

TESE 05

Proponente:

Área: Cível

II Encontro Estadual - 2008

SÚMULA

É lícito ao superficiário a concessão do direito de construir sobre a sua propriedade superficiária – 'direito de laje' -.

Fundamentação teórica e fática

O presente trabalho tem o escopo de analisar a função social da posse na perspectiva civil-constitucional, especialmente no que tange o direito de laje, sustentando a possibilidade de concessão por parte do superficiário a um segundo concessionário do direito de construir sobre a sua propriedade superficiária. Inicialmente, contudo, merece registro a constitucionalização das relações privadas.

Tradicionalmente, conforme demonstra o direito romano, o direito positivo sempre foi observado com base nos conflitos de direito individual, sendo separados, rigorosamente, em públicos e privados. Essa dicotomia foi visivelmente acentuada no século XIX, por conta da Revolução Francesa, pautado em um conceito abstrato de pessoa humana. Vale ressaltar a cátedra de Fábio Konder Comparato:

*"A revolução, ao suprimir a dominação social fundada na propriedade da terra, ao destruir os estamentos e abolir as corporações, acabou por reduzir a sociedade civil a uma coleção de indivíduos abstratos, perfeitamente isolados em seu egoísmo."***[1]**

As relações públicas e privadas guardavam entre si um necessário distanciamento para época, vez que em voga o Estado Liberal, sendo o ser humano visto em sua unipessoalidade e o Estado apenas atuando negativamente, garantindo as liberdades públicas. Nesta fase o agente não se interagia com o restante da sociedade, no que tange suas relações particulares, sendo observado em sua individualidade.

Contudo, a atuação negativa do Estado, posteriormente, não era mais eficaz para solver uma série de necessidades da população. Segundo notícia Gustavo Tepedino:

*"Os movimentos sociais e o processo de industrialização crescente do século XIX, aliados às vicissitudes do fornecimento de mercadorias e à agitação popular, intensificadas pela eclosão da Primeira Grande Guerra, atingiram profundamente o direito civil europeu, e também, na sua esteira, o ordenamento brasileiro, quando se tornou inevitável a necessidade de intervenção estatal cada vez mais acentuada na economia."***[2]**

O homem, então, passa a ser visto como sujeito de direito, afastando-se a idéia oitocentista de um ser humano abstrato, compondo uma sociedade organizada.

Nascia aí o Estado Social de Direito, de cunho intervencionista, atuando de forma assistencialista.

Tal paradigma é verificado diante de novos fatos sociais, notadamente pelas dificuldades econômicas verificadas na primeira metade do século XX, assumindo o legislador compromissos com a limitação da autonomia privada, a propriedade e ao controle de bens. Os textos constitucionais, assim, paulatinamente incorporam em seus textos temas reservados exclusivamente a legislação civil, como por exemplo, a função social da propriedade.

Mas foi somente no Estado Democrático de Direito que o homem atingiu o epicentro das relações com o Estado, promovendo ampla reforma da ordem econômica e social, de tendência nitidamente intervencionista e solidarista. Segundo informa Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

"A partir da segunda metade do século XX, as Constituições deixam de ser meras cartas de intenções políticas, abrangendo a partir de então um extenso rol de direitos fundamentais, traduzindo um novo vetor axiológico: desloca-se o eixo valorativo do ordenamento, transferindo-se o indivíduo hipervalorizado dos códigos para o ser humano concreto que lhe é subjacente, portado de especial dignidade. Rompe-se a lógica patrimonial assentada na premissa da vontade, a partir de uma diferente metodologia que aprecia a pessoa a partir de sua inserção no meio social." **[3]**

Na nuance da Constituição Cidadã de 1988, a função social da posse atinge seu ápice, ademais, diante da crise do positivismo jurídico verificado ao longo de todo o século XX, onde a propriedade não mais é vista de forma estanque, mas sim, aberta às transformações sociais. Um ordenamento, então, que se reputa perfeito, deve estar sensível e aberto aos apelos da sociedade.

O Código Civil de 1916, contudo, não foi sensível a tais fatos sociais, conforme adverte Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

"Percebe-se que o Código Civil de 1916 é filho tardio do liberalismo – fruto de uma concepção oitocentista – conferindo prevalência às situações patrimoniais, que espelham resquícios de um sistema liberal, cujos protagonistas eram o proprietário, o contratante e o marido. Por intermédio do absolutismo da propriedade e da liberdade de contratar, seria permitido o acúmulo de riquezas e estabilidade do cenário econômico, preservando-se ainda a tranqüila passagem do patrimônio do pai aos filhos legítimos, no contexto de uma família essencialmente patrimonializada." **[4]**

O novo Código Civil, por sua vez, procurou superar a tábua axiológica pautada exclusivamente em uma lógica patrimonialista. Contudo, conforme adverte Gustavo Tepedino, o código foi comedido no que concerne novas matérias e tecnologias. Leciona o renomado autor:

"Diante da promulgação do Código, deve-se construí-lo interpretativamente, com paixão e criatividade, no sentido de buscar a máxima eficácia social, harmonizando-o com o sistema normativo civil-constitucional." **[5]**

O autor carioca destaca, ainda, dois aperfeiçoamentos quanto à posse: a) o abandono da secular discussão acerca de sua concepção, definindo a posse, em sua natureza jurídica, como um exercício de fato; b) e o simples exercício de uma das faculdades inerentes ao domínio já se constitui em posse, um direito autônomo, com ações próprias, independente em relação à propriedade.[6] Leciona Gustavo Tepedino:

*"Em outras palavras, a noção de vanguarda avançada do domínio, escapando dos limites entrevistos pela construção de Ihering, passa a ter bases axiológicas constitucionais. Os valores sociais da moradia, do trabalho, da dignidade da pessoa humana, fazem com que a estrutura normativa de defesa do exercício da propriedade seja assegurada independente do domínio. A justificativa encontra-se diretamente na função social que desempenha o possuidor, direcionando o exercício de direitos patrimoniais a valores existenciais atinentes ao trabalho, à moradia, ao desenvolvimento do núcleo familiar."***[7]**

A posse, portanto, tem uma configuração tridimensional: a) posse real - seria a posse decorrente da titularidade da propriedade ou de outro direito real (v.g. usufruto, superfície); b) posse obrigacional - é a posse que advém da aquisição do poder sobre um bem em razão de relação de direito obrigacional (v.g. locação, comodato); c) posse fática - também chamada de posse natural, exercitada por qualquer um que assuma o poder fático sobre a coisa, independente de qualquer relação jurídica real ou obrigacional que lhe conceda substrato, sendo suficiente que legitimamente seja capaz de utilizar concretamente o bem.[8]

A posse, nesta última perspectiva, é tutelada pela sua relevância, em cotejo à superior previsão constitucional do direito social à moradia, notadamente no art. 6º, da CF, com redação que lhe deu a emenda constitucional nº 26/01, bem este, segundo o Supremo Tribunal Federal, componente do mínimo existencial.

Dissertando sobre esta terceira esfera da posse, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal aduzem:

*"Há ainda uma terceira esfera da posse, que se afasta das duas concepções patrimoniais tradicionais acima descritas. Cuida-se de uma dimensão possessória que não se localiza no universo dos negócios jurídicos que consubstanciam direitos subjetivos reais ou obrigacionais. Trata-se de uma posse emanada exclusivamente de uma situação fática e existencial, de apossamento e ocupação da coisa, cuja natureza autônoma escapa do exame das teorias tradicionais. É aqui que reside a função social da posse."***[9]**

A Constituição Federal não previu expressamente a função social da posse, ao contrário da função social da propriedade. Nem era necessário fazê-lo. Vez que, sendo a posse um exercício de fato, a sua própria existência, por si só, como uma relação socialmente admitida, já pressupõe o exercício de uma finalidade socialmente relevante. A tutela da posse, neste diapasão, não pode ser desvinculada dos valores sociais de que serve de instrumento.

A hermenêutica constitucional tem se orientado, modernamente, por uma interpretação pluralista da Constituição. Montesquieu definiu o juiz como a "*bouche*

de la loi” (a boca da lei), vez que *“fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos.”***[10]**Trabalhava-se que um mecanismo lógico de subsunção do fato à norma, próprio da exegese, sempre lastreado em um processo dedutivo, da norma para o caso concreto.

Tal assertiva, contudo, não resistiu diante da fraqueza de suas premissas, pois a linguagem empregada constitucionalmente merece abordagem detida, sendo a letra da lei apenas um marco inicial de referência para interpretação de qualquer norma. Não se concebe um juiz totalmente adstrito a letra da norma, sem margem para uma análise crítica sobre os fatos postos em juízo. Tais avanços foram frutos do neo-liberalismo e globalização, com a valorização dos princípios, onde o direito se encontrava “na boca do juiz”. Neste sentido, acolhendo a livre pesquisa do direito, dispõe o art. 5º, da LICC: *“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”*

Essa orientação, agora, mais consentânea com o nosso tempo, dá suporte à tese da *“sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”*, por uma interpretação pluralista da Constituição, de Peter Häberle. O direito, então, que antes estava na boca do legislador, em um segundo momento está na boca do juiz e, por fim, agora, na boca do povo, afastando o Poder Judiciário do centro decisório. Observa este autor que *“quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la.”***[11]** Dispõe, ainda, este autor, citado por André Ramos Tavares:

“Muitos problemas e diversas questões referentes à Constituição material não chegam à Corte Constitucional, seja por falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados. Assim, a Constituição material ‘subsiste’ sem interpretação constitucional por parte do juiz. Considerem-se as disposições dos regimes parlamentares. Os participantes do processo de interpretação constitucional em sentido amplo e os intérpretes da Constitucional desenvolvem, autonomamente, direito constitucional material. Vê-se, pois, que o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional.” **[12]**

Como advertiam Cappelletti e Saja, Presidente da Corte Constitucional italiana, o Direito Constitucional vivo, longe de ser mero discurso técnico, é *“realização de valores essenciais da coletividade.”***[13]**

Diante da crise sofrida pelo positivismo jurídico durante do transcorrer do século XX, o ordenamento jurídico não pode estar à margem das crescentes transformações sociais. Conforme afirmado anteriormente, a posse nesta nova ótica é vista como fato social, delineada de forma pluralista e despatrimonializada, fundamentando-se, também, em critérios intrínsecos. Sobre o tema, André Ramos Tavares leciona:

“Na teoria do Direito como fenômeno cultural elaborada por Peter Häberle, as forças sociais não podem ser tratadas simplesmente como objetos, devendo ser integradas na concepção de Direito e Constituição. Essa lição se mostra extremamente preciosa para fins de revelar a impossibilidade de afastar as normas de Direitos dos valores sociais que são consagrados em cada estrutura jurídica existente nos diversos países. A idéia de “Constituição aberta” leva a essa permeabilidade. Tais “valores”,

a partir dessa concepção, passam a integrar o cerne do Direito. Seu endereço jurídico mais adequado é a Constituição, documento fundamental da ordem juridicamente positivada. “[14]

Em um país como o nosso, assolado pela pobreza, onde freqüentemente observamos tensões sociais para garantia do direito de moradia, é forçoso reconhecer o direito de sobrelevação, onde constrói-se no plano inferior e vende-se o direito de laje para outro construir, tudo isso de maneira espontânea, se a necessidade de provisão legislativa expressa. Neste sentido, preceitua Ricardo Lira:

“Outro aspecto interessante a abordar quanto às formas de utilização da superfície é o direito de sobrelevação ou superfície em segundo grau. O superficiário concede a um segundo concessionário o direito de construir sobre a sua propriedade superficiária. Essa forma de utilização da superfície é contemplada no Código suíço. De resto, a criatividade do brasileiro também a utiliza no direito informal, nas formações favelares, onde o titular da moradia cede a outrem o direito de laje.”[15]

O enfoque dado ao tema pelo Código Civil permite afirmar que, para melhor utilização do patrimônio imobiliário, é viável a separação do solo e de suas diversas possíveis superfícies, notadamente a superfície aérea.

Vale ressaltar, ainda, que o direito de sobrelevação não se confunde com o condomínio edilício – em que há 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 da sobrelevação, que ingressaria no patrimônio do segundo concessionário.”*[16]

Neste sentido, preceitua o art. 21, do Estatuto da Cidade:

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

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

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

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

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

§ 5º Por morte do superficiário, os seus direitos transmitem-se a seus herdeiros.

Alguns autores advogam a tese de que o Estatuto da Cidade, na parte pertinente ao direito de superfície, estaria derogado pelo Novo Código Civil, que tem disciplina mais abrangente. Tal interpretação, contudo, representa um retrocesso, tendo em conta a maior abrangência do art. 21, do Estatuto da Cidade. Correta a lição de Gustavo Tepedino:

*"Em face de tais circunstâncias, consolida-se uma terceira interpretação, que considera que o direito de superfície do Código Civil restringe-se às superfícies rústicas, de zonas rurais, aplicando-se a disciplina do Estatuto da Cidade a todos os direitos de superfícies criados em solo urbano."***[17]**

Indiscutível a proteção de tal direito na órbita constitucional, vez que estimulando o direito à moradia, direito fundamental de conotação existencial, colário da dignidade da pessoa humana. A título de exemplo, é inócua a previsão de inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, CF), se o indivíduo sequer tem um domicílio.

Invocável, ainda, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, onde estes influenciam as relações privadas, irradiando seus princípios, afetando, inclusive, a autonomia privada, limitando o exercício do 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."***[18]**

Sendo assim, despatrimonializadas as relações privadas, sofrendo diretamente irradiação constitucional, torna-se 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 -.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente: Art. 5º, III, e VI, "c" e "g", da Lei 988/06, *in verbis*:

"Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

III - *representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;*

VI - *promover:*

...

f) a tutela dos interesses dos necessitados no âmbito dos órgãos ou entes da administração estadual e municipal, direta ou indireta;

...

g) ação civil pública para tutela de interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo;" (grifo nosso)

Indicação do item do Plano Anual de Atuação da Defensoria Pública em que se insere

O processo de urbanização vivenciado no Estado de São Paulo, aliado à escassez de recursos e à histórica falta de planejamento adequado para uma política habitacional, trouxe conseqüências graves para a população de baixa renda no que tange à ocupação do solo urbano, **Item III – f) atuação na área de habitação de urbanismo – estimando-se que mais da metade da população viva em favelas**, cortiços, loteamentos clandestinos, loteamentos irregulares ou áreas de risco. Cumpre notar que muitas das situações de informalidade já se encontram absolutamente cristalizadas pela DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO decurso do tempo, fazendo jus os ocupantes a usucapião ou à obtenção de concessão de uso especial para fins de moradia.

[1] COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação história dos direitos humanos, p. 117.

[2] TEPEDINO, Gustavo, Temas de Direito Civil, ed. Renovar, 3ª edição, p.4.

[3] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais, 5ª edição.

[4] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais, 5ª edição, pág. 174/175.

[5] TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil, Tomo II, Ed. Renovar, pág. 147.

[6] TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil, Tomo II, Ed. Renovar, pág. 152.

[7] TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil, Tomo II, Ed. Renovar, pág. 152.

[8] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais, 5ª edição, pág. 39.

[9] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais, 5ª edição, pág. 37.

[10] Espírito das Leis, p. 160.

[11] HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional, p. 13. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes.

[12] HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional, p. 42. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes.

[13] CAPPELLETTI, Mauro, Questioni Nouvi (e Vecchie) sulla Giustizia Costituzionale, p.40.

[14] TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional, Ed. Saraiva, 6ª edição, pág.107.

[15] LIRA, Ricardo. Direito a Moradia, Cidadania e o Estatuto da Cidade, pág. 273.

[16] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais, 5ª edição, pág. 405.

[17] TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil, Tomo II, Ed. Renovar, pág. 171.

[18] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas, p. 298.