalves. Relatora: Dra. Maria José Schmitt Sant Anna. Porto Alegre, RS, 10 de agosto de 2004.

¹⁰⁹ AMAZONAS. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Cível. Apelação nº 0217714-13.2014.8.04.0001. Apelante Cetram - Central de Tratamentos de Resíduos da Amazônia. Apelados: Eternal Indústria Comércio Serviços e Tratamentos de Resíduos da Amazônia Ltda. e Elementos de Aço, Produção de Perfis Ltda. Relator: Des. João de Jesus Abdala Simões. Manaus, AM, 26 de março de 2018. Diário da Justiça Eletrônico, Caderno Judiciário - Capital, 2363. ed., AM, 06 abr. 2016. p. 55.

¹¹⁰ AMAZONAS. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Cível. Apelação nº 0217714-13.2014.8.04.0001. Apelante Cetram - Central de Tratamentos de Resíduos da Amazônia. Apelados: Eternal Indústria Comércio Serviços e Tratamentos de Resíduos da Amazônia Ltda. e Elementos de Aço, Produção de Perfis Ltda. Relator: Des. João de Jesus Abdala Simões. Manaus, AM, 26 de março de 2018. Diário da Justiça Eletrônico, Caderno Judiciário - Capital, 2363. ed., AM, 06 abr. 2016. p. 55.

¹¹¹ AMAZONAS. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Cível. Apelação nº 0217714-13.2014.8.04.0001. Apelante Cetram - Central de Tratamentos de Resíduos da Amazônia. Apelados: Eternal Indústria Comércio Serviços e Tratamentos de Resíduos da Amazônia Ltda. e Elementos de Aço, Produção de Perfis Ltda. Relator: Des. João de Jesus Abdala Simões. Manaus, AM, 26 de março de 2018. Diário da Justiça Eletrônico, Caderno Judiciário - Capital, 2363. ed., AM, 06 abr. 2016. p. 55.

¹¹² BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.373. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 03 jun. 2018.

¹¹³ BRASIL. *Estatuto da Cidade*. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Art. 22. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/leis_2001/L10257.htm> Acesso em: 09 jun. 2018.

¹¹⁴ O artigo 835 do Código de Processo Civil traz a ordem dos bens aos quais a penhora poderá recair e o seu inciso XIII autoriza que isto ocorra sobre direitos em gerais. Ressalta-se que esse dispositivo deve ser analisado combinado com o artigo 833 do CPC, que elenca os bens impenhoráveis e não inclui o direito de superfície.

Instrumento nº 2202786-43.2016.8.26.0000¹¹⁵, manteve a decisão do juízo *a quo* no sentido de negar a substituição da penhora em dinheiro por direito de superfície. A negativa fundamentou-se nas características específicas do caso, uma vez que a superfície oferecida à penhora “não garante o montante da execução e é de difícil alienação”¹¹⁶.

Ainda neste sentido, a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimento ao recurso de Apelação nº 5000709-09.2012.4.04.7104/RS¹¹⁷, interposto pela Caixa Econômica Federal em face de sentença que determinou que esta aceitasse como garantia “imóveis urbanos de que seja titular de propriedade originária o município e titular de propriedade superficiária moradores do município”¹¹⁸. A decisão afirmou que o direito real de superfície pode servir de garantia esclarecendo que não existe impedimento, como alegado pela empresa pública, em verdade “há clara previsão legal nesse sentido (Lei nº 9.514/97, art. 22, § 1º, IV, e Código Civil, art. 1.473, X)”¹¹⁹.

3.1.3.4 Hipóteses de extinção do direito de superfície e seus efeitos.

A extinção do direito de superfície pode decorrer de algumas situações que aqui neste trabalho foram categorizadas em modo regular, o advento do termo, e excepcional, o descumprimento de obrigação e a desapropriação. Como supramencionado, a extinção do direito pode ser acompanhada de indenização, a depender do que fora acordado, salvo no caso de desapropriação, cuja indenização proporcional é imposta pela lei¹²⁰. Desta forma, existem

¹¹⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 24ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento nº 2202786-43.2016.8.26.0000. Agravante: Agrovía S/A. Agravado: All América Latina Logística S/A e outros. Relatora: Des. Jonize Sacchi de Oliveira. São Paulo, SP, 26 de janeiro de 2017. Diário da Justiça Eletrônico, 2300. ed., SP, 06 mar. 2017. p. 2132.

¹¹⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 24ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento nº 2202786-43.2016.8.26.0000. Agravante: Agrovía S/A. Agravado: All América Latina Logística S/A e outros. Relatora: Des. Jonize Sacchi de Oliveira. São Paulo, SP, 26 de janeiro de 2017. Diário da Justiça Eletrônico, 2300. ed., SP, 06 mar. 2017. p. 2132.

¹¹⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª região. Quarta Turma. Apelação nº 5000709-09.2012.4.04.7104. Apelante: Caixa Econômica Federal - CEF. Apelados: Município de Pontão -RS. Relator: Juiz Federal Eduardo Vandré O L Garcia. Porto Alegre, RS, 28 de setembro de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8480040&termosPesquisados=IDUwMDA3MDkwOTIwMTI0MDQ3MTA0IA==>. Acesso em: 21 de jun. 2018.

¹¹⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª região. Quarta Turma. Apelação nº 5000709-09.2012.4.04.7104. Apelante: Caixa Econômica Federal - CEF. Apelados: Município de Pontão -RS. Relator: Juiz Federal Eduardo Vandré O L Garcia. Porto Alegre, RS, 28 de setembro de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8480040&termosPesquisados=IDUwMDA3MDkwOTIwMTI0MDQ3MTA0IA==>. Acesso em: 21 de jun. 2018

¹¹⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª região. Quarta Turma. Apelação nº 5000709-09.2012.4.04.7104. Apelante: Caixa Econômica Federal - CEF. Apelados: Município de Pontão -RS. Relator: Juiz Federal Eduardo Vandré O L Garcia. Porto Alegre, RS, 28 de setembro de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8480040&termosPesquisados=IDUwMDA3MDkwOTIwMTI0MDQ3MTA0IA==>. Acesso em: 21 de jun. 2018.

¹²⁰ BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.376. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 03 jun. 2018.

decisões judiciais disciplinando a extinção da concessão em conexão com seus efeitos, como brevemente será exemplificado.

A decisão colegiada prolatada pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia no julgamento da Apelação nº 0373404-76.2012.8.05.0001¹²¹, em exame ao contrato de concessão do direito de superfície, verificou a ausência de cláusula que estabelece indenização por benfeitorias e acessões ao final direito, negando o pleito do Apelante. No caso, a extinção decorreu do descumprimento contratual, vez que o superficiário encontrava-se inadimplente, fato que “por expressa previsão contratual da cláusula nona, inciso II, daria ensejo à dissolução do contrato”¹²².

Semelhante ao anterior, o segundo exemplo dispõe acerca da possibilidade de indenização por benfeitorias, desde que assim estipulado pelas partes. Os desembargadores da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação nº 0000683-25.2015.8.26.0418¹²³, acompanharam o voto do relator que destacou a ausência de comprovação da “existência de estipulação do recebimento de indenização, em caso de extinção da concessão do direito de superfície”¹²⁴. No que toca ao contrato do caso concreto ainda há uma peculiaridade passível de questionamento.

Em verdade, o negócio jurídico não poderia ser reconhecido como concessão de direito de superfície em virtude da inobservância as formalidades exigidas pelas leis (art. 1.369 do CC/02 e art. 21 do Estatuto). Essa compreensão é extraída da própria decisão, em que os julgadores reconhecem que “as partes celebraram contrato verbal, gratuito, sem termo certo, de concessão do chamado direito de superfície”¹²⁵. Salvo melhor entendimento, a oralidade do contrato impede a constituição do direito de superfície, devendo, portanto, a concessão ter sido tratada como outro instituto.

¹²¹ BAHIA. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara Cível. Apelação nº 0373404-76.2012.8.05.0001. Apelante: Emidio Ramos de Oliveira Neto. Apelados: Casa Pia e Colégio dos Órfãos de São Joaquim. Relator: Des. Regina Helena Ramos Reis. Salvador, BA, 31 de março de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, Caderno 1 (Administrativo), 1410. ed., BA, 10 abr. 2015. p. 229.

¹²² BAHIA. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara Cível. Apelação nº 0373404-76.2012.8.05.0001. Apelante: Emidio Ramos de Oliveira Neto. Apelados: Casa Pia e Colégio dos Órfãos de São Joaquim. Relator: Des. Regina Helena Ramos Reis. Salvador, BA, 31 de março de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, Caderno 1 (Administrativo), 1410. ed., BA, 10 abr. 2015. p. 229..

¹²³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0000683-25.2015.8.26.0418. Apelante: Rosangela dos Santos Miguel. Apelado: Nair Ribeiro de Jesus. Relator: Des. Fábio Podestá. São Paulo, SP, 11 de dezembro de 2017. Diário da Justiça Eletrônico, Caderno Judicial – 2ª Instância, 2487. ed., SP, 13 dez. 2017. p. 1966.

¹²⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0000683-25.2015.8.26.0418. Apelante: Rosangela dos Santos Miguel. Apelado: Nair Ribeiro de Jesus. Relator: Des. Fábio Podestá. São Paulo, SP, 11 de dezembro de 2017. Diário da Justiça Eletrônico, Caderno Judicial – 2ª Instância, 2487. ed., SP, 13 dez. 2017. p. 1966.

¹²⁵ Ibid.

3.1.4 Modelo doutrinário

Em geral, a jurisprudência restringe-se à aplicação da lei a partir de uma interpretação mais próxima possível do que diz a redação dos dispositivos. A doutrina, por sua vez, não se limita ao caso concreto, podendo abranger maiores aspectos e concepções a respeito do direito de superfície. As noções iniciais e conceituais do direito já foram expostas, restando agora um breve aprofundamento nas lições teóricas, discutir o posicionamento doutrinário quanto aos pontos controvertidos das leis, bem como as interpretações doutrinárias extensivas ao disposto no texto legal.

Sob a nova ordem constitucional a propriedade não é absoluta, estando limitada, entre outros aspectos, pelo cumprimento de sua função social. Neste sentido, Marise Cavalcanti indica que o direito de superfície apresenta-se como instrumento útil ao alcance dos objetivos constitucionais, seja na utilização do solo urbano ou rural¹²⁶. De fato, o direito de superfície fora introduzido no ordenamento jurídico como um dos instrumentos gerais de política urbana¹²⁷ e, posteriormente, sendo ampliado ao âmbito rural no Código Civil. Outros autores defendem que este direito pode ser aplicado a realização de propriedade horizontal em imóvel superficiário¹²⁸, o que Frederico Lima se opõe, fundamentado na “própria natureza jurídica da propriedade horizontal no direito brasileiro”¹²⁹.

Uma vez realizada a concessão da superfície sobre o mesmo solo coexistirão dois direitos distintos: a propriedade do solo e o direito plantar ou edificar sobre este terreno. O objeto do direito de superfície é, portanto, edificação e plantação, aos quais se denomina tecnicamente de implante¹³⁰. A legislação civil não previu como objeto do direito de superfície a manutenção de obra ou lavoura existente, o que pode ser considerado hipótese de concretização da função social¹³¹. A ausência desta previsão para alguns autores inadmita esta

¹²⁶ CAVALCANTI, Marise Pessôa. Superfície compulsória: instrumento de efetivação da função social da propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. passim.

¹²⁷ BRASIL. *Estatuto da Cidade*. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Art. 4º, inciso V, alínea “f”. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/leis_2001/L10257.htm > Acesso em: 09 jun. 2018.

¹²⁸ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 9.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 383.

¹³⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito de superfície. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano3, n. 5, 2005. p. 273 - 274.

¹³¹ *Ibid.*, p. 274.

forma de concessão do direito¹³², enquanto para outros implica em possibilidade inafastável “por participar da natureza do instituto”¹³³.

Conforme visto no estudo do modelo legal, os principais pontos de controvérsia entre o Estatuto da Cidade e o Código Civil fora a possibilidade do direito ser concedido por tempo indeterminado e a construção no subsolo, como regra. Neste sentido, o exame delimitar-se-á a estes dois aspectos, uma vez que o estudo destes demonstra-se, a primeira vista, mais útil e necessária à diferenciação deste direito do direito de laje.

Nos primeiros anos da vigência do Código Civil, diversos estudiosos posicionaram-se quanto à distinção do regime jurídico do direito de superfície desta lei e a do Estatuto da Cidade. Venosa¹³⁴ imputa ao intérprete “definir a aplicabilidade de ambos os diplomas legais”, defendendo a harmonização dos dois institutos. Outros autores defendem que o Código derogou as normas correspondentes no Estatuto da Cidade¹³⁵. Com efeito, os argumentos doutrinários mais pujantes habitam, sobretudo, na órbita da generalidade ou especialidade das leis, a exemplo de quem defende a derrogação dos dispositivos do Estatuto que disciplinam o direito de superfície, pautando-se no fato do Código de 2002 tratar do mesmo instituto com maior amplitude, por incluir a propriedade rural¹³⁶.

O posicionamento majoritário, por sua vez, compreende que a função social da propriedade sustenta-se por um microsistema, formado por múltiplos diplomas legais, que não podem ser interpretados de forma isolada¹³⁷. Esse entendimento é reforçado pelo Enunciado nº 93 da I Jornada de Direito Civil, o qual expressamente estabelece que os dispositivos relativos a direito de superfície previstos no Código Civil não revogam os constantes no Estatuto da Cidade, “por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano”. Dentre outros fundamentos, esta compreensão fora extraída do disposto no artigo 2º, §2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/42), que não permite que lei nova com disposições gerais revogue ou modifique lei anterior¹³⁸.

¹³² LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 11.

¹³³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito de superfície. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano3, n. 5, 2005. p. 274.

¹³⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito de superfície. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano3, n. 5, 2005. p. 275.

¹³⁵ STOLZE, Pablo. *Código Civil Comentado: Direito das Coisas. Superfície. Servidões. Usufruto. Uso. Habitação. Direito do Promitente Comprador*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 25.

¹³⁶ *Ibid.*, loc. cit.

¹³⁷ MAZZEI, Rodrigo Reis. *O direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro*. 2007. 406 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 200. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7813>> . Acesso em: 09 jun. 2018

¹³⁸ Essa explicação fora extraída da “Justificativa” apresentada pela Dra. Sônia Regina Mury, Advogada da União no Distrito Federal, em sua proposta de enunciado diverso ao aprovado. Disponível em:

Dessa forma, dispondo do enunciado como premissa¹³⁹, verifica-se que o critério de interpretação fixado é o da especialidade em detrimento do cronológico¹⁴⁰, restando por os olhos sobre os pontos controvertidos das legislações, a fim de apresentar as sugestões de compatibilização dos institutos. O primeiro ponto controverso é a possibilidade de concessão do direito de superfície abranger o subsolo, que está expressamente autorizado no Estatuto, contudo relativamente proibido¹⁴¹ no Código de 2002. O Estatuto ainda possibilita o direito de superfície sobre o espaço aéreo em cima do terreno¹⁴², questão que o Código nem abordou.

Não obstante a redação truncada¹⁴³ do artigo 1.369, parágrafo único do CC/02, Rodrigo Mazzei afirma que o legislador permite obras no subsolo, uma vez que proibição relativa alcança apenas “obras dispersas do objeto de concessão, isto é, sem inerência a esta”¹⁴⁴. Assim também, Ricardo Lira reforça a falta de clareza do dispositivo e afirma que a lei parece estar proibindo “a concessão da superfície do subsolo, mas na realidade ele interdita a realização de obras no subsolo se elas não são o objeto da própria concessão”¹⁴⁵. Portanto, a previsão do Estatuto da concessão abranger o subsolo é compatível com o Código, conforme entendimento doutrinário neste sentido.

O segundo ponto controverso é o caráter temporário indeterminado da concessão do direito de superfície, previsto somente no Estatuto da Cidade, uma vez que, como dito, o Código Civil permite a concessão somente por tempo determinado. Orlando Gomes¹⁴⁶, na explicação do seu Anteprojeto, aponta que a concessão deve ser feita por tempo determinado. Em outro momento, o autor aduz que a temporariedade é um estímulo à concessão do direito,

<<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf/view>>. Acesso em: 23 jun. 2018.

¹³⁹ A observância aos enunciados decorrentes de Jornadas de Direito Civil mostra-se necessária, visto que são fruto de vasto debate e atuam como “um seguro roteiro de interpretação do Código Civil de 2002, representando uma tentativa de preenchimento das inúmeras cláusulas gerais”, conforme assevera: TARTUCE, Flávio. A volta das jornadas de direito civil. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121820021/a-voltas-jornadas-de-direito-civil>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

¹⁴⁰ TEIXEIRA, Ivo Jorge Rocha. Direito de superfície e o aparente conflito de normas entre Código Civil e Estatuto da Cidade. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2451, 18 mar. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14506>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

¹⁴¹ MAZZEI, Rodrigo Reis. *O direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro*. 2007. 406 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 336. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7813>>. Acesso em: 09 jun. 2018

¹⁴² LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 216.

¹⁴³ MAZZEI, Rodrigo Reis. *O direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro*. 2007. 406 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 336. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7813>>. Acesso em: 09 jun. 2018

¹⁴⁴ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁴⁵ LIRA, Ricardo Pereira. O Novo Código Civil, Estatuto da Cidade, Direito de Superfície. In: SEMINÁRIO EMERJ, 2002, Rio de Janeiro. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II. Rio de Janeiro: EMERJ, julho/2002 a abril/2003. p. 153-154.

¹⁴⁶ GOMES, Orlando. *Código Civil: projeto Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 68.

o que não impede que este seja feito de modo perpétuo¹⁴⁷. No entanto, Venosa¹⁴⁸ esclarece que com o fim da enfiteuse e instituição de um direito substituto com prazo determinado, a modalidade perpétua é vedada por nosso ordenamento. Nesta lógica, Mazzei reforça que a possibilidade de concessão perpétua é capaz de criar situações violadoras da função social da propriedade¹⁴⁹.

Assim sendo, Venosa afirma que a perpetuidade não se confunde com o prazo indeterminado¹⁵⁰; assevera, contudo, que a “possibilidade do prazo indeterminado é inconveniente, mormente porque o Estatuto não disciplina prazo razoável para a rescisão”¹⁵¹. Nesta linha, o autor sugere, de forma adequada, que mesmo na hipótese de concessão da superfície por prazo indeterminado, deve haver a estipulação entre as partes de um “prazo razoável para a chamada denúncia vazia ou imotivada”¹⁵². A ausência do prazo poderá ensejar em conflito que, se levado ao Judiciário, será apreciado nos termos do artigo 473 do Código (rescisão unilateral)¹⁵³.

A resolução unilateral carrega o risco de gerar consequências prejudiciais a uma das partes mais do que à outra, razão pela qual Rodrigo Mazzei pugna que o intérprete, independente da fonte legal, deve analisar diversos elementos, como o tempo e as condições do contrato, investimentos efetuados pelas partes e a boa fé das partes¹⁵⁴. Inobstante os autores discorram sobre os meios de harmonização das leis, é importante salientar que a observância do prazo determinado deveria ser uma regra, a fim de prevenir conflitos e garantir a segurança jurídica, prevalecendo, portanto, o disciplinado no Código Civil.

¹⁴⁷ GOMES, Orlando. *O Direito de Superfície*. Rio de Janeiro: GB, 1972. p. 9.

¹⁴⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito de superfície. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano3, n. 5, 2005. p. 273.

¹⁴⁹ MAZZEI, Rodrigo Reis. *O direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro*. 2007. 406 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 167. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7813>> . Acesso em: 09 jun. 2018

¹⁵⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito de superfície. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano3, n. 5, 2005. p. 273.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 276.

¹⁵² *Ibid.*, loc. cit.

¹⁵³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito de superfície. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano3, n. 5, 2005. p. 273.

¹⁵⁴ MAZZEI, Rodrigo Reis. *O direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro*. 2007. 406 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 167-168. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7813>> . Acesso em: 09 jun. 2018

3.1.5 Direito de superfície por sobrelevação

O Estatuto da Cidade prevê que o direito de superfície pode ser exercido através da utilização do solo, do subsolo ou do espaço aéreo¹⁵⁵. Esta perspectiva supera a concepção de que o direito de superfície realizar-se somente em um sentido horizontal¹⁵⁶, criando, em verdade, uma face vertical para este instituto, uma vez que 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”¹⁵⁷. Neste sentido, Ricardo Mazzei indica que o artigo 1.229 do Código Civil¹⁵⁸ compatibiliza esta compreensão de que a “extensão da propriedade não se faz tão somente pela análise da sua horizontalidade”¹⁵⁹.

O Código Civil de 2002 estabeleceu como objeto do direito de superfície “o direito de efetuar uma construção ou plantação (*ius ad aedificandum vel implantandum*)”¹⁶⁰. A doutrina¹⁶¹, por sua vez, estabelece que, além de obra e plantação realizada pelo superficiário, a concessão de superfície inclui a manutenção do implante já existente, podendo inclusive realizar benfeitorias. O direito de manter¹⁶² construção ou lavoura pertencente ao solo não se confunde com a propriedade do terreno, que permanece com o fundeiro¹⁶³. Este modo de exercício do direito é denominado superfície por cisão e sua constituição, inobstante não esteja previsto na legislação, é admitida pela doutrina, inclusive através do Enunciado n.º 250, aprovado na III Jornada de Direito Civil¹⁶⁴.

Dentro desta ótica, a doutrina reconhece, essencialmente, duas modalidades deste direito: direito de superfície por cisão e por sobrelevação. Este último modo de exercício é o

¹⁵⁵ BRASIL. *Estatuto da Cidade*. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Art. 21, §1º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/leis_2001/L10257.htm> Acesso em: 09 jun. 2018.

¹⁵⁶ MAZZEI, Rodrigo Reis. O direito de superfície e a sobrelevação (o direito de construir na edificação alheia ou direito de laje). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 416, p. 243-258, jul/dez. 2012. p. 244.

¹⁵⁷ TEXEIRA, José Guilherme Braga. *O direito real de superfície*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 54-55.

¹⁵⁸ O artigo 1.229 do CC/02 prevê “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.”

¹⁵⁹ MAZZEI, Rodrigo Reis. O direito de superfície e a sobrelevação (o direito de construir na edificação alheia ou direito de laje). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 416, p. 243-258, jul/dez. 2012. p. 244.

¹⁶⁰ PEREREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil, Volume IV: Direitos Reais*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 210.

¹⁶¹ Neste sentido é válido conferir: GOMES, 1972; LIMA, 2005; PEREIRA, 2012; VENOSA, 2005.

¹⁶² O direito de “manter” confere ao superficiário o poder de fruição e disposição, conforme ensina MAZZEI, Rodrigo Reis. O direito de superfície e a sobrelevação (o direito de construir na edificação alheia ou direito de laje). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 416, p. 243-258, jul/dez. 2012. p. 247-248.

¹⁶³ PEREREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil, Volume IV: Direitos Reais*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 210.

¹⁶⁴ O Enunciado reza: “250 - Art. 1.369: Admite-se a constituição do direito de superfície por cisão.”. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/487>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

ponto crucial para a distinção do direito de laje e o direito de superfície. Antes da previsão legislativa do novo direito real de laje, alguns autores¹⁶⁵ já se posicionavam no sentido de reconhecer este direito como uma decorrência do direito de superfície, como já mencionado no capítulo anterior. Essa modalidade de direito de superfície encontra-se com variadas formas de denominação¹⁶⁶, razão pela qual é preciso esclarecer do que se trata este instituto, cuja terminologia adotada neste trabalho será a sobrelevação.

O direito de superfície por sobrelevação não pode ser confundido com a superfície por cisão, uma vez que esta última “é o que se constitui sobre a construção existente que o proprietário separa do solo, concedendo-a a terceiro”¹⁶⁷, se caracterizando como a incorporação de “acessão já existente no imóvel do concedente, esteja ela finalizada ou não”¹⁶⁸, no patrimônio do titular da superfície. Enquanto que a superfície sobrelevada pode ser definida como “a possibilidade de o titular da propriedade superficiária construir ou conceder a um terceiro que construa sobre a sua propriedade superficiária”¹⁶⁹. Ainda no tocante as distinções, a superfície por cisão não possui previsão expressa na legislação, sendo sua constituição admitida doutrinariamente, ao passo que a superfície por sobrelevação é autorizada pelo Estatuto da Cidade, a partir da possibilidade de concessão do espaço aéreo¹⁷⁰.

A sobrelevação também não pode ser confundida com a superfície por sobrelevação, tendo em vista que esta é espécie daquela, sendo, portanto, seu raio de aplicação mais amplo e além do direito de superfície. O direito de sobrelevação pode ser “entendido como o direito de edificar um ou mais andares sobre uma edificação já existente”¹⁷¹. Neste sentido, Mazzei

¹⁶⁵ Para maior aprofundamento, cf. CARBONARI, 2008; LIRA, 2002; MAZZEI, 2007.

¹⁶⁶ Existem outros sinônimos ao termo sobrelevação, a exemplo das expressões: ‘sobre elevação’, ‘direito de mais elevação’, ‘sobredificação’ e ‘superfície de segundo grau’, conforme apresentado por MAZZEI, Rodrigo Reis. O direito de superfície e a sobrelevação (o direito de construir na edificação alheia ou direito de laje). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 416, p. 243-258, jul/dez. 2012. p. 246 e 249. O autor acrescenta que o uso de algumas expressões são feitas de forma incorreta, razão pela qual, neste trabalho, se optou pela expressão mais consagrada.

¹⁶⁷ GOMES, Orlando. *O Direito de Superfície*. Rio de Janeiro: GB, 1972. p. 6.

¹⁶⁸ MAZZEI, Rodrigo Reis. O direito de superfície e a sobrelevação (o direito de construir na edificação alheia ou direito de laje). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 416, p. 243-258, jul/dez. 2012. p. 247.

¹⁶⁹ LIRA, Ricardo Pereira. O Novo Código Civil, Estatuto da Cidade, Direito de Superfície. In: SEMINÁRIO EMERJ, 2002, Rio de Janeiro. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II. Rio de Janeiro: EMERJ, julho/2002 a abril/2003. p. 151.

¹⁷⁰ Neste sentido, a doutrina também posiciona-se desta forma, como pode ser visualizado a partir do Enunciado nº 568, aprovado na VI Jornada de Direito Civil, que leciona: “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, admitindo-se o direito de sobrelevação, atendida a legislação urbanística.”. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/639>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

¹⁷¹ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 305.

reconhece que “a construção por sobrelevação não é exclusiva do direito de superfície”¹⁷², podendo ser aplicada, por exemplo, ao condomínio edilício¹⁷³. Frederico Lima esclarece ainda que a previsão legal deste instituto encontra-se no artigo 1.343 do Código Civil, uma disposição geral do condomínio edilício¹⁷⁴, que, de fato, estabelece as regras básicas para construção de outro pavimento, seja em solo ou edifício¹⁷⁵.

Notadas as dessemelhanças dos institutos, bem como demonstrada a independência do direito de sobrelevação, é possível, *a priori*, perceber que este poderá ser aplicado ao direito de laje, o que não valida afirmar que por isso, automaticamente, este será direito de superfície. Nessa linha, inteligentemente reconheceu o Prof. Ricardo César Pereira Lira, que defendia a similaridade dos institutos justamente pela sobrelevação, ao afirmar que “Acho, realmente, que o direito de superfície não tem toda aquela extensão de finalidades positivas para o social que eu imaginei que tivesse, por isso, voltei atrás naquilo em que acreditava.”¹⁷⁶.

3.2 DISTINÇÃO ENTRE O DIREITO DE LAJE E O DIREITO DE SUPERFÍCIE

Nos termos do Código Civil de 2002, os direitos de laje e superfície são direitos reais, elencados no artigo 1.225, inciso II e VIII. Em exame puro e simples ao que se encontra positivado no ordenamento jurídico pátrio, é inegável aduzir que estes direitos são reais, autônomos e independentes um do outro. Isto ocorre por conta do princípio fundamental da taxatividade que norteia a disciplina do direito das coisas. Carlos Roberto Gonçalves explana que os direitos reais são criados pela lei, que os “enumera de forma taxativa, não ensejando, assim, aplicação analógica”¹⁷⁷. O rol de direitos reais é limitado, portanto, taxativo e considerado somente os que estão previsto no dispositivo legal (*numerus clausus*)¹⁷⁸.

¹⁷² MAZZEI, Rodrigo Reis. O direito de superfície e a sobrelevação (o direito de construir na edificação alheia ou direito de laje). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 416, p. 243-258, jul/dez. 2012. p. 246.

¹⁷³ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁷⁴ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 305.

¹⁷⁵ BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.343. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 26 jun. 2018.

¹⁷⁶ LIRA, Ricardo Pereira. O Novo Código Civil, Estatuto da Cidade, Direito de Superfície. In: SEMINÁRIO EMERJ, 2002, Rio de Janeiro. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II. Rio de Janeiro: EMERJ, julho/2002 a abril/2003. p. 156 (debates).

¹⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Direito das Coisas*, v. 5. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 32.

¹⁷⁸ *Ibid.*, loc. cit.

Essa argumentação não se apresenta satisfatória, uma vez parte da doutrina¹⁷⁹ se posiciona de forma diversa, no sentido de reconhecer a identidade destes intuitos. Embora não seja suficiente, a análise do regime jurídico legal desses direitos demonstram fortes distinções entre os institutos, o que revela duas vontades distintas do legislador. Assim, para demonstrar a diferença dos direitos reais, de forma sistemática, cabe a análise de três pontos de divergência destes institutos: constituição, aspecto temporal e extinção.

A constituição do direito de laje, assim como do direito de superfície, é dotada de exigência formal. Na superfície, a concessão é considerada realizada mediante registro de escritura pública em cartório¹⁸⁰, ao passo que na laje a constituição ocorre com a abertura de matrícula própria¹⁸¹. Institutos do Direito Registral, a matrícula e o registro não podem ser confundidos, sendo esta “a especialização, a individualização definitiva que se pretende assegurar ao imóvel”¹⁸². Rodrigo Gonçalves instrui que esta compreensão decorre do aperfeiçoamento do Direito Registral “em que cada matrícula corresponde a um imóvel e vice-versa, rompendo com o padrão dos antigos livros fundiários.”¹⁸³. O registro, por sua vez, corresponde às anotações de toda mudança e/ou transformação feita no imóvel¹⁸⁴, ficando como substituto dos “atos que anteriormente eram inscritos ou transcritos”¹⁸⁵.

Dessa forma, verifica-se que a constituição da laje implica no nascimento de imóvel novo, com nova matrícula e não o registro de sua existência na matrícula da construção-base. Inclusive o próprio Código Civil reforça esta ideia ao trazer como objetivo do direito de laje a constituição de unidade distinta¹⁸⁶. Neste sentido, esta noção de imóvel novo desemboca no aspecto temporal que diferencia os institutos. Isto é, o direito de laje apresenta-se como “perene e não se extingue com o transcurso do prazo ou advento do termo”¹⁸⁷, como ocorre

¹⁷⁹ Neste sentido, cf. ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2017; RODRIGUES JÚNIOR, 2016.

¹⁸⁰ BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.369, *caput*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 26 jun. 2018.

¹⁸¹ BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.510-A, §3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 26 jun. 2018.

¹⁸² BALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de Imóveis: doutrina, prática, jurisprudência*. 16. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 119.

¹⁸³ RODRIGUES, Marcelo Guimarães. As inovações da Lei 11.382, de 2006 e seus reflexos no registro de imóveis. In: ENCONTRO DOS OFICIAIS DE REGISTRO DE IMÓVEIS DO BRASIL. 34., 2007, Florianópolis. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br:80/jspui/handle/tjmg/694>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

¹⁸⁴ BALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de Imóveis: doutrina, prática, jurisprudência*. 16. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 119.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 65.

¹⁸⁶ BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.510-A, *caput*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 26 jun. 2018.

¹⁸⁷ FIUZA, César Augusto de Castro; COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. Ensaio sobre o direito real de laje como previsto na Lei 13.465/2017. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. p. 4. Disponível em: <<http://civilistica.com/ensaio-sobre-o-direito-real-de-laje/>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

com o direito de superfície, que carrega a característica da temporariedade, ainda que por tempo indeterminado, como já apresentado¹⁸⁸.

Assim, é possível aduzir que o direito de laje é perpétuo¹⁸⁹, o que o aproxima da enfiteuse. Esta aproximação dos direitos reais não os confunde, vez que a enfiteuse não previa abertura de matrícula própria e mantinha o vínculo entre proprietário do solo e da coisa, através do pagamento de foro anual ou laudêmio¹⁹⁰. Portanto, sendo caracterizada a laje como perpétua e a superfície como temporária, verossímil é alegar que a extinção do direito de laje decorre de um fato excepcional, enquanto que o fim do direito de superfície atua como consequência lógica de sua instituição.

Nesta linha, o Código Civil estabelece regimes distintos de extinção aos direitos. Ao direito de laje imputa-se como hipótese única de extinção a ruína da construção-base¹⁹¹, o que ainda é condicionado à impossibilidade de reconstrução em cinco anos ou se o direito não for constituído no subsolo¹⁹². Essa previsão isolada de extinção não afasta outras tradicionais, a exemplo da alienação do bem ou sua desapropriação. Não obstante a isto, não há como encarar a ruína do imóvel como uma situação natural ou pretendida, diferentemente da extinção da concessão de superfície que pode findar-se pelo simples advento do termo.

A possibilidade de extinção do direito de superfície é uma característica natural deste, porém excepcional ao direito de laje¹⁹³. Embora existam situações atreladas à extinção da superfície também consideradas excepcionais¹⁹⁴, isto não atinge a temporariedade característica do direito.

Logo, diante de tudo apontado, o direito de laje não é direito de superfície.

¹⁸⁸ Para maior aprofundamento, cf. MAZZEI, 2005; VENOSA, 2007.

¹⁸⁹ FIUZA, César Augusto de Castro; COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. Ensaio sobre o direito real de laje como previsto na Lei 13.465/2017. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. p. 5. Disponível em: <<http://civilistica.com/ensaio-sobre-o-direito-real-de-laje/>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

¹⁹⁰ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁹¹ BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.510-E, *caput*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 26 jun. 2018.

¹⁹² BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.510-E, I e II. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 26 jun. 2018.

¹⁹³ A extinção do direito de laje pode se dar em decorrência da ruína da construção base, conforme reza o art. 1.510-E do Código Civil. Essa situação não pode ser vista como regra, visto que se o imóvel for reconstruído em 5 anos ou se a laje for construída no subsolo não há extinção deste direito, segundo os incisos do art. 1.510-E.

¹⁹⁴ *Ibid.*, Art. 23, II.

4 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE LAJE

Direitos Reais pode ser considerado como o ramo do Direito Civil responsável por regular “o poder imediato da pessoa sobre a coisa”¹⁹⁵. O objeto do direito real abrange coisas corpóreas e incorpóreas, como direitos, não se restringindo, por exemplo, a bens imóveis¹⁹⁶. Sob a ótica legislativa, para ser definido como real o direito precisa estar elencado no rol taxativo da legislação. Assim, o direito de laje caracteriza-se como direito real consonante ao disposto no artigo 1.225, XIII do Código Civil de 2002. No entanto, por ter surgido no contexto legislativo em 2016, a indagação doutrinária feita sobre o direito de laje reflete acerca da possibilidade deste ser direito real autônomo ou espécie de outro preexistente.

Neste sentido, portanto, repise-se, a presente monografia dispõe-se a responder esta questão através da diferenciação do direito de laje dos demais institutos disponíveis que carregam similaridades com este. No capítulo anterior fora feita a diferenciação quanto ao direito de superfície, visto sua forte semelhança com a laje, bem como, tangencialmente, da enfiteuse, inobstante sua proibição no atual Código Civil¹⁹⁷. No presente capítulo propõe-se a investigação das distinções entre o direito de laje e o condomínio edilício, tal como da laje e da propriedade. De modo antecedente, contudo, é preciso traçar algumas noções acerca da propriedade horizontal, uma vez que está serve como premissa à compreensão dos demais aspectos a serem estudado.

4.1 PROPRIEDADE HORIZONTAL

A denominação propriedade horizontal é defendida por Caio Mário, por parecer-lhe mais sucinta e significativa do que outras opções propostas pela doutrina, a exemplo de condomínio de edifícios com apartamentos autônomos e condomínio por andares ou apartamentos¹⁹⁸. O autor indica ainda que a adoção desta terminologia implica na melhor compreensão do leitor do que esta se tratando, isto é, o “complexo de direitos, faculdades, e deveres, ligado ao edifício de apartamentos”¹⁹⁹. Em verdade, a expressão adotada deriva da

¹⁹⁵ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. ver. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 11.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 20.

¹⁹⁷ BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 2.038, *caput*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 26 jun. 2018.

¹⁹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Propriedade Horizontal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 42-43.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 43.

concepção de propriedade por planos horizontais, ou horizontalmente dividida²⁰⁰, embora, paradoxalmente, correspondam a construções realizadas em sentido vertical²⁰¹.

A propriedade horizontal é composta por unidades autônomas (*conditio legis*), cujo solo “pertence em comum aos donos das unidades isoladas”²⁰². Neste sentido, Cunha Gonçalves afirma que a natureza jurídica desse instituto é a compropriedade, negando a possibilidade de conjugar a propriedade exclusiva dos andares da comunhão do solo e outras partes comuns²⁰³. Inobstante defenda igualmente a propriedade horizontal como uma “unidade jurídica”²⁰⁴, Caio Mário diverge desta compreensão de natureza jurídica, reconhecendo que neste modelo de propriedade reside à peculiaridade da “aglutinação do domínio e do condomínio; da propriedade individual e da propriedade comum, formando um todo indissolúvel, inseparável e unitário.”²⁰⁵.

No tocante ao direito de superfície, que em seu surgimento fora considerado “a realização de uma propriedade horizontal”²⁰⁶, a doutrina entende que isto só poderia ser possível a partir da subsuperfície²⁰⁷, não regulada pela legislação civil, atipicidade que impede a sua constituição²⁰⁸. De fato, na concessão de superfície há clara distinção da propriedade do terreno e do implante, não havendo áreas de domínio coletivo. Assim, a consagração da propriedade horizontal, com a previsão de propriedade individual e coletiva de forma conjunta, no âmbito do Código Civil de 2002, encontra-se expressa no artigo 1.331 e seus parágrafos, disposições correspondentes ao condomínio edilício²⁰⁹, razão pela qual parte da doutrina trata-os como sinônimos²¹⁰.

Para além dessa conjugação de propriedades, outra característica que corrobora com a compreensão de que o condomínio edilício apresenta-se como propriedade horizontal é a noção de unidade, expressa no artigo 1.339 do Código. Caio Mário afirma que o “edifício

²⁰⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Propriedade Horizontal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p.41.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 42-43.

²⁰² LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 286.

²⁰³ GONÇALVES, Luís da Cunha. Da propriedade horizontal ou por andares. São Paulo: Ática, 1955. p. 15.

²⁰⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporação*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 94.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 92-93.

²⁰⁶ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 9.

²⁰⁷ A subsuperfície constitui-se na transmissão do objeto de concessão do direito de superfície pelo superficiário à terceiro, mantendo-se na qualidade de superficiário e ampliando seu vínculo subjetivo. Neste caso, haveria três sujeitos: o proprietário, o superficiário inicial e o superficiário derivado (subsuperficiário), conforme ensina Rodrigo Mazzei em: MAZZEI, Rodrigo Reis. O direito de superfície e a sobrelevação (o direito de construir na edificação alheia ou ‘direito de laje’). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 416, p. 243-258, jul/dez. 2012.

²⁰⁸ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 304.

²⁰⁹ VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Manual do condomínio edilício*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 3.

²¹⁰ LOPES, João Batista. *Condomínio*. 6. ed. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 182.

representa uma unidade”²¹¹ em diversos aspectos, a exemplo de unidade arquitetônica, econômica e ética²¹². O teórico esclarece que por mais que seja possível diferenciar a propriedade comum da individual, estas não podem ser destacadas, não podendo “conceber o domínio sobre a unidade autônoma sem o condomínio das partes comuns”²¹³. Nesta linha, o referido dispositivo estabelece que o direito às partes comuns é inseparável da propriedade exclusiva, o que permite classificar condomínio edilício como propriedade horizontal.

4.2 DIREITO DE LAJE E O CONDOMÍNIO EDILÍCIO

Apresentando-se como um modelo de propriedade, os artigos relativos ao condomínio edilício encontram-se no Título III, “Da Propriedade”, Capítulo VII do Código Civil brasileiro. O referido capítulo ainda é dividido em quatro seções, com regras gerais e específicas, das quais cabe apenas a análise de algumas disposições constantes na Seção I, “Disposições Gerais”, a fim de comparar este instituto ao direito de laje. O *caput* do artigo 1.331 já esclarece o que pode ser considerado condomínio edilício ao estabelecer que em edificações haja a possibilidade de coexistir “partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos”²¹⁴. Neste sentido, determina que as partes exclusivas de uso independente (apartamentos, sala ou lojas), bem como a fração ideal do solo e das partes comuns podem ser livremente dispostas pelo proprietário, salvo os abrigos de veículos, cuja alienação ou aluguel não pode ocorrer para sujeito estranho ao condomínio sem expressa autorização da convenção²¹⁵.

As partes comuns, a exemplo do solo, a estrutura do prédio, o telhado e as redes de distribuição (de água, esgoto ou eletricidade), são inseparáveis da parte exclusiva, não podendo, portanto, serem alienadas em separado ou divididas²¹⁶. Assim, a lei civil indica que para “cada unidade imobiliária caberá, como parte inseparável, uma fração ideal no solo e nas outras partes comuns”²¹⁷. Essa fração ideal poderá ser representada pela forma decimal ou ordinária²¹⁸, cuja determinação atribuída a cada unidade deve constar no instrumento de

²¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Propriedade Horizontal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 48.

²¹² *Ibid.*, p. 49.

²¹³ *Ibid.*, loc. cit.

²¹⁴ BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.331, *caput*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 26 jun. 2018.

²¹⁵ *Ibid.*, Art. 1.331, §1º e Art. 1.335, I.

²¹⁶ *Ibid.*, Art. 1.331, §2º.

²¹⁷ *Ibid.*, Art. 1.331, §3º.

²¹⁸ *Ibid.*, loc. cit.

instituição do condomínio²¹⁹. A correspondência de uma unidade autônoma a uma fração ideal é “fundamental no regime da propriedade horizontal”²²⁰, o que, no entanto, gera dúvida acerca da relação entre as partes exclusiva e comum: é uma relação de acessoriedade ou uma unidade?

A primeira possibilidade decorre da compreensão de que na propriedade horizontal o terreno é acessório do apartamento, seja por este achar-se “ligado ao apartamento para servi-lo no sentido de estar destinado ao seu uso perpétuo”²²¹, ou pela sua impossibilidade de alienação em separado, conforme determina o Código Civil²²². A segunda relação, como já mencionada, sucede do que fora lecionado por Caio Mário, em que a propriedade horizontal corresponde a uma unidade jurídica, o que também pode ser extraível da lei ao determinar que a parte comum é inseparável da propriedade exclusiva²²³. Embora seja um direito complexo²²⁴, não aparenta causar grandes distinções práticas, uma vez que ambas as relações se justificam na lei. Assim também, tanto o entendimento de que a copropriedade serve como instrumento da propriedade individual²²⁵, quanto à unicidade da relação, implica na indivisão do instituto, como pretende a legislação.

Ademais, os outros dispositivos do Código Civil constantes nas Disposições Gerais do condomínio edilício versam, essencialmente, sobre a forma de constituição do condomínio, *inter vivos* e *causa mortis*, e seus requisitos formais (artigos 1.332 a 1.334); os direitos e deveres dos condôminos (artigo 1.335 e 1.336); a realização de obras no âmbito do edifício (artigo 1.341 a 1.343); regulamentação da relação entre condomínios e terceiros, a exemplo do aluguel de garagem (artigo 1.338); e outras atitudes exigidas dos condôminos (artigo 1.337, 1.340, 1.344 a 1.346).

Diante do breve exposto, pode-se afirmar que o condomínio edilício pressupõe a existência de unidades autônomas, cuja propriedade é exclusiva, e o condomínio forçado das partes comuns²²⁶. A similaridade deste instituto para com o direito de laje encontra-se na existência de unidades imobiliárias independentes e verticalmente organizadas. Somente nas disposições relativas à laje consta a expressão “autônomas”, o que não afeta a independência

²¹⁹ BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.331, §3º c/c 1.332, II. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 26 jun. 2018.

²²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporação*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 97.

²²¹ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. ver. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 254.

²²² BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.331, §2º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 26 jun. 2018.

²²³ *Ibid.*, Art. 1.331, §3º.

²²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporação*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 94.

²²⁵ VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Manual do condomínio edilício*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 9.

²²⁶ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. ver. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 250 - 251.

das unidades do condomínio edilício, vez que esta é essencial à natureza deste. Assim, *a priori*, os institutos guardam uma forte identidade quanto ao seu objeto, todavia não podem ser confundidos.

O Código Civil, em seu artigo 1.510-A, §4º, afasta a possibilidade de existir um condomínio entre o titular da laje e o proprietário da construção-base. A lei esclarece que a instituição do direito de laje não atribui “fração ideal de terreno ao titular da laje ou a participação proporcional em áreas já edificadas”. A ausência da propriedade comum, elementar a existência da propriedade horizontal, impede, portanto, a confusão dos institutos. É válido ressaltar que a redação desse dispositivo, como visto em capítulo inicial, caracteriza-se como uma repetição da medida provisória para lei, o que fortalece a distinção das espécies direitos reais, ao considerar que o legislador manteve esta posição.

Desse modo também tem se apresentando o posicionamento doutrinário. Arnaldo Rizzardo²²⁷ afirma que, diferente do direito português, o direito de laje não “equivale ao condomínio edilício”, surgindo apenas o direito de construir sobre ou sob a laje alienada, sem atribuição de fração ideal²²⁸. Stolze e Viana²²⁹, afastam a confusão dos direitos ao afirmar que “não há, na laje, direito projetado sobre ‘áreas comuns’”. A doutrina esclarece ainda que no condomínio além da necessidade de coexistir áreas de uso comum e de uso privado, outro ponto de distinção é a não previsão do direito de preferência na alienação das unidades autônomas²³⁰, como ocorre no direito de laje²³¹.

Outro aspecto que aproxima a laje e do condomínio edilício é a autorização do artigo 1.510-C, *caput* do Código de regras específicas do condomínio sejam aplicáveis ao direito de laje²³². Esse dispositivo institui que os pagamentos relativos ao compartilhamento de “uma mesma estrutura física básica”²³³ deverão ser de responsabilidade do proprietário da construção-base e do titular da laje, “na proporção que venha a ser estipulada em contrato”²³⁴.

²²⁷ RIZZARDO, Arnaldo. O direito real de laje. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 106, v. 986, p. 263 – 275, dez. 2017. p. 266.

²²⁸ *Ibid.*, p. 266-267.

²²⁹ STOLZE, Pablo; VIANA, Salomão. Direito real de laje: finalmente, a lei! *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 22, n. 5125, 13 jul. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59131>>. Acesso em: 31 maio 2018.

²³⁰ FIUZA, César Augusto de Castro; COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. *Ensaio sobre o direito real de laje como previsto na Lei 13.465/2017*. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/ensaio-sobre-o-direito-real-de-laje/>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

²³¹ BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.510-D. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 26 jun. 2018.

²³² RIZZARDO, Arnaldo. O direito real de laje. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 106, v. 986, p. 263 – 275, dez. 2017. p. 271.

²³³ STOLZE, Pablo; VIANA, Salomão. Direito real de laje: finalmente, a lei! *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 22, n. 5125, 13 jul. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59131>>. Acesso em: 31 maio 2018.

²³⁴ BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.510-C, *caput* (parte final). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 26 jun. 2018.

A estes custos expressos pelo artigo poderão ser acrescentadas outras obrigações, a exemplo do dever de manutenção das partes comuns e de não alteração de destinação do imóvel, que são próprias do condomínio²³⁵ e, por conta desse permissivo legal, poderão estender-se ao direito de laje.

Ademais, o dispositivo elenca as “partes que servem a todo o edifício”²³⁶, concentrando-se em componentes estruturais, como alicerces, paredes e telhados²³⁷. A previsão de partes comuns não implica em propriedade coletiva, uma vez que esta já fora afastada pelo parágrafo 4º do artigo 1.510-A, que não deve ser lido em separado do artigo 1.510-C, §1º. Diante da evidente similaridade entre estes institutos, alguns autores afirmam que o direito de laje “surgiu para atuar exatamente no vácuo existente” no direito de superfície e no condomínio edilício²³⁸. Neste sentido, Ascensão, tendo como base o contexto português, afirma que esta possibilidade de construir sobre edifício alheio confere ao instituto “certo hibridismo entre a superfície e a propriedade horizontal”²³⁹, sem, contudo, os tornar idênticos.

Ressalta-se que antes da previsão legislativa do direito de laje, Rodrigo Mazzei já defendia que a “sobrelevação superficiária é possível no nosso sistema pátrio”²⁴⁰, a partir da compatibilização do direito de superfície e normas próprias do condomínio edilício²⁴¹. O autor reconhece que os dispositivos do direito real de superfície não conseguem dirimir questões de convivência, nem situações que permeiam regras da propriedade horizontal. Assim, o autor propõe que durante a construção da sobrelevação prevalece o direito de superfície, e na finalização da obra aplica-se, portanto, o regramento condominial²⁴². Pelo mesmo viés, Frederico Lima sistematiza que “A estas novas unidades caberá correspondente cota ideal sobre o terreno e as partes comuns, alterando as frações ideais já existentes.”²⁴³.

Essa figura híbrida proposta pela doutrina não se confunde com o direito de laje positivado, demonstrando, em verdade, a preocupação doutrinária com a realidade

²³⁵ RIZZARDO, Arnaldo. O direito real de laje. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 106, v. 986, p. 263 – 275, dez. 2017. p. 271.

²³⁶ BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.510-C, §1º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 26 jun. 2018.

²³⁷ RIZZARDO, Arnaldo. O direito real de laje. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 106, v. 986, p. 263 – 275, dez. 2017. p. 272.

²³⁸ FIUZA, César Augusto de Castro; COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. *Ensaio sobre o direito real de laje como previsto na Lei 13.465/2017*. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/ensaio-sobre-o-direito-real-de-laje/>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

²³⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direitos Reais*. Lisboa: Coimbra, 1978. p. 507.

²⁴⁰ MAZZEI, Rodrigo Reis. O direito de superfície e a sobrelevação (o direito de construir na edificação alheia ou ‘direito de laje’). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 416, p. 243-258, jul/dez. 2012. p. 258.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 256.

²⁴² *Ibid.*, p. 256-258.

²⁴³ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 306.

habitacional do país. Sendo assim, conforme o exposto acima, o direito de laje estabelecido pelo legislador não se confunde com o direito de superfície ou o condomínio edilício, restando investigar a relação desse instituto com o direito de propriedade, a fim de concluir de encontrar a adequada natureza jurídica do direito de laje.

4.3 DIREITO DE LAJE É DIREITO DE PROPRIEDADE?

A inserção do direito de laje no sistema legislativo nacional é um fato recente, que enseja diversos estudos doutrinários e futuras construções jurisprudenciais. Assim, após este fenômeno criativo alguns doutrinadores posicionaram-se no sentido de identificar este instituto como direito real de propriedade²⁴⁴. O Código Civil, no entanto, considerou este como direito real na coisa alheia, vez que se encontra em Título distinto da propriedade. Em posição contrária, seguindo a lei, Pablo Stolze defende que, inobstante a amplitude do direito de laje, este não se confunde com a propriedade, tendo em vista que se limita a unidade imobiliária autônoma posta sobre a superfície, superior ou inferior, de uma construção pertencente a outrem²⁴⁵. O autor defende ainda que “o sujeito a quem a laje se vincula não deve ser considerado proprietário da unidade construída, mas sim titular do direito real de laje sobre ela”²⁴⁶.

Diante disso, para melhor compreender qual a adequada natureza jurídica do direito de laje será preciso enfrentar o questionamento: direito de laje é direito de propriedade? Assim, em resposta a esta indagação, seguindo a lógica norteadora deste trabalho, cabe, inicialmente, uma breve análise das disposições iniciais do direito de propriedade, seguida da exposição do posicionamento doutrinário, e, ao final, relacionar este direito ao direito de laje.

Ressalva-se que a análise jurisprudencial fora dispensada, vez que o exame teórico demonstrar-se suficiente, diante do largo avanço dos estudos doutrinário sobre o tema. Deste modo, partindo da compreensão teórica do direito de propriedade, limitou-se o estudo do direito de laje neste mesmo sentido, a fim de compreender os institutos pela via legal e

²⁴⁴ Para maior especialização cf. FIUZA e COUTO, 2017; RIZZARDO, 2017.

²⁴⁵ STOLZE, Pablo; VIANA, Salomão. Direito real de laje: finalmente, a lei! *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 22, n. 5125, 13 jul. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59131>>. Acesso em: 31 maio 2018.

²⁴⁶ GLAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de Direito Civil: volume único*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1116.

doutrinária. O posicionamento jurisprudencial no tocante ao direito de laje, desde a sua origem legislativa, ainda apresenta-se tímido²⁴⁷, não sendo capaz de diferenciar os institutos.

4.3.1 Modelo Legal

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 5º a propriedade como direito fundamental, garantido a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, devendo ser observada a função social²⁴⁸. O Código Civil versa sobre o direito de propriedade atribuindo poderes e limitações ao proprietário, em consonância com a Constituição. O primeiro dispositivo da lei civil de logo indica as faculdades do proprietário sobre a coisa, usar, gozar e dispor, bem como o direito de reavê-la²⁴⁹. O artigo traz um conceito insuficiente do que seria propriedade, apontando apenas os poderes do proprietário sobre a coisa, que, *a priori*, é o que compõe o direito de propriedade.

O direito de propriedade tem sua extensão limitada ao solo, ao espaço aéreo e ao subsolo, não podendo o proprietário, contudo, impor sua vontade a terceiros em altura ou profundidade que não lhe seja interessante para o exercício da propriedade²⁵⁰. Essa previsão pretende evitar os abusos ao direito de propriedade, impondo limites ao titular do direito. Ademais, de modo geral, o Código estabelece que a propriedade “presume-se plena e exclusiva”, cabendo prova em contrário²⁵¹, e os frutos da coisa pertencem ao seu proprietário, ainda que seja separado da principal²⁵².

A aquisição da propriedade²⁵³ de bem imóvel pode ocorrer por usucapião, por transmissão entre vivos, devidamente registrada, e por acessão, seja pela formação de ilhas, por aluvião, avulsão, abandono do álveo, plantações ou construções²⁵⁴. A perda da propriedade, conforme as causas instituídas no Código Civil, podendo haver outras para além

²⁴⁷ Mantendo o mesmo método de pesquisa de jurisprudência, substituindo a palavra-chave por “direito de laje”, foram encontrados apenas dois julgados, a saber: Apelação nº 0001923282014819007 (TJ-RJ) e Apelação nº 00019232820148190079 (TJ-RJ).

²⁴⁸ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Art. 5º, *caput*, inciso XXII e XXIII. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 11 jul. 2018.

²⁴⁹ BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.228. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 26 jun. 2018.

²⁵⁰ *Ibid.*, Art. 1.229..

²⁵¹ *Ibid.*, Art. 1.231.

²⁵² *Ibid.*, Art. 1.232.

²⁵³ *Ibid.*, Art. 1.238 a 1.259.

²⁵⁴ *Ibid.*, Art. 1248.

deste, dar-se-á pela alienação, renúncia, abandono, perecimento da coisa ou por desapropriação²⁵⁵.

4.3.2 Modelo Doutrinário

O direito de propriedade é denominado pela doutrina como o direito real por excelência ou o direito real fundamental, o que reflete a sua imensa importância no estudo dos Direitos Reais como um todo²⁵⁶. A propriedade constitucional, segundo as lições de Loureiro, “deve ser vista como uma via de mão dupla, pela qual trafegam simultaneamente – sem colisão – direitos e deveres.”²⁵⁷. Para obter um conceito do direito de propriedade mais completo, o ideal é defini-lo conforme os três critérios propostos por Orlando Gomes: sintético, analítico e descritivo²⁵⁸. Reunindo os critérios sintético e analítico, respectivamente, tem-se o direito de propriedade como a submissão da coisa e suas relações a uma pessoa, que, por sua vez, possui o direito de usar, fruir, dispor e reaver o bem²⁵⁹. Nota-se que o Código de 2002 utilizou uma conceituação analítica, que, sozinha, não é a mais completa, haja vista que o próprio Orlando indica que “nenhum desses critérios satisfaz isoladamente”²⁶⁰.

Neste sentido, Caio Mário esclarece que o Código apenas apresenta os elementos do direito de propriedade, que são as faculdades inerentes a esta²⁶¹. O direito de usar corresponde a ter a coisa à disposição do titular, ainda que guardada ou inerte, enquanto o direito de gozar é sinônimo de fruir e realização através da percepção dos frutos²⁶². O direito de dispor, por sua vez, caracteriza-se como o atributo que mais expressa a propriedade, vez que confere ao titular o direito de alienar, transformar, alterar e até destruir a coisa²⁶³. O direito de reaver envolve a retomada da coisa do domínio ou posse de outro sujeito, atentando para o fato deste possuidor ou detentor estar conservando a coisa consigo sem causa jurídica ou de forma injusta²⁶⁴.

²⁵⁵ BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.275. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 26 jun. 2018.

²⁵⁶ Para maior aprofundamento, cf. PEREIRA, 2014; RIZZARDO, 2011.

²⁵⁷ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 50-51.

²⁵⁸ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. ver. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 109.

²⁵⁹ *Ibid.*, loc. cit.

²⁶⁰ *Ibid.*, loc. cit.

²⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil, Volume IV: Direitos Reais*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 76.

²⁶² *Ibid.*, p. 77-78.

²⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil, Volume IV: Direitos Reais*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 78-79.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 79.

Dentro desta temática, ressaltasse a distinção doutrinária entre propriedade e domínio. Ricardo Aronne ensina que a propriedade divide-se em conteúdo interno e externo. O aspecto externo “se caracteriza como o dever de abstenção dos demais indivíduos de ingerência sobre a coisa”²⁶⁵. O conteúdo interno, por sua vez, consiste na concentração das faculdades de usar, fruir e dispor²⁶⁶, muito semelhante ao critério analítico. Este conteúdo interno da propriedade o autor aponta ser o domínio²⁶⁷, aduzindo que este “seria o centro dos direitos reais” e teria natureza real, enquanto a propriedade natureza pessoal²⁶⁸. Acrescenta ainda que a “propriedade instrumentaliza o domínio”²⁶⁹, não podendo confundir quem tem o domínio com o proprietário²⁷⁰. Desta definição depreende-se, portanto, que o domínio é apenas parte da propriedade, sem ser exclusiva a esta, podendo estar presente em outros direitos reais.

Em seu critério descritivo de conceituação, Orlando Gomes aponta caracteres do referido direito real, definindo-o como complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo²⁷¹. O direito de propriedade é considerado complexo por se constituir em um “feixe de direitos consubstanciado nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar”²⁷². Assim também carrega o caráter absoluto que “decorre da oponibilidade *erga omnes*, impondo a todos o dever de respeitá-la”²⁷³. Outro aspecto decorrente dessa noção de direito absoluto é “o poder jurídico de dominação da coisa” que mesmo limitado pela lei não deixa de existir²⁷⁴.

A perpetuidade do direito de propriedade implica em seu exercício por tempo ilimitado²⁷⁵. O caráter exclusivo consiste na proibição a terceiros de exercer dominação sobre a coisa²⁷⁶. O autor ainda acrescenta como característica da propriedade a elasticidade, que corresponde à capacidade desta de distender ou contrair, a fim de acrescentar ou reduzir algumas faculdades²⁷⁷. É o que ocorre quando se constitui outro direito real sobre a

²⁶⁵ ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 80.

²⁶⁶ ARONNE, Ricardo. Os direitos reais na constitucionalização do direito civil. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 39, n. 2, p. 175-196, jul. 2013. p. 182.

²⁶⁷ ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 85.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 86.

²⁶⁹ ARONNE, Ricardo. Os direitos reais na constitucionalização do direito civil. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 39, n. 2, p. 175-196, jul. 2013. p. 182.

²⁷⁰ *Ibid.*, loc. cit.

²⁷¹ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. ver. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 109.

²⁷² *Ibid.*, loc. cit.

²⁷³ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 168.

²⁷⁴ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. ver. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 110.

²⁷⁵ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. ver. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 110.

²⁷⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 168.

²⁷⁷ ORLANDO 110

propriedade e esta é capaz de “restabelecer automaticamente o seu conteúdo normal, tão logo cessem os limites e direitos concorrentes que a comprimiam”²⁷⁸.

Atendo-se a um marco histórico, Loureiro ensina que o conceito contemporâneo de propriedade traduz-se em uma relação jurídica complexa, formada pelas faculdades, deveres e obrigações frente a terceiros, e subordinada à função social²⁷⁹. Dessa forma, é possível depreender como direito de propriedade aquele que contemple o poder de usar, fruir, dispor e reaver a coisa (complexidade), podendo ser oposta a terceiro (absoluto) e sem haja a interferência deste (exclusivo), por tempo ilimitado (perpétuo), desde que observe as limitações legais e função social.

A compreensão da propriedade através desta definição de Orlando Gomes permite uma definição mais abrangente do que é o direito de propriedade, inclusive passível de evitar lacunas conceituais. Inobstante definidos em separado, os caracteres da propriedade demonstram-se complementares, a exemplo do aspecto absoluto e exclusivo, que observam a posição do proprietário frente a terceiros, ou a perpetuidade e a complexidade, que verificam o vínculo do bem ao sujeito. Neste aspecto, nota-se que o critério descritivo engloba o conteúdo externo e interno (domínio) da propriedade, conforme definido por Ricardo Aronne²⁸⁰.

Os modos de aquisição da propriedade podem ser definidos a partir de alguns critérios²⁸¹, o primeiro deles é a semelhança e a distinção dos modos de aquisição de bem imóvel e bem móvel, conforme o exposto no Código Civil. O segundo critério é o da procedência, que classifica a aquisição como originária ou derivada²⁸². Tem-se uma propriedade originária quando a coisa nunca teve um dono anterior, quando se adquire “sem que ocorra a sua transmissão por outrem”²⁸³, como é o caso da usucapião. A aquisição derivada ocorre quando outro sujeito foi titular do domínio do bem antes do seu atual dono²⁸⁴.

Os modos de aquisição são classificados também a partir do título, podendo ser a título singular ou universal. A aquisição a título singular ocorre quando há um bem ou alguns bens

²⁷⁸ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 75.

²⁷⁹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. passim.

²⁸⁰ ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos factais do direito civil-constitucional*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 80.

²⁸¹ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. ver. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 159.

²⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil, Volume IV: Direitos Reais*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 97.

²⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil, Volume IV: Direitos Reais*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 97.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 97.

definidos individualmente, sucedendo ao adquirente apenas direitos, sem as obrigações pessoais do alienante²⁸⁵. Já o modo de aquisição a título universal corresponde a transmissão de um patrimônio, sem a individualização dos bens. Ocorre quando o “adquirente se sub-roga ao alienante numa *universitas juris*”²⁸⁶, a exemplo da sucessão hereditária e na compra e venda de uma empresa²⁸⁷. Neste caso, cabem ao adquirente “todos os direitos reais e processuais do transmitente”²⁸⁸, além das obrigações do alienante para com terceiros²⁸⁹.

No tocante à perda da propriedade, a doutrina indica que, em regra, ocorre a partir de um ato de vontade do titular, vez que esta carrega o caráter perpétuo o que permite a permanência do bem com seu proprietário, ou sucessores *causa mortis*, por tempo indefinido²⁹⁰. Assim, em exame paralelo ao Código Civil²⁹¹, tem-se como perda da propriedade por meio voluntário a alienação, a renúncia e o abandono, enquanto que os modos involuntários, decorrente da lei, são o perecimento da coisa e a desapropriação²⁹². Neste último ponto Orlando Gomes acrescenta às causas de perda da propriedade, independente da vontade do sujeito, a arrematação, adjudicação ou implemento de condição resolutiva, a requisição em tempo de guerra e a prescrição do Direito Penal²⁹³.

4.3.3 Propriedade e direito de laje

Para ser considerado como direito de propriedade o direito de laje precisa preencher os aspectos postos na conceituação da propriedade, seja referente aos poderes e faculdades do proprietário, ou através das características deste instituto. De logo, é possível assimilar o direito de laje no critério sintético²⁹⁴, vez que pelo fato de ser direito real já se caracteriza pela subjugação da coisa à vontade humana²⁹⁵. Persistindo, portanto, a análise deste direito à luz dos critérios analítico e descritivo, consoante ensinado por Orlando Gomes²⁹⁶.

²⁸⁵ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. ver. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 161 – 162.

²⁸⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Coisas, volume 5*. 28. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 93.

²⁸⁷ *Ibid.*, loc.cit.

²⁸⁸ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. ver. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 162.

²⁸⁹ *Ibid.*, loc. cit.

²⁹⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Coisas, volume 5*. 28. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 173-174.

²⁹¹ BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.275 e incisos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 26 jun. 2018.

²⁹² RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Coisas, volume 5*. 28. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 174.

²⁹³ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. ver. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 212.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 109.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 7.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 109.

De forma analítica, o direito de propriedade caracteriza-se pelas faculdades do proprietário. Neste sentido, o Código Civil expressamente confere ao titular da laje o poder de usar, gozar e dispor da sua unidade imobiliária autônoma²⁹⁷, silenciando-se quanto à restituição do bem. O poder de dispor, como visto, é o mais forte dentre os poderes, vez que confere ao proprietário o direito de transformar a coisa e até destruí-la²⁹⁸, observando limites legais e a função social. A restituição, por sua vez, decorre deste primeiro poder, haja vista que, sistematicamente, quem pode transformar e destruir algo tem também o poder de retomá-lo de quem injustamente a possua ou detenha, não podendo, portanto serem conferidos em separados. Assim, Caio Mário assevera que não é valioso “ser sujeito da relação jurídica dominial e reunir na sua titularidade o *ius utendi, fruendi, abutendi*, se não lhe fosse dado *reavê-la* de alguém que a possuísse injustamente”²⁹⁹.

Nesta linha, Arnaldo Rizzardo afirma que ao titular da laje “assiste reivindicar o imóvel adquirido a partir da laje, incidindo o direito de sequela”³⁰⁰. O direito de sequela é o direito de “seguir a coisa em poder de todo e qualquer detentor ou possuidor”³⁰¹. Assim também, Nelson Rosevald explica que no direito de laje não há “esvaziamento dos poderes dominiais”³⁰², conferindo à laje a qualidade de direito real ilimitado³⁰³, reconhecendo que “O titular da laje poderá usar, fruir, dispor e reivindicar”³⁰⁴. Dessa forma, o direito de laje preenche o critério analítico, podendo, neste ponto, ser considerado direito de propriedade.

Superado os critérios sintético e analítico, resta o exame do direito de laje sob a ótica das características do direito de propriedade oriundas do critério descritivo. A propriedade pode ser definida como complexa, absoluta, perpétua, exclusiva e elástica³⁰⁵. A complexidade

²⁹⁷ BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.510-A, §3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 26 jun. 2018.

²⁹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil, Volume IV: Direitos Reais*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 78-79.

²⁹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil, Volume IV: Direitos Reais*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 79.

³⁰⁰ RIZZARDO, Arnaldo. O direito real de laje. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 106, v. 986, p. 263 – 275, dez. 2017. p. 268.

³⁰¹ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. ver. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 19.

³⁰² ROSENVALD, Nelson. *O direito real de laje como nova manifestação de propriedade*. Página Pessoal: 14 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/09/14/O-direito-real-de-laje-como-nova-manifesta%C3%A7%C3%A3o-de-propriedade>>. Acesso em: 29 maio 2018.

³⁰³ Nas lições de Orlando Gomes, a principal classificação dos direitos reais é a que os divide em direito real na coisa própria (*jus in re própria*) e direito real na coisa alheia (*jus in re aliena*). Como sinônimo dessa classificação considera-se o direito real como direito ilimitado (coisa própria) e direito limitado (coisa alheia). O único direito ilimitado é a propriedade, sendo todos os demais limitados, conforme ensina o autor em: GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. ver. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 17-19.

³⁰⁴ ROSENVALD, Nelson. *O direito real de laje como nova manifestação de propriedade*. Página Pessoal: 14 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/09/14/O-direito-real-de-laje-como-nova-manifesta%C3%A7%C3%A3o-de-propriedade>>. Acesso em: 29 maio 2018.

³⁰⁵ Para maior especialização cf. GOMES, 2007; LOUREIRO, 2003; RIZZARDO, 2011.

o direito de laje constata-se no seu feixe de direitos e deveres atribuídos ao titular desta, a exemplo do direito de ceder sua superfície para construção de laje sucessiva³⁰⁶; a vedação de prejudicar a segurança e o arranjo estético do edifício seja com obras novas ou falta de reparação³⁰⁷; e as obrigações de pagar as despesas e serviços de interesse comum³⁰⁸.

O caráter absoluto do direito de laje encontra-se no poder de disposição do seu titular, como visto, uma vez que essa característica “confere ao titular o poder de decidir se deve usar a coisa, abandoná-la, aliená-la, destruí-la”, ou até instituir outros direitos reais³⁰⁹. Assim também, na laje há limitações desse direito absoluto, principalmente no que toca à conservação da coisa e à relação estrutural do seu imóvel autônomo e a construção base³¹⁰. Outra situação de sujeição do proprietário decorre da imposição em observar o direito de preferência e suas regras³¹¹, não podendo, portanto alienar o bem de forma indistinta.

Por sua constituição por tempo indeterminado e sua extinção como elemento excepcional, o caráter perpétuo do direito de laje já fora demonstrado e trazido como elemento diferenciador deste instituto e o direito de superfície, o que implica na sua aproximação do direito de propriedade.

A exclusividade da propriedade é o aspecto pessoal do direito³¹², que implica na exclusão de terceiros do uso e do gozo da coisa³¹³. O artigo 1.510-A, §3º, confere ao titular da laje o direito de usar e fruir desta, configurando seu caráter exclusivo, semelhante ao direito de propriedade. Por fim, a elasticidade, em suma, é a possibilidade de constituir outros direitos reais sobre sua propriedade. No direito de laje isto pode ser verificada na autorização legislativa do titular poder ceder sua superfície para a constituição de novo direito real de laje³¹⁴. Ainda que não esteja expresso, pode-se admitir a concessão de outros direitos reais, a exemplo do usufruto, vez que o direito de laje comporta a faculdade de usar e fruir, nada impedindo o titular de transmiti-los a terceiros.

Dessa forma, percebe-se a forte intimidade do direito de laje e o direito de propriedade, inclusive plausível a defesa de que o direito de laje “é uma nova manifestação do

³⁰⁶ BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.510-A, §6º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 26 jun. 2018.

³⁰⁷ Ibid., Art. 1.510-B.

³⁰⁸ Ibid., Art. 1.510-C, *caput*.

³⁰⁹ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. ver. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 109.

³¹⁰ BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.510-B e 1.510-C. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 26 jun. 2018.

³¹¹ Ibid., Art. 1.510-D.

³¹² GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. ver. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 109.

³¹³ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 75.

³¹⁴ BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.510-A, §6º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 26 jun. 2018.

direito de propriedade”³¹⁵. Não obstante a isto, é preciso analisar doutrina diversa. Pablo Stolze ensina que o sujeito que vinculado à laje não pode ser chamado de proprietário da unidade construída, “mas sim titular do direito real de laje sobre ela, o que lhe concederá faculdades amplas, similares àquelas derivadas do domínio”³¹⁶. No entanto este entendimento reduz a noção do instituto, ao considerá-lo apenas no conteúdo interno da propriedade, o que não parece ser o mais correto, uma vez que o direito de laje encaixa-se em nos critérios de conceituação (sintético, analítico e descritivo)³¹⁷, sendo que estes trazem a definição mais completa de propriedade.

³¹⁵ ROSENVALD, Nelson. *O direito real de laje como nova manifestação de propriedade*. Página Pessoal: 14 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/09/14/O-direito-real-de-laje-como-nova-manifesta%C3%A7%C3%A3o-de-propriedade>>. Acesso em: 29 maio 2018.

³¹⁶ GLAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de Direito Civil: volume único*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1116.

³¹⁷ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. ver. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 108.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto nos capítulos acima, bem como as reflexões realizadas ao longo do trabalho, é possível concluir que:

1. O legislador editou a Medida Provisória nº 759/16 com o intuito de criar um novo paradigma para a regularização fundiária urbana, na tentativa de aproximar a realidade fática do texto legal, incluindo nisto o direito de laje.

2. Encontra-se preenchido o pressuposto da relevância, no tocante a criação do direito de laje por uma medida provisória, através da compreensão de que esta matéria possui elevado interesse social por ser meio de efetivação do direito à moradia, um direito fundamental social, e o instrumento legal tratar justamente de uma regularização de situações e núcleos urbanos informais, bem como a criação de institutos novos como o próprio direito de laje.

3. A análise da Exposição de Motivos levou à conclusão de não há qualquer indício de urgência na temática que justificasse a sua disciplina por meio de Medida Provisória nº 759/16, haja vista que o direito de laje existe enquanto direito informal a mais de uma década, não tendo ocorrido fato específico que ensejasse sua formalização. A consequência direta desse processo legislativo especial, no caso do direito de laje, foi na impossibilidade da participação dos grupos populares que se encontram em situação de moradia irregular e que são, em tese, os beneficiários da inovação legal.

4. O direito de laje encontra-se disciplinado nas favelas, de forma paralela ao Estado, há, pelo menos, mais de uma década, razão pela qual se questionou o porquê de só agora este ser regulamentado, concluindo pela afirmativa de só agora esta questão social passou a interessar as demandas do mercado, tendo em vista as justificativas econômicas trazidas pelo próprio legislador em sua Exposição de Motivos.

5. Do exame comparativo dos dispositivos referentes ao direito de laje constantes na Medida Provisória n.º 759/16 e na Lei n.º 13.465/17, fora possível verificar que, essencialmente, ocorreram modificações, inovações e supressões (tópico 2.1.2.1 a 2.1.2.3).

6. Sistemáticamente as alterações representaram uma considerável melhora técnica, o que corrobora com a conclusão a respeito do contexto de criação da MP n.º 759/16, visto que a intenção principal da medida fora de regularizar situações de fato, no entanto, não se preocupou em observar os aspectos técnicos, ensejando estas modificações de aprimoramento através da lei.

7. O objetivo da cessão da superfície da construção base é a instituição de uma unidade distinta, a chamada unidade imobiliária autônoma, cuja constituição dar-se-á pelo registro da matrícula própria.

8. Embora o modelo doutrinário proponha-se a examinar e aprimorar os modelos jurídicos, no caso do direito de laje este é anterior ao modelo legal, uma vez que analisava a realidade fática. Isto indica que há uma forte tendência ao nascimento de um novo modelo doutrinário, a fim de aprimorar o modelo legal posto e o modelo jurisprudencial que está por vir.

9. Ainda assim, fora possível encontrar semelhanças dos modelos, a exemplo do conceito de direito de laje e a possibilidade de coexistência de lajes sucessivas.

10. O modelo legal avançou no tocante à possibilidade de constituição da laje no subsolo da construção-base e a previsão do direito de preferência. Entretanto, perdeu a chance de regular uma outra modalidade do direito, trazida pela doutrina, de instituição do direito de laje antes mesmo de existir a edificação base.

11. Restou perceptível que preocupação primeira da doutrina é quanto à demanda social que há anos vive na informalidade; todavia as finalidades legislativas, extraíveis da exposição de motivos, são, de certo modo, questionáveis. A comparação dos modelos, no entanto, permite concluir que o legislador, de fato, pôs os olhos sobre a realidade social brasileira, tendo como interesse principal satisfazer suas necessidades.

12. Tratando-se de direito de superfície, o Estatuto da Cidade apresenta redação distinta da encontrada no Código Civil relativa à possibilidade de concessão da superfície sobre o solo, o subsolo ou o espaço aéreo do terreno, o que é, em regra, é vedado pela lei civil. A doutrina defende, no entanto, que a concessão abranger o subsolo é compatível com o Código.

13. O Estatuto ainda diverge do Código no tocante ao caráter temporal, uma vez que prevê a possibilidade do direito de superfície ser concedido por tempo determinado ou indeterminado, o que engloba em um espectro mais amplo que o do Código de 2002. A doutrina ensina que a possibilidade de concessão indeterminada não pode ser confundida com a perpétua, uma vez que este caráter é incompatível com direitos reais na coisa alheia, ainda assim, seria inconveniente a instituição de um prazo indeterminado.

14. O direito de sobrelevação caracteriza-se como a edificação de um ou mais andares sobre outra já existente, e seu regime serve como regras básicas para construção de outro pavimento, seja em solo ou edifício, o que pode ser aplicável ao direito de superfície e ao condomínio edilício, por exemplo.

15. A sobrelevação não pode ser confundida com o direito de superfície por sobrelevação, tendo em vista que esta é espécie daquela.

16. Diante da independência do direito de sobrelevação, é possível perceber que este poderá ser aplicado ao direito de laje, o que não implica em afirmar que este automaticamente será uma espécie do direito de superfície.

17. A análise do regime jurídico legal do direito de laje e de superfície, embora não seja suficiente, já demonstram fortes distinções entre os institutos, o que revela duas vontades distintas do legislador. Neste sentido, os três pontos de divergência destes institutos são eles: constituição, aspecto temporal e extinção.

18. A constituição da laje implica no nascimento de imóvel novo, com nova matrícula e não o registro de sua existência na matrícula da construção-base, como ocorre no direito de superfície. Inclusive o próprio Código Civil, em seu artigo 1.510-A, *caput*, reforça a ideia de que objetivo do direito de laje é a constituição de unidade distinta, não apenas plantar ou construir.

19. É possível aduzir que o direito de laje caracteriza-se como perpétuo, enquanto o direito de superfície tem caráter temporário, uma vez que extinção do direito de laje decorre de um fato excepcional, enquanto que o fim do direito de superfície atua como consequência lógica de sua instituição.

20. O Código Civil estabelece regimes distintos de extinção aos direitos. Imputando à laje a hipótese única de extinção pela ruína da construção-base, o que ainda é condicionado à impossibilidade de reconstrução em cinco anos, ou se o direito não for constituído no subsolo. Não há como encarar esta situação como natural ou pretendida, diferentemente da extinção da concessão de superfície que pode findar-se pelo simples advento do termo.

21. A perpetuidade do novo direito de laje aproxima-o da enfiteuse, porém não os confunde, haja vista que na enfiteuse não havia abertura de matrícula própria e o vínculo entre proprietário do solo e da coisa era mantido através do pagamento de foro anual ou *laudêmio*.

22. Logo, diante do exposto, o direito de laje não é direito de superfície.

23. A propriedade horizontal é composta por unidades autônomas, de propriedade individual, e de solo e partes comuns, cuja propriedade é coletiva. A consagração da propriedade horizontal, no âmbito do Código Civil de 2002, encontra-se nas disposições correspondentes ao condomínio edilício, razão pela qual parte da doutrina trata-os como sinônimo.

24. A similaridade do condomínio edilício para com o direito de laje encontra-se na existência de unidades imobiliárias independentes e verticalmente organizadas. No entanto, o condomínio edilício pressupõe a existência de um condomínio forçado das partes comuns' com atribuição de fração ideal do terreno para cada condômino, o que é expressamente vedado em relação ao direito de laje.

25. A redação do dispositivo que afasta a possibilidade de existir um condomínio entre o titular da laje e o proprietário da construção-base caracteriza-se como uma repetição da medida provisória para lei, o que significa que o legislador manteve esta posição, a fim de distinguir os institutos.

26. O regime do direito de laje prevê a existência de partes que servem a todo o edifício, o que não implica em propriedade coletiva, vez que se concentrando em componentes estruturais essenciais a existência da laje, como alicerces, paredes e telhados.

27. Dessa forma o condomínio edilício não pode ser confundido com o direito de laje, embora seja evidente similaridade entre estes institutos, razão pela qual a doutrina defende que o último surgiu para complementar o primeiro, ou ainda que a laje seja uma figura híbrida fruto do direito de superfície com condomínio edilício.

28. O conceito mais completo de direito de propriedade é o trazido por Orlando Gomes, que decompõe este a partir de três critérios, quais sejam: sintético, analítico e descritivo.

29. Assim, em síntese, atrelando as faculdades e as características, é possível depreender como direito de propriedade aquele que contemple o poder de usar, fruir, dispor e reaver a coisa (complexidade), podendo ser oposta a terceiro (absoluto) e sem haja a interferência deste (exclusivo), por tempo ilimitado (perpétuo), desde que observe as limitações legais e função social.

30. A partir do conceito de propriedade, transmitindo-o ao direito de laje nota-se que de forma analítica o titular da laje o poder de usar, gozar e dispor da sua unidade imobiliária autônoma, conforme autoriza o Código Civil. A faculdade de reaver, embora não expressa, também deve ser conferida a este, uma vez que não faz sentido o poder de dispor dissociado do de reaver.

31. Neste sentido ainda, a laje pode ainda ser considerada direito absoluto através do poder de disposição do seu titular, bem como nas limitações este direito também sofre.

32. A exclusividade implica na exclusão de terceiros do uso e do gozo da coisa, atribuições expressamente conferidas pela lei ao titular da laje.

33. A laje tem também caráter perpétuo, uma vez que não possui prazo de duração e sua extinção decorre de situação excepcional, o que a afasta dos direitos reais sobre coisa alheia, aproximando-o da propriedade.

34. No tocante a elasticidade, também característica da propriedade, este aspecto também pode ser verificado no direito de laje, uma vez que o titular pode por suas faculdades à disposição, como o uso e gozo, bem como a autorização deste de ceder sua superfície para a constituição de outra laje.

35. Sendo assim, o direito de laje pode ser considerado como nova modalidade do direito de propriedade, uma vez que preenche os critérios analítico, sintético e descritivo de sua conceituação, não podendo ser reduzido apenas a noção de domínio (faculdade de usar, dispor, fruir e reaver).

6 REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. O direito de laje não é um novo direito real, mas um direito de superfície. *Revista Consultor Jurídico*, Recife, 2 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-02/direito-laje-nao-direito-real-direito-superficie>>. Acesso em: 31 maio 2018.

AMARANTE, Fernanda Machado. O pluralismo jurídico e o direito de laje. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3403, 25 out. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22888>>. Acesso em: 21 jul. 2017

ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014

_____. Os direitos reais na constitucionalização do direito civil. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 39, n. 2, p. 175-196, jul. 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direitos Reais*. Lisboa: Almedina, 1978.

BALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de Imóveis: doutrina, prática, jurisprudência*. 16. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010

BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 03 jun. 2018.

BRASIL. *Estatuto da Cidade*. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/leis_2001/L10257.htm> Acesso em: 09 jun. 2018.

CARBONARI, Sílvia Regina de Assumpção. O direito de superfície sob nova perspectiva. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 51, 31 mar. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2458>. Acesso em: 05 jun. 2018.

CAVALCANTI, Marise Pessôa. *Superfície compulsória: instrumento de efetivação da função social da propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CORRÊA, Cláudia Franco. Direito de laje: o direito na vida e a vida no direito. In: *CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI*, 17, 2008, Brasília. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 995-1016.

_____, MENEZES Juliana Barcellos da Cunha e. A regularização fundiária nas favelas nos casos de “direito de laje”: construindo pontes entre o direito inoficial e o direito vigente. *Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade*, Brasília, v. 2, n. 1, jan./jun. 2016. p. 179-195. Disponível em:

<<http://www.indexlaw.org/index.php/revistaDireitoUrbanistico/article/view/507/504>>.
Acesso em: 16 abr. 2018.

FERREIRA, Daniel Meirelles. O direito de laje e a função social como reguladores da sub-habitação. In: *O Direito Imobiliário como vetor da retomada de crescimento*. São Paulo: LTr, 2017. p. 307-326.

FIUZA, César Augusto de Castro; COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. Ensaio sobre o direito real de laje como previsto na Lei 13.465/2017. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/ensaio-sobre-o-direito-real-de-laje/>>.
Acesso em: 16 abr. 2018.

GOMES, Orlando. *Código Civil: projeto Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. *Direitos Reais*. 19. ed. ver. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *O Direito de Superfície*. Rio de Janeiro: GB, 1972.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, Volume 5: Direito das Coisas*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Luís da Cunha. *Da propriedade horizontal ou por andares*. São Paulo: Ática, 1955.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa, DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2. ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LIRA, Ricardo Pereira. O Novo Código Civil, Estatuto da Cidade, Direito de Superfície. In: *SEMINÁRIO EMERJ, 2002*, Rio de Janeiro. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II. Rio de Janeiro: EMERJ, julho/2002 a abril/2003. p. 145-157.

LOPES, João Batista. *Condomínio*. 6. ed. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. Apresentação. Autoridade e utilidade da doutrina: A construção dos modelos doutrinários. In: *Modelos de Direito Privado*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 9-40.

MAZZEI, Rodrigo Reis. O direito de superfície e a sobrelevação (o direito de construir na edificação alheia ou 'direito de laje'). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 416, p. 243-258, jul/dez. 2012.

_____. O direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro. 2007. 406 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7813>> . Acesso em: 09 jun. 2018

MILAGRES, Marcelo. *Direito real de laje?*. Página Pessoal: 11 de maio de 2017. Disponível em: <<https://www.professormarcelomilagres.com/single-post/2017/05/11/Direito-real-de-laje>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

MONEBHURRUN, Nitish. *Manual de Metodologia Jurídica: técnicas para argumentar em textos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Nova lei, nova hermenêutica: novidades no Direito Civil pela Lei 13.465/2017. *Revista Consultor Jurídico*, Recife, 11 set. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-11/direito-civil-atual-novidades-direito-civil-lei-134652017>> Acesso em: 24 jul. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporação*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Instituições do Direito Civil, Volume IV: Direitos Reais*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Propriedade Horizontal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. O direito real de laje. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 106, v. 986, p. 263 – 275, dez. 2017.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Um ano longo demais e seus impactos no Direito Civil Contemporâneo. *Revista Consultor Jurídico*, Recife, 26 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-26/retrospectiva-2016-ano-longo-impactos-direito-civil-contemporaneo>> Acesso em: 30 abr. 2018.

RODRIGUES, Marcelo Guimarães. As inovações da Lei 11.382, de 2006 e seus reflexos no registro de imóveis. In: *ENCONTRO DOS OFICIAIS DE REGISTRO DE IMÓVEIS DO BRASIL*. 34., 2007, Florianópolis. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br:80/jspui/handle/tjmg/694>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Coisas, volume 5*. 28. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSENVOLD, Nelson. *O direito real de laje como nova manifestação de propriedade*. Página Pessoal: 14 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvold.info/single-post/2017/09/14/O-direito-real-de-laje-como-nova-manifesta%C3%A7%C3%A3o-de-propriedade>>. Acesso em: 29 maio 2018.

SAULE JÚNIOR, Nelson e UZZO, Karina. La trayectoria de la reforma urbana en Brasil. In: *Ciudades para tod@s: Por el derecho a la ciudad, propuestas y experiencias*. 1 ed. Santiago do Chile: Habitat International Coalition (HIC), 2010. p. 261-272. Disponível em: <<http://www.hic-gs.org/news.php?pid=3849>>. Acesso em: 02 jun. 2018.

SILVA, Américo Luís Martins da. Do regime de concessão do direito de superfície . *Revista da AGU*, Brasília, ano 8, n. 20, abr./jun. 2009. p. 43- 77.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

STOLZE, Pablo. *Código Civil Comentado: Direito das Coisas. Superfície. Servidões. Usufruto. Uso. Habitação. Direito do Promitente Comprador*. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Direito real de laje: primeiras impressões. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 22, n. 4936, 5 jan. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54931>>. Acesso em: 31 maio 2018

_____; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de Direito Civil: volume único*. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____; VIANA, Salomão. Direito real de laje: finalmente, a lei! *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 22, n. 5125, 13 jul. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59131>>. Acesso em: 31 maio 2018.

TESHIMA, Márcia; PONA, Everton Willian. Do direito de laje: uma visão mitigada do direito de propriedade ao direito à moradia. *Argumentum—Estado, Democracia Econômica e Políticas Públicas*, v. 12, p. 45-76, 2011. Disponível em: <http://www.academia.edu/20856412/DO_DIREITO_DE_LAJE_UMA_VIS%C3%83O_MITIGADA_DO_DIREITO_DE_PROPRIEDADE_AO_DIREITO_%C3%80_MORADIA>. Acesso em: 16 abr. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Direito de superfície. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 3, n. 5, 2005. p. 272-281.

VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Manual do condomínio edilício*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TEXEIRA, José Guilherme Braga. *O direito real de superfície*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TEIXEIRA, Ivo Jorge Rocha. Direito de superfície e o aparente conflito de normas entre Código Civil e Estatuto da Cidade. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2451, 18 mar. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14506>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001.