

O DIREITO DE SOBREELEVAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Joana Cunha Cerqueira

Palavra-chave: inclusão, moradia, direito de superfície, direito de sobrelevação, garantias constitucionais.

SUMÁRIO: 1. Introdução, 2. Direito de superfície, 2.1 Conceito e elementos subjetivos, 2.2 Direitos e obrigações do concedente e do concessionário, 2.3 Direito de superfície e Estatuto da Cidade, 3. Direito de sobrelevação, 4. Garantias constitucionais de acesso à habitação, 5. Considerações finais, 6. Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente trabalho objetiva fomentar a discussão acerca do direito de sobrelevação, fazendo uma análise da necessidade de introduzir esse instituto no nosso ordenamento jurídico sob o ponto de vista das garantias constitucionais. Para tanto, inicialmente, é feita uma abordagem sobre o direito de superfície, de maneira comparada, sendo apresentadas as características que aproximam ambos os institutos. Assim, atenta-se para a necessidade de regulamentação de situações consolidadas na atualidade, referentes à habitação, ainda pendentes de regulamentação, contexto no qual se insere o instituto ora em comento.

ABSTRACT: This paper aims to encourage debate about the right of superlevation, doing an analysis of the need for this institute in our legal system form the point of view of constitutional guarantees. To do so, initially, an approach is made on the right to surface, so compared, and included features that bring both institutes. Thus, calls attention to the need for regulation of consolidated situation today, relating to housing, still pending regulatory context in wich it operates now under the institute.

1. INTRODUÇÃO

Diante da escassez de terrenos aproveitáveis nas áreas urbanas para construção, associado ao aumento do contingente populacional existente no Brasil, consolidou-se um quadro de crise habitacional, havendo disputas pelos terrenos e construções desordenadas, que não observam uma infraestrutura adequada e não atendem a regularidade formal exigida pelo nosso ordenamento jurídico.

Nesse contexto, constata-se que o Código Civil atual ainda não é capaz de regular todas as problemáticas referentes à habitação, não atendendo a demanda populacional por moradia.

Conforme será demonstrado, o Direito Civil evoluiu ao longo do tempo, de acordo com as transformações sociais, passando de uma visão individualista e patrimonialista sobre a propriedade à noção de função social com o intuito de atender as demandas sociais.

Diante disto, o direito de superfície foi reintroduzido no nosso ordenamento jurídico, através do qual são apresentadas novas possibilidades de uso da propriedade, a fim de reconhecer situações fáticas já presentes na sociedade.

Contudo, o direito de sobrelevação, objeto do presente trabalho, ainda não foi reconhecido no sistema jurídico brasileiro. Conforme será visto, o instituto refere-se à possibilidade de compra e venda de “lajes”, o que ocorre frequentemente nos bairros que concentram a população desprovida dos recursos mínimos necessários à sobrevivência, necessitando de uma garantia efetiva ao seu direito à moradia.

Diante dessa problemática, é necessária a revisão dos conceitos trazidos pelo Código de Direito Civil e o reconhecimento de novos institutos à luz da Constituição, haja vista que esta consagra o direito à moradia, correlatamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista a garantia do mínimo existencial.

Para efeito de adentrar na matéria em questão, necessário se faz um breve histórico referente à evolução do Direito Civil e da Constituição no decorrer das transformações sociais, de forma a demonstrar que hoje a aplicação dos dispositivos do direito privado devem se dá à luz dos princípios e normas constitucionais.

No Estado Liberal, influenciado pelo Código de Napoleão, surge o Código Civil Brasileiro de 1916, o qual se baseava no individualismo, trazendo o sujeito de direito como centro, com a aspiração de conferir segurança jurídica às relações negociais regidas pelos ideais burgueses.

Dessa forma, o Direito Público não interferia na esfera privada, havendo uma rígida separação entre o mesmo e o Direito Privado.¹

Entretanto, o processo de industrialização e os movimentos sociais crescentes no século XIX, aliados à Primeira Guerra Mundial, atingiram diretamente o direito civil europeu e, na esteira, o direito civil brasileiro, forçando-os a permitir uma intervenção do Estado nas relações privadas para reequilibrar a economia que fora devastada.²

No mesmo período, surgiram leis extravagantes com o intuito de prever situações ainda não reguladas, as quais, a princípio, somente incidiam sobre hipóteses excepcionais, sendo preservada a integridade do código. Contudo, com o decorrer dos anos, essas leis, por sua abrangência, perderam o caráter de excepcionalidade, de forma que o Código deixa de representar disciplina exclusiva, tornando-se direito comum.³

Assim, a hegemonia do Código Civil fora ameaçada, pois os seus dispositivos prevendo hipóteses abstratas já não abarcavam todas as situações enfrentadas pela sociedade, na sua crescente complexidade.

A partir da primeira metade do século XX, com os movimentos sociais decorrentes dos problemas econômicos, as Constituições passaram a prever princípios e normas estabelecendo deveres a serem cumpridos pelo legislador ordinário, demarcando os limites da autonomia privada.⁴ Assim, começaram a ser redefinidos institutos antes reservados ao Código Civil, a exemplo do surgimento da função social da propriedade, a qual iremos abordar adiante.

Esse processo intervencionista foi se intensificando, de forma que as legislações extravagantes passaram a se constituir como Estatutos, regulando integralmente matérias antes exclusivas do Código Civil, inaugurando uma nova fase, chamada de “era dos estatutos”.⁵

Dessa forma, o Código Civil deixou de ser o centro de referência, tendo leis especiais ao redor, e o Constituinte, através dos princípios e normas, passou a definir os critérios

¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2008, p. 2-3.

² *Ibid.*, p. 4.

³ *Ibid.*, p. 4-5.

⁴ *Ibid.*, p. 7.

⁵ *Ibid.*, p. 8.

interpretativos das leis especiais, de forma que a Constituição, definindo as relações econômicas e privadas, converteu-se no centro unificador do ordenamento civil.⁶

Nesse ponto, em relação ao Novo Código Civil brasileiro, leciona o doutrinador Daniel Sarmento:

[...] não teve o condão de reunificar sob a sua égide todo o Direito Privado, deslocando a Constituição do centro do sistema. Para isso, faltariam poderes ao legislador ordinário, que não teria como subverter a hierarquia do ordenamento. Sem entrar no mérito da discussão sobre a conveniência ou não da nova codificação civil, e dos seus erros e acertos, afigura-se duvidoso que num sistema jurídico fundado sobre uma Constituição rígida e dirigente, pródiga em normas incidentes sobre as relações privadas, caberá sempre a esta o papel do centro unificador do sistema.⁷

No entanto, não podemos deixar de reconhecer que o Código Civil de 2002 trouxe mudanças significativas, divergentes dos ideais burgueses individualistas, por exemplo, a concepção de que a propriedade não pode ser mais concebida como algo intransponível, pois deve ser dirigida a uma função social. E, com essa inovação, surgiu o direito de superfície, através do qual se suprimiu a ideia de que “a coisa acessória segue a principal”, para se reconhecer as construções atuais realizadas pela sociedade.

À respeito do direito de superfície, o renomado autor Cristiano Chaves afirma que:

Ao contrário dos que possam pensar ser a superfície uma forma de aniquilação do direito de propriedade, em razão da inserção de uma titularidade dentro de outra, configura-se ela como importante mecanismo destinado não somente a ordenar a propriedade urbana e incrementar a sua função econômica pela diversificação nas formas de utilização, como também a auxiliar ao atendimento às funções sociais das cidades, principalmente pela possibilidade de redução de déficit habitacional, trazendo em seu bojo regras de Direito Civil e urbanístico.⁸

Pois bem. Seguiremos a definição do que se denomina direito de superfície a partir do qual trataremos do tema “direito de sobrelevação”.

2. DIREITO DE SUPERFÍCIE

⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 75.

⁷ Ibid., p. 76.

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 416.

O direito de superfície foi introduzido no nosso ordenamento jurídico com a edição da Lei Federal n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), que regulamenta o instituto nos seus arts. 21 a 24.

Tendo sido contemplado nesse sistema legal, limitava-se aos imóveis urbanos, sendo mais um instrumento de política urbana, vindo a possibilitar o cumprimento da função social da propriedade.

Não obstante, com o advento do novo Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002), o instituto passou a ser disciplinado nos art. 1.369 a 1.377, vindo a abranger os imóveis rurais.

2.1 CONCEITO E ELEMENTO SUBJETIVOS

O direito de superfície “consiste na faculdade que o proprietário possui de conceder a um terceiro, tido como *superficiário*, a propriedade das construções e plantações que este efetue sobre ou sob o solo alheio (solo, subsolo ou espaço aéreo de terreno), por tempo determinado ou sem prazo, desde que promova a escritura pública no registro imobiliário.”⁹

Dessa forma, tem-se como sujeitos da relação jurídica o proprietário do solo, na qualidade de concedente, e, de outro lado, na qualidade de concessionário, o superficiário.

O proprietário do solo concede ao superficiário o direito de construir ou plantar, fazendo sua a construção ou plantação que realizar, como propriedade separada da propriedade do solo, que permanece no domínio do proprietário do terreno. Assim, é possível ao proprietário do solo transferir ao superficiário, como propriedade separada do terreno sobre o qual estiverem realizadas, construções e plantações preexistentes.

2.2 DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO CONCEDENTE E DO CONCESSIONÁRIO

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 414.

Conforme se extrai da doutrina, assim que constituído o direito de superfície, estabelecem-se direitos e obrigações para as partes que nele figuram, sendo esquematizados pelo jurista Ivo Jorge Rocha Teixeira¹⁰.

Ao concedente (proprietário do solo) é dado: a) utilizar a parte do imóvel que não é objeto da superfície, incluindo o subsolo e o espaço aéreo, observadas as restrições contidas no título do negócio jurídico superficiário; b) receber a remuneração periódica ajustada, se convolada a superfície onerosamente; c) exercer a preferência na aquisição da superfície, quando o superficiário aliená-la de maneira onerosa; d) promover a resolução da superfície antes do advento do termo, se o superficiário não plantar ou edificar no prazo fixado, ou se edificar ou plantar em desacordo com o título negocial que a conferiu, ou, ainda, se lhe der destinação diversa da prevista no título; e) constituir gravames reais sobre o solo; f) tornar-se dono do edifício ou da plantação, indenizando ou não, o superficiário uma vez extinta a superfície, pelo término da suspensão do efeito aquisitivo da acessão.

Por outro lado, competem-lhe as seguintes obrigações: a) omitir-se da prática de atos que impeçam ou prejudiquem a construção ou plantação superficiária ou o exercício do direito de superfície; b) dar preferência ao superficiário, em igualdade de condições com qualquer terceiro, à aquisição do solo, quando esta se faça onerosamente.

Ao superficiário cabe os seguintes direitos: a) utilizar a superfície do solo alheio nos limites do negócio celebrado; b) usar, gozar e dispor da construção ou plantação superficiária como coisa sua, separada da propriedade do solo; c) constituir gravames reais sobre a construção ou plantação, os quais se extinguirão no termo da superfície; d) exercer a preferência na aquisição do solo, quando o proprietário deste aliená-lo onerosamente; e) reconstruir a construção ou refazer a plantação, se houverem perecido, enquanto durar enquanto durar o direito de superfície.

Cabem-lhe as obrigações seguintes: a) pagar a remuneração convencionada, na forma ajustada, caso haja ajuste neste sentido; b) fazer a plantação ou construção exatamente conforme o que for estabelecido no título constitutivo da superfície; c) efetuar o pagamento dos encargos e tributos que, durante o prazo da superfície, incidirem sobre a obra superficiária, como também sobre o solo; d) conservar a obra superficiária e não demoli-la;

¹⁰ TEIXEIRA, Ivo Jorge Rocha. **Direito de superfície e o aparente conflito de normas entre Código Civil e Estatuto da Cidade**. Disponível em: www.jus.uol.com.br/revista/texto/14506. Acesso em: 21 nov. 2010.

dar preferência ao dono do solo em igualdade de condições com terceiro, à aquisição da coisa superficiária.

Estes são os direitos e obrigações gerais das partes, outros podendo ser acordados no título que constitui o negócio jurídico.

2.3 DIREITO DE SUPERFÍCIE E ESTATUTO DA CIDADE

Além da regulamentação trazida pelo Novo Código Civil, conforme já mencionado, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), também disciplinou o direito de superfície, nos arts. 21 a 23, fazendo com que o intérprete do direito se debruce sobre a possibilidade de aplicabilidade de ambos os diplomas legais, sendo esse tema alvo de discussão doutrinária.

Segundo Silvio Salvo Venosa¹¹, a matéria “é polêmica e longe está de uma unanimidade”. Certo é que deve ser considerado que o Estatuto entrou em vigor antes do Código Civil, porém, constitui um microsistema jurídico que deve harmonizar-se com os Códigos. Sendo “Lei Complementar Constitucional”, deverá restringir-se ao seu alcance específico, qual seja, o planejamento urbano.

Assim, tem-se que o Estatuto da Cidade dirige-se exclusivamente aos imóveis urbanos e as disposições trazidas pelo Novo Código Civil se aplicará aos imóveis rurais.

O referido Estatuto, no seu art. 21 dispõe:

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

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

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

Ademais, se comparadas as disposições do Novo Código Civil com o estabelecido no Estatuto da Cidade, constata-se que há dois tratamentos diversos para o mesmo instituto.

Como exemplo, tem-se que o Estatuto da Cidade expressa que o direito de superfície pode ser concedido por prazo determinado ou indeterminado, já o Código Civil prevê somente o prazo determinado.

¹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de superfície**. Disponível em: www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2088. Acesso em: 21 nov. 2010.

Outras situações podem ser apontadas, como o disposto no art. 1.371 do Código Civil, que afirma que o superficiário responderá por encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária.

O Estatuto da Cidade, além de estipular essa responsabilidade tributária no art. 21, § 3º, acrescenta que o superficiário arcará, ainda, “proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo”.

A partir do debate acerca do direito de superfície e sua posterior inserção no sistema normativo, abriu-se um espaço para novas discussões acerca das situações presentes no contexto habitacional brasileiro e, a seguir veremos uma delas, qual seja, o direito de sobrelevação.

3. DIREITO DE SOBREELEVAÇÃO

Em face da concentração populacional nos centros urbanos, aliada a desigualdade de renda existente no nosso país, tem-se um grande número de pessoas habitando locais conhecidos como “favelas”, nas quais todos disputam um pequeno espaço de terra e não há uma infraestrutura urbana. Nesses locais, geralmente, as construções são realizadas de forma desordenada e os imóveis acabam assumindo uma aparência vertical.

Diante dessa realidade, muitas vezes, ocorre a compra e venda de “lajes”, ou seja, o proprietário de um imóvel aliena a sua parte superior a outro sujeito, na qual este irá constituir outro imóvel. Essa é inclusive, uma forma corriqueira de se obter recursos financeiros nas comunidades mais carentes, inclusive, através do aluguel da parte denominada “laje” e, até mesmo, em algumas situações, a “laje” é vendida antes mesmo de o proprietário primitivo ter construído a sua casa, para financiar a futura construção.

Nesse contexto, surge o direito de sobrelevação, que se refere à possibilidade de o proprietário conceder a outra pessoa o direito de edificar ou usar como queira, respeitados os limites da lei, a superfície do seu imóvel. Ou seja, ele ocorre quando permite-se que uma pessoa construa outro imóvel sobre a “laje” daquele de sua propriedade.

Tal direito já foi introduzido nas legislações de alguns países, a exemplo da Itália, da Suíça e de Portugal, sendo considerado como a possibilidade de construir sobre imóvel alheio, assumindo a feição de propriedade.

Ao tratar do tema, leciona Cristiano Chaves:

Seria uma espécie de direito de superfície em segundo grau, na qual o superficiário estaria autorizado a contratualmente transmitir a um terceiro o direito de construir sobre a sua propriedade. Não se confunde com o condomínio edilício – em que a o fracionamento ideal do solo -, pois na superfície haveria uma tripartição de propriedades autônomas: a propriedade do solo, de titularidade do concedente; a propriedade da superfície, pertencente ao superficiário; e a propriedade a sobreelevação, que ingressaria no patrimônio do segundo concessionário.¹²

Ocorre que as pessoas que adquirem a “laje” do imóvel, conforme a Lei nº. 6.015/73, que versa sobre os Registros Públicos, não podem ter reconhecido o seu direito de propriedade, tendo em vista que só ocorre, de fato, a transferência da propriedade após o registro imobiliário.

Assim, essa forma de aquisição de bens, dentre outras, não encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico, de forma que o direito de propriedade, na sua atual previsão pelo código, não consegue abarcar todas as situações presentes na nossa realidade e não atinge o seu objetivo de tutelar o maior número possível de situações que envolvam o conceito de propriedade e seus variados usos no cotidiano urbano.

Esse tema é muito polêmico, de forma que, quanto ao entedimento sobre a caracterização desse direito, há posicionamentos diversos da doutrina. Há quem defenda que esse direito deve ser reconhecido somente quanto ao aspecto da posse. De outro lado, há doutrinadores defendendo a existência do direito de propriedade sobre esses imóveis, devendo ocorrer a introdução desse direito no nosso ordenamento de forma a possibilitar a sua regularização, o que se mostra mais acertado.

Ora, conforme já foi visto, é conferido ao superficiário o direito de alienar as construções edificadas, incluindo o espaço aéreo, desde que seja obedecido o direito de preferência do concedente, de forma que forçoso se faz reconhecer a possibilidade da alienação somente da parte superior do imóvel, a qual poderá constituir uma nova propriedade.

Ademais, o Estatuto da Cidade, ao trazer as possibilidades de se aplicar o direito de superfície, no seu art. 21, diz somente que o proprietário urbano poderá conceder a outrem o

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 422.

direito de superfície do seu terreno, o que possibilita aos operadores do direito manusear o instituto, interpretando-o de acordo com as novas demandas, o que ocorre no caso do direito de sobrelevação.

Conforme leciona Arnaldo Rizzardo, o direito de sobrelevação é um direito real de uso e fruição sobre coisa alheia e, simultaneamente, um direito de disposição da superfície, incluídas as acessões e plantações que o superficiário realizar, e por essa razão, não deixa de ser direito de propriedade. Isso porque tanto o concedente (proprietário) como o superficiário poderão livremente, alienar os seus respectivos bens ou direitos, salvo o direito de prelação.¹³

É preciso analisar que esse direito surge como algo além do direito de superfície, já previsto no nosso Código Civil, sendo meio indispensável à garantia do direito de moradia à população, necessário a sua sobrevivência.

Diante desse contexto, faz-se necessário o reconhecimento desse direito, considerando que as pessoas que deste necessitam, além de carecerem de políticas públicas do Estado voltadas à habitação, ainda deixam de ter reconhecidas pelo Direito uma situação já consolidada na sociedade.

Dessa forma, é possível preconizar que seria suficiente um pouco de boa vontade no meio jurídico e executivo na discussão do tema para que seja reconhecida a necessidade de normatização deste direito informal de propriedade, direito este que se faz presente na realidade fática e do qual não se poderá esquivar por muito tempo o legislador brasileiro. Compreender doutro modo, aliás, seria sufocar a criatividade de quem vivencia o Direito, tão necessário para ensejar mudanças e melhoras na realidade fática de nosso país.

A seguir veremos os fundamentos constitucionais que são tidos como base para o entendimento segundo o qual se tornou forçoso reconhecer o prestígio as normas que garantam a destinação social do bem e o direito social à moradia, componente do mínimo existencial, essencial para uma vida digna, garantindo a tutela jurídica do direito de sobrelevação – direito de laje.

4. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DE ACESSO À HABITAÇÃO

¹³ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Ao tratarmos do direito de sobrelevação, verificamos que, em que pese não esteja previsto no nosso ordenamento jurídico, trata-se de uma situação que exige uma regulação jurídica, tendo em vista a sua consolidação na realidade fática, principalmente nas comunidades mais carentes, nas quais não existe uma infra-estrutura básica.

Dessa forma, é obrigação do Estado interferir nessas construções, a fim de garantir o direito de moradia a população que carece de uma segurança jurídica quanto as suas habitações, direito esse que é correlato do princípio da dignidade da pessoa humana, posto que a moradia se faz necessária para garantir o mínimo existencial.

Ora, não se pode deixar de reconhecer que é obrigação do Estado atuar diante dessa situação tendo em vista o que dispõe a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no seu art. 3º, *in verbis*:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

Esse dispositivo introduziu no sistema jurídico brasileiro o princípio da igualdade substancial, ao lado do princípio da isonomia formal, estabelecendo o compromisso do Estado em reduzir as desigualdades sociais e redistribuir as riquezas, a fim de garantir a justiça social aos indivíduos que se encontram à margem da sociedade.

Em relação ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, está incluído no art.1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, de forma que se constitui no princípio mais relevante de nossa ordem jurídica e, por isso, deve condicionar a aplicação do Direito Privado.

Ela traz consigo a noção de que o homem existe como um fim em si mesmo, e não como um instrumento para algo, devendo o Estado voltar a sua atenção para ele garantindo-lhe todos os direitos tutelados, a fim de contemplar a melhorias das condições de vida das pessoas.

O princípio da dignidade da pessoa humana representa uma diretriz no Estado Democrático de Direito, trazendo consigo não a visão civilista tradicional do indivíduo isolado, e sim a noção do sujeito em sua individualidade inserido no grupo social.

Nesse diapasão, Daniel Sarmiento leciona que os reflexos desta nova visão personalista do Direito Privado projetam-se sobre todos os seus campos, e mais especialmente no campo dos direitos reais, da função social da propriedade e da posse remodela aqueles institutos, no afã

de compatibilizá-los com outros vetores constitucionais como o direito à moradia e a proteção ao meio ambiente.

Conforme já exposto, a noção de propriedade não pode ser entendida de forma dissociada da idéia de cumprimento da função social da propriedade. Esta já era objeto de proteção da Constituição anterior como princípio geral, no entanto, adquiriu suma importância na Constituição atual, posto que se encontra prevista no seu art. 5º, inciso III, como princípio fundamental do ordenamento, constituindo uma garantia individual, e não apenas um princípio de ordem econômica. Assim, não se deve analisar somente o interesse individual de cada proprietário, e sim a utilização que vem sendo dada às propriedades pela população, de forma a conferir segurança jurídica às relações, atendendo aos anseios sociais.

Atendo-se ao estudo do direito de sobrelevação, ressaltando que a concessão do direito de superfície confere ao superficiário a possibilidade de alienar as construções realizadas, embora não haja previsão específica para a alienação da “laje” do imóvel estabelecido, tendo em vista a função social que deve ser conferida à propriedade, não se pode deixar de reconhecer a propriedade de seu adquirente, que irá utilizá-la para constituir a sua moradia.

Assim, é extraída do princípio da função social da propriedade a sua máxima eficácia, que é o propõe a doutrina atual, com a incidência dos princípios constitucionais na interpretação das leis privadas.

De outro lado, considerando que, ao longo do tempo, as transformações sociais fizeram com que o Direito Civil modificasse a sua perspectiva individualista para alcançar a noção do Direito como um instrumento voltado às necessidades da coletividade, não se deve reconhecer somente a função social da propriedade, mas também de outros direitos, entre os quais se encontra a posse.

O direito a posse é de suma importância, haja vista que se relaciona intrinsecamente com o direito de moradia, tutelado pela Constituição no seu art. 6º, o qual diz respeito à garantia do mínimo existencial ao ser humano, sendo corretado ao princípio da dignidade da pessoa humana, que serve sempre como diretriz do nosso ordenamento.

Deve-se analisar que a posse é o direito mais próximo da realidade em que vivemos, já que não são respaldadas pelo direito de propriedade todas as moradias, principalmente àquelas que se encontram nas comunidades carentes.

No caso da alienação da “laje” nas “favelas”, embora a situação não encontre respaldo no nosso ordenamento como um direito de propriedade, deveria ser reconhecida como tal,

considerando que as pessoas, dessa maneira, constituem, de fato, um novo imóvel, exercitando um poder fático sobre a porção adquirida, ao menos a consagração do seu direito de posse é inevitável.

Por fim, considerando que com a aquisição da “laje” as pessoas irão constituir a sua moradia, direito fundamental de conotação existencial, corolário da dignidade da pessoa humana, torna-se indiscutível a proteção do direito de “laje”, posto que, hoje é reconhecida a incidência direta dos princípios constitucionais nas relações privadas, despatrimonializando-as em face do reconhecimento da função social da propriedade.

É inevitável o reconhecimento da influência direta da Constituição sobre as relações privadas com a irradiação de seus princípios, principalmente, no que diz respeito ao direito de propriedade. Neste sentido, é a lição de Daniel Sarmento:

[...] ao aplicar qualquer norma infraconstitucional a casos concretos, inclusive no campo das relações entre particulares, o judiciário deve mirar os valores constitucionais, que tem no sistema de direitos fundamentais o seu eixo central e no princípio da dignidade da pessoa humana o seu vértice. Caso não seja possível aplicar a norma ordinária existente em conformidade com os direitos fundamentais, deve o órgão jurisdicional exercer o controle incidental de constitucionalidade, para afastar o preceito viciado da resolução em questão e, diante da eventual ausência de norma, solucionar o litígio através da invocação direta da Constituição. Esta obrigação deriva do princípio da supremacia da Constituição e da vinculação do judiciário, como órgão estatal, aos direitos fundamentais nela positivados.¹⁴

Dessa forma, propõe-se que os tribunais, diante da situação ora narrada, devem reconhecer o direito de propriedade dos proprietários sobre o bem adquirido, a fim de garantir os direitos tutelados constitucionalmente, que carecem de uma garantia efetiva do Estado, mediante políticas públicas para a população marginalizada, e de reconhecimento pelo nosso ordenamento jurídico, para a sua consagração do ponto de vista prático.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa serviu para oferecer noções preliminares sobre o que vem a ser o direito de superfície e, mais especificamente, o direito de sobrelevação e sua caracterização como direito de propriedade dentro do nosso ordenamento jurídico.

¹⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 298.

Todavia, o que de mais importante se apurou sobre esses novos conceitos do direito civil é a sua importância como instrumento jurídico a propiciar a utilização da propriedade privada dentro da sua função social, em acordo, portanto, com o requisitado na Constituição Federal.

Sob o aspecto jurídico, foi possível, ainda, verificar mais atentamente uma análise afinada entre os direitos básicos à habitação e bem-estar provenientes da nossa Carta Magna e concluir que o avanço na discussão do tema favorece a concretização de políticas normativas para a solução das situações fáticas.

Conclui-se que não pode o Estado permanecer inerte em relação aquelas pessoas que vivem marginalizadas nas “favelas”, não tendo o seu direito à moradia efetivamente tutelado, já que é seu dever atuar através de políticas públicas referentes à habitação, no intuito de reduzir as desigualdades sociais.

De outro lado, diante desse quadro, o Direito possui papel fundamental, devendo regular a situação em questão, encontrando-se amparado pelos princípios constitucionais que devem sempre orientá-lo.

Contudo, alguns preconceitos precisam ser abandonados, a exemplo de entender o operador civilista que os princípios constitucionais como meros princípios políticos ou de manter-se apegado a regulação casuística, na tentativa de reunir o direito público e o direito privado com a interpretação dos dispositivos deste à luz da constituição e, principalmente, de seus princípios, os quais são fundamentais para o processo de constitucionalização do Direito Privado, permitindo a mudança dos seus institutos tradicionais.

Enfim, acredita-se que com o presente artigo houve contribuição considerável para o seu objetivo: iniciar o debate e reflexões no meio jurídico-acadêmico em torno desses novos institutos do Direito Civil, para que sejam melhor compreendidos e, conseqüentemente, perceba-se a sua importância econômica e social sendo divulgado para que, na prática, se possa justificar a sua inserção na nossa legislação como mais uma ferramenta a viabilizar a função social da propriedade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TEIXEIRA, Ivo Jorge Rocha. **Direito de superfície e o aparente conflito de normas entre Código Civil e Estatuto da Cidade**. Disponível em: www.jus.uol.com.br/revista/texto/14506. Acesso em: 21 nov. 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de superfície**. Disponível em: www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2088. Acesso em: 21 nov. 2010.