

# DO DIREITO DE LAJE: UMA VISÃO MITIGADA DO DIREITO DE PROPRIEDADE AO DIREITO À MORADIA

ON FLADSTONE LAW: A MITIGATED VIEW FROM THE PROPERTY RIGTH TO THE HOUSING RIGHT

---

Márcia Teshima<sup>1</sup>  
Everton Willian Pona<sup>2</sup>

## Sumário

1. Introdução. 2. Os objetivos de desenvolvimento do milênio (ODM). 3. A origem dos assentamentos precários. 4. O direito à moradia no Brasil. 5. A mitigação do direito de propriedade. 6. O direito de superfície: a nova perspectiva “Direito de Laje” como instrumento de concretização de sustentabilidade ambiental e do direito fundamental à moradia. 6.1. O direito de superfície. 6.2. O direito de laje: a realização da função social da propriedade e do direito fundamental à moradia; 7. Considerações finais. Referências.

## Summary

Introduction. 2. Millennium Development Objectives (ODM). 3. The origin of poor settlements. 4. The right to housing in Brazil. 5. The mitigated right to property. 6. The right to surface: the new perspective “flagstone law” as a tool for environmental sustainability accomplishment and Fundamental law to housing. 6.1 Right to surface. 6.2. Right to roof: accomplishment of property social Function and fundamental right to housing. 7. Finals remarks. References.

## Resumo

O presente artigo foca o reconhecimento do direito de laje como instrumento para realização da função social da propriedade e do direito fundamental à moradia. Ele, portanto, apresenta os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio das Nações Unidas, incluindo a garantia do desenvolvimento sustentável por meio da melhoria das condições habitacionais de milhões de pessoas; aborda as causas de surgimentos dos assentamentos irregulares; enfatiza o direito fundamental à moradia e considera a questão relativa à mitigação do direito de propriedade com a compulsória observância de sua função social prevista constitucionalmente. Por fim, aponta o direito de laje como instrumento de realização da função social da propriedade e do

---

1 Mestre em Direito Negocial pela UEL. Doutoranda em Direito pela Universidad de Buenos Aires. Professora Assistente da Universidade Estadual de Londrina. Advogada.

2 Graduando em Direito da Universidade Estadual de Londrina.

direito de superfície. O direito de laje é uma manifestação, ainda informal, desenvolvida no âmbito das favelas, que implica significativas consequências jurídicas, bem como vasta gama de possibilidades para promoção do desenvolvimento urbano, reorganização e redistribuição do solo e espaço urbanos e promoção do direito à moradia.

Palavras-chave: Objetivos de desenvolvimento do milênio. Assentamentos irregulares. Direito à moradia. Função social da propriedade. Direito de superfície. Direito de laje.

### **Abstract**

This paper focuses on the recognition of the law of flagstone as a tool for the enactment of the social function of property and the fundamental right to housing. It therefore presents the United Nations Millenium Development Goals, including the guarantee to sustainable development by means of improvement of housing conditions of millions of inhabitants. The paper also refers to the causes of the emergence of irregular housing settlements; it emphasises the fundamental right to housing and considers the issue concerning the mitigation of the property right by the compulsory observation of its social function as constitutionally ruled. Finally, it indicates the Flagstone law as an instrument for the enactment of both the social function of property and the Surface right. The Flagstone law still is an informal slum manifestation which implies significant legal consequences and a plethora of possibilities to foster urban development, reorganisation and redistribution of land and urban spaces, and the right to housing.

Key words: Millenium goals. Irregular housing settlements. Housing right Social function of property. Surface right. Flagstone law.

## **1 Introdução**

Houve um tempo em que o direito de propriedade era absoluto e que não se admitia qualquer intervenção ou limitação de seu exercício. A liberdade do proprietário era plena.

Hoje, a propriedade há de cumprir sua função social, e cumprimento dessa função está associado ao seu adequado aproveitamento, seja de solo rural seja do solo urbano.

Em se tratando de ocupação do solo urbano, constata-se que a distribuição não se deu de forma equânime, e muitos dos mais desprovidos de recursos financeiros quedaram relegados às margens e periferias das cidades que se ergueram imponentes ao longo da história do país.

O presente estudo analisa a situação desses indivíduos relegados a construir suas vidas (e suas casas) de forma marginal aos centros urbanos, integrando-lhes o espaço, mas, vezes tantas, desenvolvendo centros de atividades e de organizações completamente distintas e mesmo independentes.

As condições nas quais vivem, em muitos dos casos, dignas não podem ser chamadas e, diante de tais constatações, este estudo parte da análise de objetivos traçados como sendo de desenvolvimento do milênio, dentre os quais a garantia do desenvolvimento sustentável, de que é nuance a melhoria das condições degradadas de vida da população que habita tais bairros.

Com o objetivo de proporcionar informação ampla, demonstram-se as causas de surgimento de assentamentos precários ou irregulares e abordse a questão do direito fundamental à moradia, constitucionalmente assegurado.

Aborda-se, ainda, a questão atinente à mitigação do direito de propriedade, por meio do condicionamento ao cumprimento de sua função social, sendo que instrumento eficaz para assegurar a observância do ditame constitucional é o direito de superfície, tratado também no estudo, cujas linhas dirigem-se, ao final, à necessidade de reconhecimento de uma nuance, segundo dizem alguns, do direito de superfície, nascido da informalidade da vida nas periferias, mas cuja força social conclama posicionamento do direito, chamado de direito de sobrelevação ou de laje.

## 2 Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM)

Sob os auspícios da Organização das Nações Unidas (ONU), em setembro de 2000, realizou-se a Assembleia do Milênio, que contou com a participação de 191 delegações, então representadas por chefes de Estado e de Governo. Como resultado dos debates ocorridos na assembleia, apresenta-se a aprovação da Declaração do Milênio, na qual se reconhece que o mundo já possui a tecnologia e o conhecimento para resolver a maioria dos problemas enfrentados pelos países pobres. Na ocasião, ainda, estabeleceram-se objetivos para o desenvolvimento e a erradicação da pobreza no mundo, a serem implementados pela comunidade internacional até 2015, eis que mensuráveis e temporalmente delimitados.

Assim, oito grandes objetivos foram estabelecidos, a saber: 1) erradicar a extrema pobreza e a fome; 2) atingir o ensino básico universal, 3) promover a igualdade de gênero e a autonomia das mulheres, 4) reduzir a mortalidade infantil, 5) melhorar a saúde materna, 6) combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças, 7) garantir a sustentabilidade ambiental e 8) estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento.<sup>3</sup>

Dentre esses oito objetivos e, mais especificamente, o de garantir a sustentabilidade ambiental, há uma subdivisão de metas que vai desde o desenvolvimento e erradicação da pobreza, redução da perda da diversidade biológica, redução da proporção da população sem acesso permanente e sustentável

---

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/>>. Acesso em: 7 jul 2010.

à água potável segura e esgotamento sanitário, até à melhoria significativa nas vidas de pelo menos 100 milhões de habitantes de bairros degradados. E, para essa última, reduzir a proporção da população urbana vivendo em assentamentos precários.<sup>4</sup>

A preocupação do ser humano com o meio ambiente não é dos dias atuais. Progressivamente, a preservação do meio ambiente e a garantia do desenvolvimento econômico chamado sustentável encontram espaço nas agendas internacionais e assumem ponto nas pautas de discussão de inúmeros Estados e organismos de âmbito supranacional.

O estudo do ambiente ganhou amplitude mundial e passou a ser devidamente reconhecido a partir do momento em que a degradação ambiental atingiu índices alarmantes e verificou-se que a conservação de um ambiente sadia está intimamente ligada à preservação da própria espécie humana<sup>5</sup>.

A partir de 1972, com a Conferência de Estocolmo, a questão ambiental e particularmente o que tange ao desenvolvimento sustentável (uma tentativa de conciliar a preservação do meio ambiente e o progresso econômico-industrial das nações), ganha relevo, sendo discutida em diversos momentos, tais como na Conferência do Rio de Janeiro (1992) e a Conferência de Johannesburgo (2002), sem esquecer de mencionar a assinatura do Protocolo de Kyoto, em vigor a partir de 2005<sup>6</sup>.

Cientes da necessidade de conciliação entre o progresso e a preservação ambiental, as Nações Unidas reafirmaram seus objetivos para o milênio (já mencionados) e, como não poderia ser diferente, dentre eles insculpiram a garantia da sustentabilidade, elegendo como meta a melhoria das condições habitacionais de muitos indivíduos relegados a bairros marginais, sem condições mínimas de saneamento que garantam respeito à dignidade.

Por que a redução da proporção da população urbana vivendo em assentamentos precários é tão importante?

A redução da proporção da população urbana vivendo em assentamentos precários diz respeito não apenas aos propósitos maiores de desenvolvimento e erradicação da pobreza no mundo, estabelecidos pela ONU, mas, principalmente, porque os assentamentos precários envolvem questões relativas a crescimento demográfico sobre os recursos naturais, tais como poluição da água, uso inadequado do solo e poluição atmosférica, além do fato de que existe uma

---

4 Disponível em: <<http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/>>. Acesso em: 7 jul 2010.

5 GUERRA, Sidney. Desenvolvimento sustentável nas três grandes conferências internacionais de ambiente da ONU. In: GOMES, Eduardo Biachi; BULZICO, Bettina (Org.). *Sustentabilidade, desenvolvimento e democracia*. Ijuí: Ed. Unijui, 2010, p. 71.

6 GUERRA, Sérgio. Op. cit., passim.

limitação da capacidade do meio ambiente de satisfazer às necessidades presentes e futuras, impostas pelo estágio atual da tecnologia e da organização social.<sup>7</sup>

O fato de a natureza ter um limite, uma capacidade de carga, se evidencia a cada dia diante das provas de degradação que sofrem os ecossistemas e a qualidade de vida das pessoas<sup>8</sup>. Aqui se considera meio ambiente o conjunto das condições naturais, sociais e culturais em que vive a pessoa e que são suscetíveis de influenciar sua existência. Portanto, neste trabalho, afasta-se a ideia antropocêntrica de que o homem tudo pode e a natureza está aí para servi-lo. Então, até que se descubra possibilidade de vida em outro planeta, esta terra, assim como a mãe natureza, é que nos mantém, inexoravelmente, presos e totalmente dependentes dela e de outros seres vivos.

Concretizar as metas traçadas como objetivos do milênio, mormente aquela atinente à sustentabilidade do desenvolvimento e melhorias das condições de habitação de muitos requer, antes, a compreensão das causas que provocaram o surgimento das situações que hoje se pretende combater (a ocupação e aglomeração humana sem planejamento em condições que coloquem em risco o meio ambiente e, por consequência, a qualidade da vida humana), de modo que a reflexão jurídica possa encontrar soluções viáveis e efetivas.

### 3 A origem dos assentamentos precários

Ao longo da história, observa-se que as migrações, em geral, estão associadas a fatores econômicos. No Brasil, essas migrações não foram diferentes e, desde o tempo da colonização pelos europeus, podem ser verificadas. O ciclo da cana-de-açúcar na região Nordeste para o ciclo do ouro, em Minas Gerais, provocou um enorme deslocamento de pessoas em direção ao novo centro econômico do país. A região da Amazônia chamou atenção da população com o ciclo da borracha. O ciclo do café e, posteriormente, o processo de industrialização, tornariam a região Sudeste o grande polo de atração de migrantes, que saíam de sua região de origem em busca de empregos ou melhores salários.

---

7 GUERRA, Sidney. Op. cit., p. 80.

8 BORDENAVE, Sofia. In: "Informe sobre derechos humanos y medio ambiente en América", presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en ocasión de la audiencia de carácter general celebrada en Washington, D.C, el 16 de octubre del año 2002. Centro de Derechos Humanos y Medio Ambiente. Disponível em: <<http://www.cedha.org.ar>>. Acesso em: 11 maio 2010.

A despeito de atualmente a tendência ser a de um fluxo negativo de migração, partindo dos grandes aglomerados urbanos<sup>9</sup> em direção ao interior<sup>10</sup> dos Estados, observa-se que o crescimento populacional, principalmente das grandes cidades como São Paulo e Rio de Janeiro (onde o problema habitacional expressou-se de forma mais contundente com a formação de complexos de favelas que ocupam grande parte de ambas as cidades), está associado ao processo de urbanização e desenvolvimento econômico (ao tardar, pela industrialização) do país<sup>11</sup>.

O Brasil sofreu um processo de transformação (urbanização) de forma acentuada a partir dos anos de 1940 até 1970, sendo que, a partir dessa década, o crescimento das cidades acentuou-se vertiginosamente e pode-se dizer que a industrialização da Região Sudeste foi a mola propulsora do crescimento populacional urbano, caracterizador de um processo denominado “metropolização”<sup>12</sup>.

A busca por melhores oportunidades e pelas perspectivas de um emprego urbano que possibilitassem a melhoria do padrão de vida, com assistência médico-hospitalar, educação e emprego, acentuou o êxodo rural. No campo, a miséria e a pobreza eram agravadas pela falta de infraestrutura, pela concentração de terras nas mãos dos latifundiários<sup>13</sup> e pela mecanização das atividades agrárias<sup>14</sup>. Além

---

9 Atualmente, nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, já se registra maior saída de população das metrópoles em direção às cidades médias do interior do que em direção às metrópoles, embora essas continuem tendo crescimento populacional total positivo. A principal causa desse movimento é o fato de as metrópoles atualmente não apresentarem taxas de crescimento econômico tão significativas, com infraestrutura de transportes geralmente problemática, acompanhando uma relativa precariedade no atendimento de praticamente todos os serviços públicos, com índices de desemprego e criminalidade mais elevados do que a média das demais cidades. Já as cidades do interior do país, além de estar passando por um período de crescimento econômico, oferecem melhor qualidade de vida à população (BRITO, Fausto. O deslocamento da população brasileira para as metrópoles. *Estud.av.*, São Paulo, v. 20, n. 57, Aug. 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142006000200017&Ing=en&nrm+iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142006000200017&Ing=en&nrm+iso)>. Acesso em: 22 abr 2010).

10 Observa-se o mesmo processo nas migrações interestaduais, ou seja, das metrópoles nacionais rumo ao Estado de origem dos migrantes.

11 “Para muitos povos, as condições naturais [...] exercem um papel condicionante de sua distribuição pelo espaço. Todavia, a partir do momento em que uma população desenvolve suas forças produtivas, o papel dos fatores naturais como determinantes de sua distribuição na superfície da Terra tende a diminuir” (ADAS, Melhem. *Panorama geográfico do Brasil: contradições, impasses e desafios socioespaciais*. 3. ed. São Paulo: Moderna, 1998, p. 512).

12 Ibidem, p. 520.

13 “A estrutura fundiária antidemocrática – em que os latifúndios improdutivos não permitem a fixação do homem à terra e os minifúndios, por sua vez, não são suficientes para atender às necessidades mínimas de uma família (em vista da exiguidade da extensão da propriedade rural e/ou do baixo nível técnico empregado ou, ainda, da dificuldade de comercialização da produção). Ibidem.

14 “As próprias transformações modernizantes do país, nos últimos quarenta ou cinquenta anos, orquestradas pelo avanço do capitalismo na cidade e no campo aprofundaram ainda mais o caráter de mercadoria que já possuía a terra; o trabalhador rural foi expulso do campo, e a agricultura de produtos alimentares foi substituída pela moderna agricultura comercial de exportação”. Ibidem. Loc. cit.

disso, o acesso a serviços e ao comércio nas áreas urbanas tornara-se o principal fator de atração para as grandes cidades.

Porém, o sonho de prosperidade não seria tão simples de ser realizado. Entre os anos 1940 e 1990, as cidades não apresentavam ofertas de emprego compatíveis às procuras, tampouco a economia urbana crescia na mesma velocidade em que ocorriam as migrações. Como consequência, crescia o desemprego e sub-emprego no setor de serviços, com aumento do número de trabalhadores informais, vendedores ambulantes e trabalhadores que vivem de fazer “bicos”. Associado à falta de investimentos e ao reduzido planejamento do Estado na ampliação da infraestrutura urbana, isto contribuiu para a formação de um cinturão marginal nas cidades, ou seja, o surgimento de novas favelas,<sup>15</sup> palafitas<sup>16</sup> e invasões urbanas.<sup>17</sup> Dessa forma, os problemas habitacionais se intensificaram quantitativa e qualitativamente, pois grande parte das camadas populares passou a viver em condições bastante precárias<sup>18</sup>.

As mudanças no meio ambiente são diretas no cenário local, premeditadas no sentido da implantação mas imprevistas a respeito da alterações nos fluxos de energia e no meio ambiente. Se a urbanização diretamente cria ambientes que são avaliados como positivos para a saúde e ao bem-estar das pessoas, ao mesmo tempo gera efeitos que podem promover a desestabilização do ecossistema<sup>19</sup>.

---

15 Favela (português-brasileiro), bairro de lata (português-europeu) ou musseque (português-angolano), tal como definido pela agência das Nações Unidas UN-HABITAT, é uma área degradada de uma determinada cidade, caracterizada por moradias precárias, falta de infraestrutura e sem regularização fundiária. De acordo com dados da ONU, cerca de um bilhão de pessoas vivem em favelas no mundo. Essas regiões urbanas possuem baixa qualidade de vida, infraestrutura precária e seus moradores possuem limitado poder aquisitivo, áreas com edificações inadequadas, muitas vezes apertadas aos morros onde é difícil construir edifícios estáveis e com os materiais tradicionais. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Favela>>. Acesso em: 11 maio 2010.

16 Chamam-se genericamente palafitas, sistemas construtivos usados em edificações localizadas em regiões alagadiças cuja função é evitar que as casas sejam arrastadas pela correnteza dos rios. As palafitas são comuns em todos os continentes sendo que em áreas tropicais e equatoriais de alto índice pluviométrico é maior. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Palafita>>. Acesso em: 11 maio 2010.

17 Denomina-se invasão, a ação empreendida pela população menos favorecida economicamente, vítima principal do crescimento urbano desordenado, que se aglomeram em moradias populares no próprio centro, muitas delas habitações coletivas, nos subúrbios, vales, várzeas, mangues, escarpas de montanhas e morros, sem qualquer infraestrutura.

18 SOUZA, João Carlos de. Ocupações de áreas urbanas em São Paulo. Trajetórias de vida: linguagens e representações. *Revista Brasileira História*, São Paulo, v. 18, n. 35, 1998. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-01881998000100016&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01881998000100016&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 22 abr. 2010.

19 SOUZA, Maria Adélia A. et al. *Natureza e sociedade de hoje: uma leitura geográfica*. São Paulo: Hucitec/Ampur, 1994, p. 133.

A ocupação sem planejamento decorrente das imigrações causa impacto direto e imediato no meio ambiente, provocando mudanças paisagísticas, climáticas, hidrológicas, hidrogeológicas, morfológicas e biogeográficas<sup>20</sup>.

Assim, as migrações têm sido alvo de análise, não apenas como resultantes de eventuais desequilíbrios econômicos, sociais ou demográficos, mas, especialmente, como elementos da organização espacial de uma sociedade, uma vez que migração pode ser definida como mobilidade espacial da população.

O desmedido crescimento das cidades, fruto do processo de urbanização seguido de perto da industrialização da sociedade brasileira, associado aos movimentos migratórios internos que atraíram os indivíduos para as metrópoles (vindos do campo ou de cidades menores), nas quais esperavam encontrar situações outras de vida que lhes permitisse o desenvolvimento e fortuna (por poucos ou quase nenhum alcançada), culminou, em razão da impossibilidade de oferta de empregos a todos e de espaço amplo destinado à moradia, na favelização e marginalização de muitos migrantes.

Relegados à margem da sociedade, literalmente à margem das cidades erigiram verdadeiros conglomerados populacionais irregulares, invadiram terrenos, construíram barracos, ocuparam os morros na tentativa de encontrar um lugar para chamar de “lar”, submetendo-se, vezes tantas, a viver em condições de miséria extrema.

As transformações nas cidades, de cunho ambiental, político, social e econômico são inegáveis, e, portanto, a preocupação dos Estados e dos organismos internacionais anteriormente explicitada está efetivamente justificada.

No âmbito nacional, a questão ganha relevância em razão da positivação, pela Carta Constitucional de 1988, e aqueles dentre os direitos fundamentais, dentre aqueles nominados fundamentais sociais, do direito à moradia. Portanto, a leitura da situação deve revestir-se de olhar constitucional, pensando-se sempre no respeito à dignidade da pessoa humana.

#### **4 O direito à moradia no Brasil**

Quando se trata de direitos fundamentais, muitas são as denominações a eles atribuídas, tais como “direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem”<sup>21</sup>.

A expressão direitos fundamentais (do homem), aponta a doutrina, é a mais adequada para correta definição do termo, já que

---

20 Ibidem, p. 133-137.

21 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 175.



[...] além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no ‘nível de direito positivo’, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas<sup>22</sup>.

A existência hoje, de direitos fundamentais positivados na maioria das Cartas Constitucionais ao redor de toda a extensão mundial é resultado de um processo histórico de incorporação do movimento internacional de valorização e respeito do ser humano, expressado, no âmbito supranacional, pela edição de três magnos instrumentos: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948 e os pactos internacionais que a completam (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 16 de dezembro de 1966).

Tal declaração reflete o resultado de um processo histórico iniciado há muito tempo, com as declarações inglesas de direitos, como a Carta Magna, por exemplo, passando pelas declarações resultantes das Revoluções Americana e Francesa.

As constituições contemporâneas preocuparam-se, então, em positivar os direitos humanos internacionalmente afirmados e reconhecidos, significando “a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo”, exatamente porque, “sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideais, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”<sup>23</sup>, e os direitos humanos positivados, foram chamados direitos fundamentais.

A doutrina constitucionalista, ao tratar do tema, escrevendo acerca do desenvolvimento histórico, costuma dividir a positivação dos direitos fundamentais em diferentes dimensões ou gerações<sup>24</sup>.

A primeira das dimensões (ou gerações) corresponde aos direitos de liberdade que constituem verdadeiro limite à atuação estatal, traduzindo-se como direitos de resistência ou oposição diante do Estado<sup>25</sup>.

E se os direitos de primeira geração impõem uma abstenção ao Estado, os de segunda dimensão exigem atuação positiva à sua efetivação. Se há apego à conceituação, diz-se que “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam

---

22 Ibidem, p. 178.

23 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 377.

24 A esse respeito: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009; FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2008; SILVA, José Afonso da. Op. Cit..

25 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 563-564.

melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”<sup>26</sup>. Estão, desse modo, diretamente associados à noção de igualdade e efetivamente apresentam-se como condições materiais da realização de uma igualdade real, proporcionando, assim, o exercício efetivo da liberdade<sup>27</sup>.

Esses direitos impõem ao Estado uma atuação prestacional voltada à satisfação das necessidades da sociedade. Por meio deles, buscava-se tornar os homens, já livres, iguais. Não seria suficiente que o ordenamento jurídico declarasse que todos são iguais perante a lei. Para que houvesse efetiva igualdade o Estado deveria assegurar, a todas as pessoas, iguais oportunidades de acesso aos bens e valores fundamentais a uma existência digna, construindo uma sociedade, sob essa perspectiva, mais justa<sup>28</sup>.

Direitos prestacionais referem-se ao direito do particular de obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social). Se o particular tiver meios financeiros suficientes, ele poderá obter a satisfação das suas próprias pretensões prestacionais através do comércio privado. Em outras palavras, os direitos sociais estariam condicionados, enquanto alcance, a uma gama de pessoas não dotadas de meios financeiros capazes de realizar as pretensões de conteúdo mínimo existencial, tanto que se acredita pressuporem os direitos sociais um tratamento preferencial para as pessoas que, em virtude de condições econômicas, físicas e sociais, não podem desfrutar desses direitos.<sup>29</sup>

Para Canotilho, os direitos sociais teriam o sentido de apontar para uma dimensão da democracia econômica e social; seria a tendência de igualar todos os cidadãos, no que é pertinente às prestações sociais, assegurando igual dignidade social. Portanto, não se restringem a questões de ordem previdenciária e de assistência social, mas, abrangem também, um conjunto de tarefas conformadoras, que, além de garantirem a dignidade social, contribuiriam com uma igualdade real entre os indivíduos<sup>30</sup>.

São direitos sociais, segundo o art. 6º, da Constituição da República, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância.

---

26 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 286.

27 Ibidem, p. 287.

28 Para aprofundamento a respeito das gerações dos direitos fundamentais, recomenda-se a obra de Paulo Bonavides, já que as demais dimensões não serão abordadas por não se relacionarem diretamente com o tema do estudo realizado.

29 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., passim.

30 Ibidem, p. 348.

O direito à moradia foi inserido no rol dos direitos sociais, como direito constitucional, por força da Emenda Constitucional 26, de 10 de fevereiro de 2001, que alterou a redação do citado artigo<sup>31</sup>.

Assim, ampliaram-se o rol dos direitos sociais na estrutura jurídica constitucional e, via de consequência, o vértice dos direitos e garantias fundamentais na normativa legal.

Aplicando o pensamento mencionado (de que os direitos de primeira geração seriam negativos e os de segunda, por sua vez, exigiriam a atuação positiva do Estado) ao direito à moradia, tomando-o como direito negativo, seria compreensível obstaculizar uma penhora, em execução de dívida, quando o imóvel fosse considerado bem de família, e positivo quando o Estado executa políticas públicas no sentido de assegurar o acesso à moradia aos seus cidadãos.

Também, partindo da ideia dignidade da pessoa humana, direito à intimidade e à privacidade e de ser a casa asilo inviolável, não há dúvida de que o direito à moradia busca consagrar o direito à habitação digna e adequada, tanto assim que o art. 23, X [da Constituição] estabelece ser atribuição de todos os entes federativos combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos<sup>32</sup>.

Ao que parece a consagração do direito à moradia como direito fundamental é a formulação de categorias fundamentais de existência, em sede constitucional, para garantir, do ponto de vista normativo, condições mínimas materiais àqueles que, por condições diversas (ou por faltas delas) não estão possibilitados de produzirem, por si, tais elementos materiais, mínimos.

A positivação do direito à moradia como direito constitucional e, mais que isso, como direito fundamental social, exige do Estado, portanto, postura de contínua atividade e preocupação em proporcionar a todos os cidadãos a chance de desfrutarem de um lar, uma morada em condições que assegurem o efetivo respeito ao princípio eleito como fundamento da República, qual seja, a dignidade humana.

Em resumo, trata-se de direito que necessita, ativamente, da atuação do Estado para implementá-lo, quer dizer, para executá-lo concretamente, pois a mera estruturação normativa não induz a qualquer solução e, no caso do direito de moradia, a complexidade e a dificuldade de execução surgem, de modo particular, com grandes percalços.

---

31 A redação anterior à emenda n. 26/2000: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

32 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 839.

Tais percalços são facilmente observados no espaço urbano, através da ocupação irregular, especificamente, em áreas ocupadas por população de baixa renda, o que aqui denominamos *favelas*.

O reconhecimento do direito de laje, por exemplo, representa, desse modo, adiantado passo a caminho de concretização do direito social à moradia, apresentando-se como alternativa à ocupação irregular das grandes cidades que, em tantas ocasiões, coloca os indivíduos em situações de patente violação à dignidade humana.

## 5 A mitigação do direito de propriedade

Costuma-se afirmar que o direito civil encontra sustentáculo em base tríplice. Foi construído pela doutrina em torno de três importantes institutos existentes desde o surgimento desse direito chamado privado. Tendo se dado nos idos do direito romano, foi revisitado posteriormente por glosadores a adaptado às necessidades da civilização ocidental, culminando no direito civil hoje conhecido.

Família, contrato e propriedade. Eis os três pilares naturalmente privados a darem as cores e os contornos do direito civil enquanto regulamentador da vida e dos interesses dos indivíduos em suas inter-relações.

Por muito tempo a consciência jurídica tratou quase de forma santificada os institutos, valorizando o individualismo e a liberdade ampla e irrestrita, sem qualquer ingerência do Estado nas relações interprivadas.

Mudanças nesse posicionamento ocorreram em decorrência do fenômeno de repersonalização do direito. A convergência das atenções jurídicas ao ser humano, mormente depois das atrocidades da II Guerra Mundial, levou os braços do direito público a alcançarem o campo do direito privado, impondo uma releitura de suas concepções fundamentais como contrato e propriedade. Incorporou-se a quase todas as constituições ao redor do mundo cláusula de garantia da dignidade da pessoa humana, reafirmada em inúmeros tratados internacionais.

Antes, entretanto, de pensar-se na propriedade como realinhada segundo os contornos do direito público, funcionalizada, é mister conhecer sua origem e evolução, os caminhos trilhados pelo instituto até suas atuais nuances e relativizações, como o direito de superfície e o também o chamado direito de laje.

“A história da propriedade é decorrência direta da organização política”.<sup>33</sup> Assim, tem-se que antes de Roma, nos primórdios da civilização, as formas

---

33 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 5, p. 151.

primevas de propriedade eram marcadas pela feição comunitária.<sup>34</sup> Somente falava-se em propriedade de coisas móveis, objetos de uso pessoal. O solo pertencia a toda comunidade. Não se concebe a utilização individual e exclusiva e homem não estava preso ao solo devido ao caráter nômade dos povos de então.<sup>35</sup>

Já em Roma, a ideia de propriedade era preponderantemente individualista. “A propriedade privada ligava-se à própria religião e esta, por sua vez, à família, com o culto dos antepassados, dos deuses dos Lares”<sup>36</sup>.

A sequência histórica demonstra que na Idade Média, a propriedade passa a ser sinônimo de poder, em decorrência da organização feudal instalada<sup>37</sup>. Os indivíduos (vassalos) serviam ao senhor e não eram senhores da terra, apesar de a ela estarem vinculados.

No Brasil, a realidade mais próxima de tal regime instalou-se com o sistema de capitanias hereditárias, mas sustentou-se no país, como demonstra a história pátria.

Essa noção de propriedade subsistiu até o século XVIII, quando com a Revolução Francesa recepciona-se o ideal romano. Posteriormente, o Código de Napoleão desenha concepção individualista desse direito, estabelecendo, no art. 544, que “a propriedade é o direito de dispor e gozar das coisas do modo mais absoluto, desde que não se faça uso proibido pelas leis ou regulamentos”<sup>38</sup>.

Nos séculos XVIII e XIX, o direito de propriedade era um direito natural e individual, como previa a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, sendo que tal direito de propriedade era reconhecido como assegurado pelo ordenamento jurídico. Caracterizava-se, ainda, pelo caráter de exclusividade, perpetuidade e pouca limitação<sup>39</sup>.

---

34 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 4 p. 105.

35 VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 152; DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 105.

36 VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 153. Em Roma “a propriedade coletiva foi dando lugar à privada, passando pelas seguintes etapas: 1º) propriedade individual sobre os objetos necessários à existência de cada um; 2º) propriedade individual sobre os bens de uso particular suscetíveis de serem trocados com outras pessoas; 3º) propriedade dos meios de trabalho e de produção; 4º) propriedade individual nos moldes capitalistas, ou seja, seu dono pode explorá-la de modo absoluto” (DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 106).

37 “Inicialmente, os feudos foram dados como usufruto condicional a certos beneficiários que se comprometiam a prestar serviços, inclusive militares. Com o tempo a propriedade sobre tais feudos passou a ser perpétua e transmissível apenas pela linha masculina. Havia distinção entre os fundos nobres e os do povo, que, por sua vez, deveria contribuir onerosamente em favor daqueles, sendo que os mais humildes eram despojados de suas terras” (Ibidem, loc. cit.)

38 VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 153.

39 SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. Noções sobre a propriedade e função social. In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Coords.). *Estatuto da Cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001*. Comentários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 138.

O pensamento individualista acerca do direito de propriedade predominou durante muitos anos, mas sucumbiu diante das transformações sociais ocorridas no século XIX, com destaque para o processo de mudança dos meios de produção e organização do trabalho conhecido como Revolução Industrial.

Desenvolveu-se uma doutrina relativa ao direito de propriedade que buscava nessa um aspecto social, funcional. Por isso, passou-se a mencionar que toda propriedade deveria, para realizar-se plenamente o direito, cumprir sua função social, o que demonstra nada menos do que a derrocada do modelo individualista de concepção dos institutos do direito privado e incorporação da tendência publicista, valorizando o corpo social, a pacificação e estabilização da sociedade, por vezes, em detrimento dos interesses meramente individuais.

O Estado Social (ou Democrático de Direito) não reconhece simplesmente a propriedade privada. Ele a cria e a configura quanto ao seu alcance (não é necessariamente absoluta), quando aos seus titulares (não é necessariamente exclusiva) e quanto à sua duração no tempo (não é necessariamente perpétua). É somente nos termos com que ele (ordenamento jurídico) a cria e configura (pela lei), é que lhe confere garantia constitucional<sup>40</sup>.

Nessa perspectiva, a Constituição da República, no art. 5º, XXII, assevera que é garantido o direito à propriedade. Ou seja, estabelece como direito fundamental dos indivíduos o direito à propriedade (privada). Mas, no inciso subsequente (XXIII) estabelece, de plano, os caminhos a serem trilhados quando do exercício desse direito subjetivo, ao especificar que a propriedade atenderá a sua função social.

Não satisfeito com essa previsão, o legislador constituinte originário fez constar, no art. 170 da Carta Magna, quando tratou dos princípios gerais da ordem econômica, a prevalência da propriedade privada e observância da função social da propriedade (incisos II e III, respectivamente).

Não quis o legislador definir o conceito e a abrangência da expressão “função social”. Entretanto, em passagem outra, no art. 182, §2º, também da Constituição da República, diz-se que a propriedade urbana cumprirá sua função social quando atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

No tocante à propriedade rural, o art. 186 da Norma Vértice estabelece o cumprimento da função social quando atenda ao aproveitamento racional e adequado; quando haja utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente; quando sejam observadas as leis que regulam as

---

40 Ibidem, p. 139.

relações de trabalho e a exploração favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Posteriormente à Constituição da República, o Estatuto da Cidade, Lei nº. 10.257 de 10 de Julho de 2001, trouxe normas, segundo mencionado no parágrafo único, do art. 1º, de ordem pública e interesse social. Estas regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

Em momento outro, o Código Civil, tratando da propriedade, estabeleceu, no art. 1.228, §1º, após afirmar no caput do dispositivo legal que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, assim como o direito de reavê-la de quem a possua ou detenha injustamente, que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e patrimônio histórico, artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Além disso, no §2º também do art. 1.228, o Código Civil veda ao proprietário a prática de atos que não tragam a esse qualquer comodidade ou utilidade e sejam animados com a intenção de prejudicar outrem.

Assim, aponta a doutrina para a ligação da função social da propriedade não só com a produtividade do bem, mas também com os reclamos da justiça social e afirma estar atrelada ao exercício e não ao próprio direito de propriedade. “Deve haver, portanto, uso efetivo e socialmente adequado do bem sobre o qual recai a propriedade. Busca-se equilibrar o direito de propriedade como uma satisfação, e sua função social, que visa atender ao interesse público e ao cumprimento de deveres para com a sociedade”<sup>41</sup>.

Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos do proprietário, mas a noção de função, no sentido em que é empregado [...] significa um poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que este objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do ‘dominus’; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se está diante de um interesse coletivo e essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica<sup>42</sup>.

---

41 DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 108.

42 COMPARATO, Fabio Konder. Função social dos bens de produção. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 35.

Observa-se, desse modo, a preocupação do legislador em preservar a propriedade privada como regra (já que a experiência de coletivização, tal como na ex-URSS, demonstrou a impossibilidade de afastar a natural e primitiva vontade do homem de possuir) mas, paralelamente à preservação desse direito (subjetivo, individual), atentou-se para garantir a estabilidade social, o equilíbrio das relações entre os proprietário e não proprietário, condicionando a propriedade ao cumprimento de uma função, a qual tem caráter social, pois voltada aos interesses de toda a coletividade.

Em se tratando de ocupação do espaço urbano, é importante falar em função social da propriedade porque

O modo dominante de aquisição da propriedade imobiliária não foi, como reza o Código, por escritura passada e registrada em cartório. Muito menos por contratos de financiamento do Sistema Financeiro da Habitação. Quantitativamente falando, o modo dominante de aquisição da propriedade imobiliária foi através de invasões urbanas. É o que os fatos demonstram<sup>43</sup>.

Em razão de tal constatação mostra-se imperativo pensar em instrumentos legislativos destinados a efetivamente realizar a previsão constitucional de observância, no exercício do direito de propriedade, à função social prevista.

Na legislação pátria, a existência de previsão expressa de direito real denominado direito de superfície (e, informalmente direito de laje), demonstra o caminho, quiçá, a solução de (alguns) problemas da ocupação irregular do espaço urbano.

## **6 O direito de superfície: a nova perspectiva “direito de laje” como instrumento de concretização de sustentabilidade ambiental e do direito fundamental à moradia**

### **6.1 Direito de superfície**

Assentou-se, em linhas anteriores, ser a garantia da sustentabilidade preocupação universal tratada como um dos chamados objetivos do milênio.

Demonstrou-se, também, que buscar sustentabilidade ambiental requer atenção não somente para o meio ambiente natural, mas para aquele transformado pelo homem, principalmente as cidades, mormente porque uma das preocupações dos objetivos traçados para o milênio é justamente proporcionar moradia adequada

---

43 GALVAO, Joaquim de Arruda (Org.). *Conflito de direito de propriedade, invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 7.



a milhões de indivíduos que vivem de forma irregular, em assentamentos sem infraestrutura ou saneamento básico.

Restou caracterizado, anteriormente, o caráter fundamental do direito de moradia, assim considerado pela Constituição da República, bem como traçaram-se comentários acerca da relativização do direito de propriedade diante das transformações sociais, muitas advindas ao longo dos anos, impondo-se, hoje, a observância, no exercício do direito antes absoluto, de uma função social.

Nesse aspecto, então, encontram-se os diferentes pontos abordados pelo presente escrito: o objetivo de sustentabilidade ambiental, com a redução do número de pessoa que vivem em habitações de forma irregulares; a situação brasileira de inúmeras ocupações e assentamentos irregulares, especialmente verificados nas grandes metrópoles, centro de atração demográfica até poucos anos atrás; a inobservância do direito fundamental social de moradia (relacionando-se também, nesse ponto, com a dignidade humana); a mitigação do direito de propriedade através dos anos de evolução legislativa e do pensamento jurídico e a necessidade de efetivarem-se os ditames constitucionais relacionados com a fundamentalidade do direito à moradia, propriedade privada e função social da propriedade.

Exsurge, nesse contexto, o recente, porém não novo, direito de superfície. Diz-se recente, pois, há pouco tempo, foi reconhecido de forma positiva pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas não novo, já que sua raiz está fincada em tempos outros, romanos ainda.

Relatam os escritos que o instituto surgiu no período conhecido como “Romano Helênico” e originou-se dos arrendamentos em longo prazo, admitindo-se, já naquela época, a coexistência separada da propriedade do solo da propriedade da construção, por mais que o período fosse temporário.<sup>44</sup> Outros, a seu turno, mencionam que o surgimento decorreu da necessidade prática de se permitir a construção em solo alheio, principalmente sobre bens públicos. Consagrou-se como direito real em coisa alheia na época clássica<sup>45</sup>.

*[...] en el régimen del Derecho Civil Romano no parecía haber lugar para el derecho real de superficie porque el ‘ius civile’ lo impedirá [...] manteniéndose (éste) dentro del esquema de los derechos personales*

---

44 MACIEL, Alex Fabiano do Nascimento; CARVALHO, Carlos Alberto Rodrigues; CARVALHO, Gilzinete Gama de. *Direito de superfície: sua função social*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/9491/9057>>. Acesso em: 20 jul 2010.

45 VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 390-391. “O direito de superfície, no Direito Romano, tinha por finalidade atribuir a alguém (superficiário) amplos poderes sobre edifício construído em solo alheio. O superficiário tinha sobre o edifício poderes inerentes à propriedade. Apenas não era seu proprietário porque vigorava regra segundo a qual ‘a superfície acedo ao solo’ (‘superficies solo cedit’), ‘pela qual tudo que é construído sobre o solo pertence ao proprietário deste’. In: MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 1, p. 345.

*[...] pera ante algunas situaciones de notoria injusticia, derivadas de lo que hoy podríamos llamar el ejercicio abusivo de los derechos de los propietarios del suelo, en el derecho pretoriano se concedió a quines habían construido en suelo ajeno una acción y un interdicto [...]. La superficie como derecho real entre los romanos comienza a desarrollarse por obra del pretor que brindó a su titular un remedio [...] que excede al esquema de las relaciones contractuales del propietario. Pera a diferencia de los sistemas modernos, no se considera en Roma al superficiario como propietario, ni la superficie como propiedad [...]»<sup>46</sup>.*

A origem do direito de superfície em Roma está associada à diversas transformações de ordem política e social a partir do século IV a.C. , além de estar relacionada com a rápida urbanização, decorrentes do abandono das terras rurais, as demandas da militarização, comércio e serviços<sup>47</sup>.

Pode-se afirmar, assim, que o desenvolvimento do direito de superfície estava associado, de certo modo, à necessidade de organização das cidades que estavam em clara fase de crescimento.

No período histórico chamado Idade Média, podia-se verificar a existência do direito de superfície, já que a propriedade do solo era mantida nas mãos dos reis, os quais concediam, a seu arbítrio, aos membros da nobreza (por meio de concessão denominada senhorio), o controle da propriedade de determinadas terras, o que era atribuído em conjunto com o poder de governar a determinados servos. Tratava-se do sistema de suserania e vassalagem.

Diz-se que o desenvolvimento do direito de superfície, nesse período histórico, deu-se em decorrência da influência de pensadores germânicos, valorizando mais o trabalho do construtor do que a propriedade do solo<sup>48</sup>.

Assim o foi até os idos do Século XVIII, com a Revolução Francesa revoltando-se contra as consequências que o antigo regime trazia, como a escravidão dos servos e inúmeros abusos cometidos pelos senhores feudais, de modo que o Código de Napoleão não contemplou expressamente o direito de superfície, porque o considerava como uma forma de sufocação da propriedade imobiliária<sup>49</sup>.

No Brasil-Colônia estiveram em vigor, permanecendo mesmo depois da proclamação da independência, quando ainda vigoraram por algum tempo, as

---

46 NOVELLO, Vanessa A. apud PÉREZ, Rómulo. Derecho de superficie y dimension social de la propiedad del suelo. Un instrumento para la implementación de políticas públicas activas de desarrollo urbano ambiental. *XXII Jornada de investigación: Urbe y territorio. IV Encuentro Regional de Investigación y II Seminario Red Mercociudades: festión urbana*, p. 2.

47 PÉREZ, Rómulo. Op. cit., p. 2.

48 Ibidem, p. 3.

49 Ibidem, p. 3.

Ordenações Filipinas. Até 1864, podia-se falar em direito de superfície, quando foi extinto pela Lei nº. 1.237, de 24 de setembro<sup>50</sup>.

Em substituição às Ordenações Filipinas, adveio o Código Civil de 1916, pensado por Clóvis Beviláqua, no qual não se verificou referência ao direito de superfície.

Contudo, em 28 de fevereiro de 1967, o Decreto-Lei nº 271 instituiu como direito real resolúvel a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, de forma remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, para fins de urbanização, industrialização, cultivo da terra ou outra utilização de interesse social, materializado por instrumento público ou particular ou, ainda, por termo administrativo, passíveis de inscrição no Cartório de Registro de Imóveis e transmissível por ato *inter vivos* ou *causa mortis*.

Estava, nesse diploma legal, a porta para a reintrodução do direito de superfície no ordenamento brasileiro.<sup>51</sup>

Mesmo antes do advento do Estatuto da Cidade, havia aqueles que defendiam a previsão do direito de superfície, com a finalidade de “[...] favorecer a construção de edifícios sobre terrenos pertencentes à pessoa privada que, de um lado, não pretende aliená-lo e, de outro, não quer ou não tem a possibilidade econômica de construir nele e nem deseja utilizá-lo de outro modo”.<sup>52</sup>

Com o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257, de 10 de junho de 2001, o direito de superfície retornou oficialmente ao ordenamento jurídico brasileiro, previsto nos arts. 21 a 24, lembrado, ainda, pelo Código Civil de 2002, nos arts. 1.369 a 1.377.

O conceito construído pela doutrina aponta o direito de superfície como aquele que *uma persona tiene sobre construcciones, arboles y plantas adheridas a un suelo ajeno*<sup>53</sup>. A doutrina nacional, lançando mão de um conceito, afirma ser o direito de superfície

O direito real pelo qual o proprietário concede, por tempo determinado ou indeterminado, gratuita ou onerosamente, a outrem o direito de construir, ou plantar em seu terreno urbano ou rural,

---

50 TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *O Direito real de superfície*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, passim.

51 “O retorno do direito de superfície à ordem pública constituída é o resultado das lutas e conquistas dos movimentos sociais e setoriais pelo reconhecimento de seu direito à moradia e por instrumentos que proporcionem o acesso à moradia digna, e não a um benefício dado aleatoriamente pelo poder legislador”. (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](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2458)>. Acesso em 27 jul 2010.)

52 SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 368.

53 TOBEÑAS, José Carlos. *Derecho Civil Español, Común y Floral*. Derechos de cosas. Los derechos reales restringidos. 10. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1965, t. 2, v. 2, p. 302-303.

mediante escritura pública, devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis<sup>54</sup>.

Trata-se, portanto, de direito real, um direito de propriedade de construções e plantações erigidas sobre um terreno cuja propriedade pertence a outro que não o dono das construções e/ou plantações, e representa rompimento com o romano brocardo *superficies solo cedit*.

As definições anteriores permitem o reconhecimento de duas relações jurídicas: uma de direito real sobre coisa alheia (o direito de superfície propriamente dito) e uma propriedade superficiária. Há, em verdade, uma relação básica que confere um direito real sobre o solo alheio que faculta a construção, plantação ou a manutenção do que fora construído e uma relação complementar que outorga a propriedade do que foi construído ou plantado com independência da propriedade do solo<sup>55</sup>.

Nesse caso (quando tratar-se do direito de superfície), não haverá acessão ao solo do que nele foi edificado ou plantado, como geral. As construções e plantações que existem sobre ou debaixo do solo são consideradas autônomas em relação a esse.

Pode ser instituído, segundo a legislação pátria, em relação à terreno urbano ou rural. No que interessa ao presente estudo, destina-se atenção aquele relacionado com terreno urbano (previsto no Estatuto da Cidade).

A referência a terreno, entretanto, não quer dizer que tal direito apenas possa constituir sobre área não edificada. Ocorre que se inclui no conceito jurídico de superfície, a partir da tradição romanista, tudo o que é edificado sobre o solo<sup>56</sup>.

Afirma-se que a superfície foi introduzida novamente no ordenamento jurídico brasileiro em substituição à enfiteuse, e que a substituição foi deveras vantajosa, em razão de sua grande utilidade econômica e social, “por não ter o inconveniente da perpetuidade e por diminuir a crise habitacional, por incentivar a agricultura, por possibilitar a reforma agrária e por fazer com que a terra, no meio urbano, inclusive, possa ser fonte de trabalho e produção”.<sup>57</sup>

---

54 DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 452.

55 SILVA-RUIZ, Pedro F. *El derecho de superficie en Puerto Rico y Argentina*. Disponível em: <<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-derecho-de-superficie-en-puerto-rico-y>>. Acesso em: 20 jul 2010.

56 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Comentários ao art. 21. In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Coords.). *Estatuto da Cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001*. Comentários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 114.

57 DINIZ, Maria Helena. Op.cit., p. 458.

Pode ser que a importância do instituto não tenha ficado suficiente clara até o momento, pelo que a doutrina destaca seu valor prático, “muito particularmente como instrumento técnico-jurídico propulsor do fomento da construção, tão necessário, sobretudo, nos grandes centros populacionais, onde a carência habitacional alimenta, em boa parte dos que neles vivem, uma das angústias do seu cotidiano”<sup>58</sup>.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, onde o direito de superfície é amplo e pode ter destinações diversas (abrangendo a propriedade urbana ou rural, para construções ou mesmo plantações), a legislação argentina (país no qual também é previsto) apresenta restrição à abrangência do direito real de superfície.

No país platino, o direito real de superfície encontra amparo na Lei nº 25.509, de 11 de dezembro de 2001, a qual é responsável pela instituição do mencionado direito, e pelo art. 2.503 do Código Civil, incorporando a previsão legislativa anterior. De acordo com o disposto na legislação e lembrado pela doutrina, no direito argentino somente pode constituir-se em imóveis rurais, destinando-se específica e unicamente para florestamento ou silvicultura<sup>59</sup>. Deve-se mencionar ainda a limitação temporal legalmente estabelecida em 50 (cinquenta) anos, de modo que o excedente, nos termos do art. 6º, da mencionada lei, não será considerado válido.

Representa limitação ao exercício do direito de propriedade tendo em vista a ordem social estabelecida e com vistas ao reflorestamento e desenvolvimento ambiental. Entretanto, há severas críticas a essa lei e à instituição de um direito real de superfície florestal, afirmando, sobretudo, que a medida legislativa transmuta-se em *diluvio de palabras que pretende justificar una virtual invasión de los países del llamado Primer Mundo sobre los del Tercero, para apoderarse de sus riquezas forestales y silvícolas*<sup>60</sup>.

Em defesa do direito real de superfície naquele país, pode-se destacar a afirmação de que

---

58 GONÇALVES, Augusto Penha. *Curso de direitos reais*. 2.ed. Lisboa: Universidade Lusíada, 1993, p. 423. Considerações quanto às vantagens econômicas do direito de superfície são traçadas por Rómulo Pérez (Op. cit., p. 6-7), destacando-se a redução do investimento e do valor da obra (em razão da desnecessidade de se adquirir o terreno); a atratividade para construções não permanentes, mas de médio ou longo prazo; responde às necessidades de planificar a área urbana para fazer frente ao problemas da descontrolada expansão e, sobretudo, a promoção da vivência social e da expansão urbana controlada, possibilitando planos de redistribuição do solo urbano.

59 GHERSI, Carlos A. El derecho real de superficie, causa ilícita y ejercicio abusivo. *R. CEJ*. Brasília, n. 25, jan/ jun 2004, p. 43.

60 ITURRASPE, Juan Bernardo. El derecho real de superficie florestal. Un atentado contra nuestra soberanía. Disponível em: <[www.ecoport.net/content/view/full/21158](http://www.ecoport.net/content/view/full/21158)>. Acesso em: 27 jul 2010. Em relação às críticas traçadas não se aprofundará a análise ora realizada, vez que o objeto de estudo pretendido refere-se ao direito de laje, ligado ao direito de superfície relativo ao solo urbano, fazendo-se, entretanto, referência aos escritos do mencionado autor.

*sin duda, un inmueble urbano o rural sometido al derecho de superficie establece un nuevo modo de producción destinado a generar utilidad, favoreciendo al capital, que mediante una inversión menor (en relación con la compra del inmueble) puede generar un beneficio mayor*<sup>61</sup>.

A despeito das críticas ao direito de superfície, é forçoso reconhecer que

para facilitar ou mitigar a sistêmica e endêmica falta de acesso à terra pelas populações pobres – não só do Brasil mas de toda a América Latina – o direito de superfície pode ser um meio de acesso à propriedade de tal modo que do ponto de vista econômico seja um fator de estabilidade, e do ponto de vista jurídico, seja o poder de fato transformado em poder jurídico<sup>62</sup>.

Assim, observa-se que o reconhecimento da possibilidade de considerar-se *de per se* dois direitos de propriedade sobre um mesmo imóvel, um relativo à titularidade do domínio do solo e outro sobre as plantações ou construções nele existentes, em relativização da regra *superficie solo cedit*, está em consonância com as preocupações de melhor aproveitamento do solo, sobretudo urbano.

De se destacar também, que o caráter mutante do direito, posto que regulamentador das relações sociais (as quais também apresentam-se em movimento perene) influenciou a noção e aplicação mesmo do direito de superfície.

Fala-se já em um direito de sobrelevação, o direito sobre a superfície acima de determinadas construções, popularmente conhecida como laje. É o chamado “direito de laje”, abordado no item subsequente.

## **6.2 Direito de laje: a realização da função social da propriedade e do direito fundamental à moradia**

Afirmou-se, em linhas anteriores, que o direito de superfície pode ser considerado verdadeiro instrumento contra a exclusão social, principalmente no que tange ao adequado aproveitamento do espaço urbano. Pode, se efetivamente empregado e realizado, acrescer forças contra o problema que enfrentam milhões de pessoas no Brasil – e na América Latina –, as quais não conhecem moradia verdadeira que possam chamar de lar e, com isso, colaborar para o cumprimento do objetivo do milênio traçado pela Organização das Nações Unidas.

---

61 GHERSI, Carlos A. Op. cit. p. 44.

62 VELÁZQUEZ, Victor Hugo Tejerina; PACANARO, Renato Franco. Função social da propriedade e direito de superfície. Disponível em: <<http://www.diritto.it/pdf/28362.pdf>>. Acesso em: 27 jul 2010.

O Brasil padece do problema ocupacional desde longa data, especialmente em grandes cidades, como São Paulo e Rio de Janeiro. A abolição da escratura, a proclamação da República e a chegada de imigrantes acarretaram, em momento posterior, o aumento de desempregados. Devido à impossibilidade do mercado de trabalho absorver toda a mão de obra proveniente das fazendas e da imigração e também à falta de casas, a população menos favorecida aglomerou-se nos subúrbios, em moradias pequenas, nas periferias, vales, várzeas, mangues, escarpas de montanhas e morros, de modo que as primeiras favelas já tinha se formado nas últimas décadas do século XIX<sup>63</sup>. Além da formação das favelas, deve-se destacar a existência das moradias coletivas de nominadas cortiços, para onde rumavam os de baixa renda sem ter onde morar.

Desde então,

A população favelada cresceu enormemente durante os anos de 1920, desencadeando um aumento generalizado das ocupações de terrenos, o que multiplicou as remoções em cumprimento a ordens judiciais de reintegração de posse. Apesar da violência das remoções os morros voltavam a ser ocupados<sup>64</sup>.

A preocupação com as ocupações irregulares agigantou-se de tal forma que a Prefeitura do Rio de Janeiro editou o Decreto nº. 6.000, de 01 de julho de 1937, o qual, definindo o significado do termo “favela”, proibiu sua formação (art. 349, caput), a construção de novas habitações nas já existentes (§1º), ordenava às Prefeituras a adoção de providências para impedir a formação de favelas ou a ampliação das já existentes (§2º), estabelecia como sanção ao descumprimento de tais determinações a demolição (§3º), dentre outras providências<sup>65</sup>.

O referido decreto efetivamente relegou ao plano marginal as favelas, caracterizando de forma incontestante a ausência de regulamentação por parte do poder público e dando os contornos da definição jurídica da situação, a ilegalidade<sup>66</sup>.

---

63 CORREA, Claudia Franco. Direito de laje: o direito na vida e a vida no direito. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*. Brasília, 22 de novembro de 2008, p. 998-999. Disponível em: <[http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/brasil/05\\_773.pdf](http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/brasil/05_773.pdf)>. Acesso em 27 jul 2010. “O processo de favelização na sociedade brasileira teve origem em vários fenômenos sociais, que atingiram seu auge principalmente a partir da segunda metade do século XX, em razão do processo migratório, da explosão demográfica, do desemprego, de uma legislação excessivamente rigorosa, no que se refere ao parcelamento do solo urbano, e da omissão do Estado na implementação de políticas públicas adequadas e suficientes para prover a demanda por habitação adequada” (CARBONARI, Silvia Regina de Assunção. Op. cit.).

64 GONÇALVES, Rafael Soares. A construção jurídica das favelas do Rio de Janeiro: das origens ao Código de obras de 1937. Os urbanistas: *Revista de Antropologia Urbana*. Ano 4, vol. 4, n. 5, fev/2007, p.

65 CORREA, Cláudia Franco. Op. cit., p. 1000-1001.

66 Ibidem, p. 1001.

No seio dessa ilegalidade, a favela se desenvolve e cresce cada vez mais embalada por um ciclo vicioso: informalmente, os indivíduos assentam-se em locais não permitidos, sem condições de habitabilidade e por isso acabam distantes da formalização pelo sistema imobiliário; devido às rígidas normas do sistema oficial, as pessoas, na maioria pobres, não podem pagar para formalizar a edificação de sua habitação e, portanto, recorrem à informalidade, a agrupamentos irregulares, onde compram, edificam, destroem sem qualquer ingerência estatal e assim, dia após dia, o cenário dinâmico das favelas transforma-se<sup>67</sup>.

Desenvolve-se, em verdade, um sistema não oficial, avesso à legalidade e que é respeitado pelos moradores, que resolvem entre si os problemas advindos, já que não podem buscar socorro no Poder Judiciário, por mais que não se refiram ao direito de moradia. Há quem diga que “não estão totalmente errados nesse aspecto, pois o Estado não lhes proporciona infraestrutura básica, para que tenham uma vida digna, justamente por estarem em desacordo com o sistema oficial”<sup>68</sup>.

Reflexo da omissão do Estado no cumprimento de seus deveres constitucionais, sobretudo em relação ao direito fundamental à moradia, “a autonomia das relações sociais existentes nas favelas faz com que nasça nelas um direito não oficial, capaz de criar figuras e negócios inexistentes no sistema formal, mas plenamente aceitos e respeitados”<sup>69</sup>.

Exemplo evidente do afirmado é o direito de sobrelevação, conhecido como direito de laje.

Diz-se que a sobrelevação é “a possibilidade de o titular da propriedade superficiária construir ou conceder a um terceiro que construa sobre a sua propriedade superficiária”.<sup>70</sup>

A doutrina estrangeira, comentando sobre o direito de superfície em Porto Rico, dá o exemplo do caso *Lozada Ocasio v. Registrador*:

*[...] los esposos Lozada son dueños de un solar urbano y de una casa terrera en concreto armado y bloques enclavados en dicho solar. Pactaron y consintieron con los esposos Contreras, previo el pago de quinientos dólares, con el propósito de que edificasen sobre la referida residencia terrera una casa, que en efecto es una segunda planta, para fines de vivienda, por valor de diez mil dólares. El pacto consta en escritura pública; en dicho documento los Lozada consintieron en que la aludida segunda planta (segundo piso) fuese inscrita en el Registro de la Propriedade a nombre de sus dueños, los Contreras*<sup>71</sup>.

67 CARBONARI, Sivia Regina de Assumpção. Op. cit.

68 CARBONARI, Sivia Regina de Assumpção. Op. cit.

69 Ibidem.

70 LIRA, Ricardo Pereira. O novo Código Civil, estatuto da cidade, direito de superfície. Número especial 2004. *Anais dos Seminários EMERJ* - Debate o novo Código Civil, parte II, jul 2002/ abr 2003, p. 151.

71 SILVA-RUIZ, Pedro F. Op. cit., p. 09-10.



A referida escritura pública foi apresentada a registro, sendo que o responsável pelo cartório de registro de imóveis da localidade recusou-se a realizar o ato, “*por tratarse de una propiedad por pisos, es decir, propiedad horizontal*” a qual não cumpria com os requisitos da Lei Especial de Propriedade Horizontal<sup>72</sup>.

O caso foi levado ao Judiciário e o Tribunal Supremo reconheceu como legítima a oposição do registrador, tratando-se efetivamente de propriedade horizontal, de condomínio pró-indiviso, que se confrontava com as disposições do Código Civil em relação à acessão em torno de bens imóveis. Contudo, ressaltou:

*[...] luego de ponderar el problema a la luz de nuestro derecho civil y de las mejores corrientes contemporáneas de pensamiento sobre el mismo, creemos [dice el Tribunal] que hay una cuarta solución más justa. Constituye este caso un de esos en que los tribunales tenemos que encarar uno de los muchos intrincados problemas que plantea, en su riqueza inagotable, la difícil pero enaltecedora tarea de aplicar el Derecho a la vida real*<sup>73</sup>.

Assim afirmando, o Tribunal Supremo decidiu que o casal Contreras tinham adquirido um direito real de superfície. Ao edificarem sobre a casa dos Lozada, adquiriram um direito de propriedade sobre a casa (ao segundo piso), que ali construíram. Por essa razão, ordenou o registro no cartório de imóveis.

A decisão comentada efetivamente reconhece, no âmbito do direito de superfície, o direito de sobreelevação, o direito de laje, ou seja, como direito autônomo a possibilidade de utilizar-se de construção já acabada para elevar o segundo piso, edificando ali moradia.

Em Porto Rico, tal como no Brasil, não há regulamentação específica do direito de laje. Naquele país, tal como destacou o tribunal, correto estava o registrador ao denegar o pedido de registro, já que afrontava o ordenamento positivo.

Mas a decisão tratou de adequar o direito civil à realidade da vida das pessoas, às rápidas transformações da sociedade.

No Brasil, a situação não é de todo diversa; ao contrário, apresenta semelhança muitas.

O direito de laje, “em razão do pluralismo jurídico que nasce nas favelas, fundado no afastamento desses grupamentos humanos do sistema jurídico oficial, nas quais vigora um outro direito, criado pelas normas existentes em cada comunidade específica”<sup>74</sup> é prática socialmente aceita e amplamente difundida.

---

72 Ibidem., p. 10.

73 Ibidem., p. 10-11.

74 CARBONARI, Sílvia Regina de Assumpção. Op. cit.,

Sem reconhecimento oficial, para essas comunidades “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 [...] lhe pertence por direito.”<sup>75</sup>.

Pesquisa jurídica realizada nos moldes da Antropologia demonstrou as vicissitudes da vida em uma favela e destacou o tratamento destinado ao direito de laje. Constatou envolver inúmeros aspectos contratuais, seja pela compra de laje já existente como pela aquisição do espaço aéreo (venda da laje ainda sem a construção da própria casa) e a existência de um mercado imobiliário paralelo especificamente voltado para conceder acesso à moradia à pessoas desprovidas de recursos financeiros que lhe permitissem a compra de imóveis na região central ou mesmo em bairros da classe média. Destacou que o modo de construção determina e condiciona diferenças de classes sociais no interior da comunidade, entre os moradores das lajes e os da superfície. Surpreendeu ao apontar a existência de “registro” próprios das aquisições de lajes, a cargo da associação de moradores<sup>76</sup>.

Como apontado alhures, o direito positivo brasileiro não reconhece a legalidade de tais negociações, a despeito de serem socialmente aceitas e amplamente utilizadas.

A defesa poderia ser realizada sob a bandeira do direito de superfície. Tratar-se-ia de aplicação analógicas das disposições do Código Civil e do Estatuto da Cidade, apresentando-se também como direito real sobre coisa alheia, desdobramento do direito de propriedade.

O argumento contrário ao reconhecimento dessa espécie de direito assevera que:

O direito de superfície não seria aplicado ao “direito de laje”, pois o respectivo “direito” só pode ser abrigado no âmbito do sistema legal brasileiro, quando há o direito de propriedade, o que não ocorre nos casos de compra e venda de “lajes”. Ainda mais que, na grande maioria das vezes, ou a construção sobre a laje foi edificada em terreno invadido e é objeto de posse, ou foi construída amparada em ato de concessão ou de autorização celebrada pelo poder público [...]. Nesse caso, a edificação estaria construída sobre terras que são patrimônio do município, ou seja, seria edificada sobre um bem público<sup>77</sup>.

---

75 Ibidem.

76 CORREA, Claudia Franco. Op. cit., p. 1007-1010.

77 Ibidem, p. 1009.

No direito estrangeiro, tem-se como exemplo a Suíça, Itália e Portugal. Encontram-se países nos quais é permitido ao construtor vender o prédio e reservar o espaço aéreo para posterior construção<sup>78</sup>.

Retornando à questão da suposta ilegalidade do direito de laje no ordenamento jurídico brasileiro, observa-se que a ausência de previsão legal expressa nesse sentido não pode ser utilizada como argumento para impedir a realização do direito de moradia.

É de todo sabido que, em relação às transformações sociais, o direito caminha a lentos passos. Não corresponde à demandas provenientes das relações interpessoais em tempo real, e requer alguma espera para que as questões sejam regulamentadas. Com o direito de laje não acontece de forma diferente. É criação social recente que traz consigo consequências jurídicas ainda inesperadas.

Se nas relações privadas a liberdade é a regra, permitindo-se tudo aquilo não expressamente proibido (art. 5º, II, CF), a ausência de previsão legal para o direito de laje não pode tingi-lo com a pecha da ilegalidade.

O princípio *superficie solo cedit* encontrou relativização quando se admitiu o direito de superfície no rol dos direitos reais. Invocá-lo para impedir o reconhecimento do direito de laje parece, agora, contrasenso. A relutância advém da forma como surgiu esse direito, na informalidade, como consequência da insuficiência do próprio Estado no cumprimento de seus deveres constitucionais. A inexistência de moradias compeliu os indivíduos às margens da cidade, criando as favelas, que lá permanecem esquecidas.

Não se reconhece o direito de laje, pois, como apontado, muitas dessas “propriedades” edificam-se em outras já construídas em terrenos irregularmente ocupados ou mesmo em terras públicas. Passam despercebidas aos olhos dos poderes estatais as possibilidades de soluções aos problemas de ocupação do espaço urbano com a regulamentação de tal instituto.

Poderia o poder público conceder de forma regular o direito de superfície, com objetivos de assentamento de pessoas, de ordenação do crescimento das cidades e de fornecimento de moradias. Os agraciados com o direito de superfície poderiam, desde que de forma organizada e regulamentada, negociarem a sua “laje”, o que incentivaria um mercado imobiliário já existente de modo informal, trazendo para a legalidade. A construção civil tem a muito a ganhar e mesmo empregos podem ser gerados.

Mas, acima de todos os benefícios de ordem econômica, a regulamentação e implementação do direito já vivo nas comunidades das periferias das grandes cidades representaria a desobstrução das veias estatais no sentido de dar cumprimento e efetividade dos direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente e afirmados internacionalmente por meio de tratados,

---

78 ASCENÇÃO, José Oliveira. Op. cit., p. 526.

protocolos tantos e convenções diversas. Seria importante passo dado pelo país no cumprimento do objetivo assumido perante a comunidade internacional de garantia de sustentabilidade e melhoria das condições de habitação de milhões de indivíduos.

Opor-se ao direito de laje é cortejar um positivismo exacerbado que não coaduna com os atuais tempos em que o juiz, na aplicação da lei, deve buscar os fins sociais a que a lei se destina, bem como o atendimento do bem comum, tal como predisposto no art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil. A exigência constitucional do cumprimento, pelo exercício do direito de propriedade, de uma função social e a previsão do direito fundamental de moradia realizam-se na adoção do direito de laje, vez que permite aos poucos agraciados de recursos financeiros adquirirem habitação que lhes garanta o mínimo de respeito à sua dignidade enquanto indivíduos e cidadãos.

Regularizar-se-ia a propriedade urbana em prol de objetivos coletivos e sociais e rumar-se-ia à construção de cidades sustentáveis, estando presente, é claro, vontade política a desobstruir a visão que hoje permite a perpetuação do descaso, a propagação da miséria e o vilipêndio a direitos.

## 7 Considerações finais

A exposição realizada no presente trabalho demonstra e deixa claro que dentre os objetivos de desenvolvimento do milênio, traçados pelas Nações Unidas, mais especificamente no que tange ao de garantir a sustentabilidade ambiental, há uma subdivisão de metas que vai desde o desenvolvimento, erradicação da pobreza, redução da perda da diversidade biológica, redução da proporção da população sem acesso permanente e sustentável à água potável segura e a esgotamento sanitário, até a melhoria significativa nas vidas de pelo menos 100 milhões de habitantes de bairros degradados. Para atingir essa última meta, é necessário reduzir a proporção da população urbana vivendo em assentamentos precários.

Concretizar as metas traçadas como objetivos do milênio, mormente aquela atinente à sustentabilidade do desenvolvimento e a melhorias das condições de habitação de muitos requer, antes, a compreensão das causas que provocaram o surgimento das situações que hoje se pretende combater (a ocupação e aglomeração humana sem planejamento em condições que coloquem em risco o meio ambiente e, por consequência, a qualidade da vida humana), de modo que a reflexão jurídica possa encontrar soluções viáveis e efetivas.

O desmedido crescimento das cidades, fruto do processo de urbanização seguido de perto da industrialização da sociedade brasileira e associado aos movimentos migratórios internos que atraíram os indivíduos às metrópoles (vindos do campo ou de cidades menores), culminou, em razão da impossibilidade de

oferta de empregos a todos e de espaço amplo destinado à moradia, na favelização e marginalização de muitos migrantes.

As situações em que se instalaram os novos indivíduos, ao redor das cidades, aglomerando-se em construções irregulares e sem infraestrutura, com pouca ou quase nenhuma atenção do Estado, violam, em verdade, o constitucional direito à moradia, tratado como direito fundamental social que, em resumo, apresenta-se como direito que necessita, ativamente, da atuação do Estado para implementá-lo, quer dizer, para executá-lo concretamente, pois a mera estruturação normativa não induz a qualquer solução e, no caso do direito de moradia, a complexidade e a dificuldade de execução surgem, de modo particular, com grandes percalços. Tais percalços são facilmente observados no espaço urbano, especificamente, em áreas irregularmente ocupadas por população de baixa renda.

Atentando-se para o fato que, dentre outros problemas, o exercício indiscriminado e ilimitado do direito de propriedade, no espaço urbano, acarreta problemas relacionados à ocupação das áreas destinadas às cidades e associação à questão de assentamento habitacional, procurou-se mitigar o direito de propriedade, condicionando-o ao cumprimento de uma função social.

No meio ambiente urbano, o direito de superfície revela-se como instrumento normativo hábil a garantir a observância da função social prevista constitucionalmente. Trata-se de direito real, um direito de propriedade de construções e plantações erigidas sob um terreno cuja propriedade pertence a outro que não o dono das construções e/ou plantações, e representa rompimento com o romano brocardo *superficies solo cedit*.

Reconhece-se a existência de duas relações jurídicas: uma de direito real sobre coisa alheia (o direito de superfície propriamente dito) e uma propriedade superficiária. Há, em verdade, uma relação básica que confere um direito real sobre o solo alheio, que faculta a construção, plantação ou manutenção do que fora construído e uma relação complementar que outorga a propriedade do que foi construído ou plantado com independência da propriedade do solo.

A despeito da iniciativa do legislador, no seio da ilegalidade/infomalidade, as favelas se desenvolvem e crescem embaladas por um ciclo vicioso: informalmente os indivíduos assentam-se em locais não permitidos, sem condições de habitabilidade e por isso acabam distantes da formalização pelo sistema imobiliário; devido às rígidas normas do sistema oficial, as pessoas, na maioria pobres, não podem pagar para formalizar a edificação de sua habitação e, portanto, recorrem à informalidade, a agrupamentos irregulares, onde compram, edificam, destroem sem qualquer intervenção estatal e assim, dia após dia, o cenário dinâmico das favelas transforma-se.

Desenvolveu-se, em verdade, um sistema não oficial, avesso à legalidade, que é respeitado pelos moradores, que resolvem entre si os problemas advindos, já

que não podem buscar socorro no Poder Judiciário, por mais que não se refiram ao direito de moradia. Há quem diga que não estão totalmente errados nesse aspecto, pois o Estado não lhes proporciona infraestrutura básica, para que tenham uma vida digna, justamente por estarem em desacordo com o sistema oficial.

Reflexo da omissão do Estado no cumprimento de seus deveres constitucionais, sobretudo em relação ao direito fundamental à moradia, a autonomia das relações sociais existentes nas favelas faz com que nasça nelas um direito não oficial, capaz de criar figuras e negócios inexistentes no sistema formal, mas plenamente aceitos e respeitados, como o direito de laje, que se apresenta, frise-se, de modo informal, mas socialmente aceito como a possibilidade de o titular da propriedade superficiária construir ou conceder a um terceiro que construa sobre a sua propriedade superficiária.

Sem reconhecimento pelo ordenamento jurídico positivo, o direito de laje segue fundamentando inúmeros negócios realizados em tais comunidades e os Poderes Públicos, inertes em regulamentar a matéria, deixam de proporcionar à comunidade benefícios de ordem econômica e dar cumprimento e efetividade aos direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente e afirmados internacionalmente por meio de tratados muitos, protocolos tantos e convenções diversas. Seria importante passo dado pelo país no cumprimento do objetivo assumido perante a comunidade internacional de garantia de sustentabilidade e melhoria das condições de habitação de milhões de indivíduos.

Em verdade, a oposição ao reconhecimento do direito de laje é e continuará sendo veemente. Mas é preciso ter em mente que, diferentemente de institutos jurídicos pensados de forma abstrata por juristas, debatidos nos bancos da academia e aplicados por magistrados às vezes alheios à realidade do caso concreto, o direito de laje nasce da ótica do jurisdicionado, do cidadão, da prática social, da efetiva realidade das grandes cidades.

O direito não pode ficar alheio e permitir que pensamentos por demais positivistas impeçam a realização de um direito fundamental, estatuído na Constituição da República, cuja força normativa sobrepõe-se a qualquer ausência de previsão legal infraconstitucional. Assim, fornecendo e garantindo o direito à moradia está-se, também, garantindo-se o respeito à dignidade humana.

## Referências

ASCENÇÃO, José Oliveira. *Direito reais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

ADAS, Melhem. *Panorama geográfico do Brasil: contradições, impasses e desafios socioespaciais*. 3. ed. São Paulo: Moderna, 1998.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Comentários ao art. 21. In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Coords.). *Estatuto da Cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001*. Comentários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BORDENAVE, Sofia. Informe sobre derechos humanos y medio ambiente en América, presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en ocasión de la audiencia de carácter general celebrada en Washington, D.C, el 16 de octubre del año 2002. Centro de Derechos Humanos y Medio Ambiente. Disponível em: <<http://www.cedha.org.ar>>. Acesso em: 11 maio 2010.

BRITO, Fausto. O deslocamento da população brasileira para as metrópoles. *Estud.av.*, São Paulo, v. 20, n. 57, Aug. 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142006000200017&Ing=en&nrm+iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142006000200017&Ing=en&nrm+iso)>. Acesso em: 22 abr. 2010).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

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](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2458)>. Acesso em 27 jul 2010.

COMPARATO, Fabio Konder. Função social dos bens de produção. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995.

CORREA, Claudia Franco. Direito de laje: o direito na vida e a vida no direito. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*. Brasília, 22 de novembro de 2008, p. 998-999. Disponível em: <[http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/05\\_773.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/05_773.pdf)>. Acesso em: 27 jul 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 4 p. 105

FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2008;

GALVAO, Joaquim de Arruda (Org.). *Conflito de direito de propriedade, invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GHERSI, Carlos A. El derecho real de superficie, causa ilícita y ejercicio abusivo. *R. CEJ*. Brasília, n. 25, jan/ jun 2004, p. 43.

GONÇALVES, Augusto Penha. *Curso de direitos reais*. 2. ed. Lisboa: Universidade Lusíadas, 1993.

GONÇALVES, Rafael Soares. A construção jurídica das favelas do Rio de Janeiro: das origens ao Código de obras de 1937. Os Urbanistas. *Revista de Antropologia Urbana*. Ano 4, vol. 4, n. 5, fev/2007.

GUERRA, Sidney. Desenvolvimento sustentável nas três grandes conferências internacionais de ambiente da ONU. In: GOMES, Eduardo Biachi; BULZICO, Bettina (Org.). *Sustentabilidade, desenvolvimento e democracia*. Ijuí: Ed. Unijui, 2010.

ITURRASPE, Juan Bernardo. *El derecho real de superficie florestal*. Un atentado contra nuestra soberanía. Disponível em: <[www.ecoportal.net/content/view/full/21158](http://www.ecoportal.net/content/view/full/21158)>. Acesso em: 27 jul 2010.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIRA, Ricardo Pereira. O novo Código Civil, estatuto da cidade, direito de superfície. Número especial 2004. *Anais dos Seminários EMERJ* - Debate o novo Código Civil, parte II, jul 2002/abr 2003.

MACIEL, Alex Fabiano do Nascimento; CARVALHO, Carlos Alberto Rodrigues; CARVALHO, Gilzinete Gama de. Direito de superfície: sua função social. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/9491/9057>>. Acesso em: 20 de jul 2010.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 1.

PÉREZ, Rómulo. Derecho de superficie y dimension social de la propiedad del suelo. Un instrumento para la implementación de políticas públicas activas de desarrollo urbano ambiental. *XXII Jornada de investigación: Urbe y territorio. IV Encuentro Regional de Investigación y II Seminario Red Mercociudades: festión urbana*.

SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. Noções sobre a propriedade e função social. in: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Coords.). *Estatuto da Cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001*. Comentários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 138.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 175.

SILVA-RUIZ, Pedro F. *El derecho de superficie em Puerto Rico y Argentina*. Disponível em: <<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-derecho-de-superficie-en-puerto-rico-y>>. Acesso em: 20 jul 2010.

SOUZA, João Carlos de. Ocupações de Áreas Urbanas em São Paulo. Trajetórias de vida: linguagens e representações. *Revista Brasileira História*, São Paulo, v. 18, n. 35, 1998. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-01881998000100016-&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01881998000100016-&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 22 abr 2010.

SOUZA, Maria Adélia A. et ell. *Natureza e sociedade de hoje: uma leitura geográfica*. São Paulo: Hucitec/Ampur, 1994, p. 133.

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

TOBEÑAS, José Carlos. *Derecho civil español, común y floral*. Derechos de cosas. Los derechos reales restringidos. 10. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1965, t. 2, v. 2, p. 302-303.

VELÁZQUEZ, Victor Hugo Tejerina; PACANARO, Renato Franco. Função social da propriedade e direito de superfície. Disponível em: <<http://www.diritto.it/pdf/28362.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. Direitos reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 5, p. 151.

Recebido em 25/10/2010

Aceito para publicação em 23/02/2011