

DIREITO DE PREEMPÇÃO URBANÍSTICO*

Liliane Moraes Pestana*

1. Introdução; 2. Direito de Preempção no Estatuto da Cidade; 2.1 Definição e Titularidade do Direito de Preempção Urbanístico; 2.2 Constitucionalidade do Direito de Preempção Urbanístico; 2.3 Partes Envolvidas na Alienação do Imóvel Urbano; 2.4 Incidência do Direito sobre Alienação Onerosa; 2.5 O Plano Diretor e a Lei Municipal; 2.6 Prazo de Vigência do Direito de Preempção Urbanístico; 2.7 Tamanho da Propriedade do Imóvel; 3. Finalidades do Direito de Preempção: Análise dos Incisos do Artigo 26 do Estatuto da Cidade; 4. O Procedimento do Direito de Preempção – Análise do Artigo 27 e Parágrafos; 5. Direito de Preempção ou Preferência no Direito Civil; 6. Conclusão; 7. Notas; 8. Referências.

Resumo

O artigo pretende tecer esclarecimentos, com base na doutrina e na legislação, acerca dessa novidade trazida pelo Estatuto da Cidade que se chama Direito de Preempção Urbanístico. Com traços diferentes do instituto de Direito de Preempção ou Preferência já conhecido pelo Direito Civil, o Direito de Preempção Urbanístico, da forma como foi previsto e delineado pelo Estatuto da Cidade, configura um importante instrumento da política urbana de que dispõem os Municípios, com a finalidade primordial de contornar o acelerado e desordenado crescimento urbano em seus territórios, valorizando também a questão ambiental, que ganha mais uma proteção com sua implementação. Será verificado que ele igualmente poderá ser utilizado como arma estratégica no combate à especulação imobiliária, conforme será demonstrado. Todavia, será constatado que, por se tratar de um instituto recente, carece ainda de mais estudos e análises aprofundadas, aguardando-se que os entes públicos o apliquem para alcançar os seus objetivos.

Palavras-chave: Direito de Propriedade – Estatuto da Cidade – Função Social da Propriedade - Instrumentos Jurídicos para Execução da Política Urbana – Direito de Preempção Urbanístico – Direito de Preempção Civil.

Abstract

The article intends to clarify better, based on law and doctrine, this new issue brought by Law of City, which is called Urban Right of Preference. It's different from the institute with the same name, Right of Preference, known and common in Civil Law. As it was established and built by the Law of City, it's supposed to be an important urban instrument to be used by the City, with the purpose to fight against fast and disordered urban increasing in its territory. This urban instrument will be useful, as well, to protect the environment. Due to real state speculation, Urban Right of Preference could be used as a strategic implement, which will be shown in the article. However, this is a very new and recent institute that needs more study and to be deeply analyzed. On the other hand, it will be expected that public entity puts into practice this law instrument to achieve its objectives.

1. Introdução

A propriedade imóvel, ao longo da história, tem sido tratada como uma forma básica de riqueza. Inicialmente, ao menos no mundo ocidental, foi pensada no sentido de patrimônio

e não no de exploração econômica. Com o passar do tempo, a base desse pensamento foi evoluindo para a amplitude, extensão ou profundidade dos direitos do proprietário em relação à comunidade, visando a assegurar ao indivíduo o direito de excluir todos os outros, de uma determinada área, e destiná-la ao fim ou ao uso que lhe parecesse melhor, sendo tal comportamento fundamentado na exclusividade do direito de propriedade¹.

A concepção romanística do direito de propriedade, quando era considerada um direito pleno e absoluto, consagrada pelo artigo 544 do Código de Napoleão, foi sendo paulatinamente afastada em razão das profundas transformações provocadas pelas necessidades econômicas e sociais hodiernas, associadas ao desenvolvimento dos núcleos urbanos, ao crescimento populacional, às grandes aglomerações humanas e à escassez de espaço nas áreas urbanas, que fizeram gerar no constituinte a preocupação em regular a propriedade urbana, tornando a vida nas grandes cidades mais sustentável².

Neste contexto, houve a necessidade de profunda revisão no seu conceito que, aos poucos, foi cedendo lugar a uma propriedade que deve cumprir a sua função social, diminuindo, com isso, as faculdades do proprietário, passando, dessa maneira, o seu exercício a ser condicionado a tal finalidade.

Por esta razão, deve ser o direito de propriedade exercido considerando os interesses da sociedade, atendendo suas necessidades, em prol do bem-estar comum. A idéia contida no princípio da função social da propriedade está relacionada à própria justificação do direito de propriedade, cujo exercício deve observar o interesse social. No entanto, atenta-se para o fato de que não ocorre uma supressão da propriedade privada. Na verdade, como consequência do princípio da função social, a propriedade assume uma dimensão pública, tendo o proprietário, sem perder esta condição, o dever de usar a coisa no interesse da comunidade.

Há de se ressaltar, igualmente, que a idéia de função social da propriedade não deve ser confundida com a de limite ao direito de propriedade já que os limites dizem respeito ao exercício do direito, vinculando tão-somente a atividade do proprietário, sendo, por isso, externos ao direito de propriedade. A função social da propriedade, ao revés, concerne à estrutura do direito, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens. Por isso, deve ser considerada um elemento interno do direito de propriedade. Se afirmarmos que toda propriedade deveria cumprir uma função social, afirmamos, igualmente, que, sob este ângulo, a função social integra a formação do próprio direito de propriedade.

O princípio da função social foi inserido na estrutura do direito de propriedade com

fundamento nos artigos 1º, III, 3º e 5º, XXII e XXIII, da Constituição Federal de 1988.

O artigo 186, nos incisos I a IV, prescreve os critérios para o atendimento da função social pela propriedade rural. Por sua vez, o artigo 182, § 2º, determina que a propriedade urbana cumpre com sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas em seu plano diretor. A funcionalização social da propriedade imóvel urbana está reafirmada no artigo 183, que dispõe sobre o usucapião.

O Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/01, foi elaborado exatamente com o propósito de regular os artigos 182 e 183 da Constituição Federal e traçar diretrizes gerais da política urbana, prevendo o parágrafo único do artigo 1º que esta lei estabelece "normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental", objetivando, assim, dar efetividade à norma constitucional.

Logo, com a também missão de disciplinar os instrumentos de política urbana, previstos no artigo 4º, o Estatuto da Cidade, com muita propriedade, inovou ao inaugurar a entrada do direito de preempção para o âmbito do direito urbanístico, regulamentando o mesmo nos seus artigos 25, 26 e 27³, consistindo em mais um mecanismo que foi colocado à disposição do Poder Público para a implementação da política urbana, a ser utilizado para ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade, tendo em vista a sua finalidade eminentemente social.

Cuida o mesmo do estabelecimento de importante gerenciamento em que o Município assume a condição de garantir cidades sustentáveis, sempre que o Poder Público necessitar de áreas para atender as diretrizes gerais fixadas no art. 2º do Estatuto da Cidade⁴.

Dessa forma, pretende o presente trabalho traçar as principais características referentes a esse novo instituto, o direito de preempção urbanístico, destacando que, exatamente em função de se tratar de algo novo no mundo jurídico, resta ainda aguardar a verificação futura de como será o mesmo implementado pelos municípios que o instituírem.

Inicia-se o estudo cuidando do direito de preempção no Estatuto da Cidade e todas as suas especificidades e finalidades, para posteriormente tratar do direito de preferência no Direito Civil.

2. Direito de preempção no Estatuto da Cidade

Na lição de José Afonso da Silva, verificamos que o instituto da preempção acabou sendo uma mitigação do projeto político dos partidos de esquerda na França, na década de 1970, que acabaram por adotar essa medida atinente à socialização da propriedade em detrimento da radical idéia de supressão da propriedade urbana em prol do bem comum, mediante a apropriação pública do solo urbano, questão que chegou a ser objeto de discussão em vários outros países⁵.

No Brasil, a opção de apropriação pública não encontraria respaldo em nosso ordenamento jurídico, fazendo-se necessária, portanto, a adoção de uma medida mais amenizada, embora mantendo o cunho publicístico, como o direito de preempção⁶.

Muito embora já existissem Leis Orgânicas de algumas capitais do Brasil prevendo o direito de preempção dentre os instrumentos jurídicos a serem utilizados para a execução da política urbana, com a aprovação do Estatuto da Cidade este instituto passou ao âmbito do direito público brasileiro e, neste aspecto, está vinculado às metas e às prioridades da política urbana delimitadas pelo Plano Diretor Municipal, ao qual compete indicar as áreas sobre as quais incidirá o referido instrumento, cabendo, posteriormente, à lei municipal promover a sua regulamentação.

Em matéria de possível confronto entre os dispositivos estabelecidos no Estatuto da Cidade e as regras do Código Civil, que é lei geral, prevalecem as normas do Estatuto por se tratar de lei especial, muito embora seja anterior ao Código Civil, que só poderá ser aplicado de forma supletiva, para suprir lacunas ou situações não reguladas pelo Estatuto⁷.

2.1 Definição e Titularidade do Direito de Preempção Urbanístico

Definição precisa do instrumento é-nos fornecida pelo professor Ricardo Pereira Lira, em sua obra *Elementos do Direito Urbanístico*, consistindo o direito de preempção na preferência que o Município passaria a ter na aquisição de imóvel urbano, objeto de transação entre particulares, pois o Município, em áreas previamente definidas na lei, baseada no Plano Diretor, poderá adquirir desde logo imóveis cuja aquisição futura será inevitavelmente mais onerosa em razão de valorização advinda de realização de determinado plano específico de urbanização. Dessa forma, possibilita que o *plus* decorrente da implantação de equipamentos urbanos e da implementação dos planos fique nas mãos do Poder Público⁸.

Preempção ou preferência indica a prioridade ou a precedência conferida a alguém para fazer alguma coisa, destinado a garantir a alguém, normalmente, preferência na aquisição

de um bem, ou de modo geral, envolver a prioridade para qualquer fim, desde que previsto em disposição legal ou cláusula contratual⁹.

Lembra Caramuru Afonso Francisco que ao Distrito Federal também poderá ser atribuído o direito de preempção para a aquisição de imóveis urbanos.¹⁰ Acrescente-se, na lição de José dos Santos Carvalho Filho, que o ente municipal é a única pessoa de direito público a quem foi outorgado o direito, o qual, interpretado em consonância ao art. 32, § 1º, da CF, abrange o Distrito Federal também, pois este atua como ente municipal nas suas matérias de competência. O Estatuto da Cidade, em seu art. 51, determina que ao Distrito Federal e ao respectivo Governador sejam aplicadas as disposições da lei relativas ao Município e respectivo Prefeito¹¹.

Sobre a questão da titularidade do direito, ainda persiste uma questão que é o envolvimento de empresas públicas incumbidas de promover determinada reforma urbanística.

Diogenes Gasparini leciona que uma empresa governamental municipal poderia ser beneficiária do direito de preferência se ela for a responsável, por determinação legal, pela execução da política urbana, destacando que a União e o Estado não são responsáveis pela política urbana, pois tal competência somente é assegurada ao Município – artigo 182 da CF/88.

Logo, se a reforma urbana estiver a cargo de empresa pública municipal, por exemplo, a essa entidade deve ser dado o direito de preferência, pois é ela que, no caso, faz as vezes do Município, sendo a outra parte do binômio proprietário-preferente. Verifica que não faz sentido atribuir a execução da reforma urbana a certa empresa governamental municipal e entender que só o Município tem o direito de ser preferido, na medida em que o instituto da prelação é importante instrumento de realização dessa transformação urbana. Inclusive, a lei municipal pode regular tal situação sem ofender a competência privativa da União, pois a matéria é de natureza administrativa¹².

Não obstante tal entendimento, discorda José dos Santos Carvalho Filho dessa posição doutrinária, afirmando que o titular do direito deverá ser sempre um dos entes públicos políticos, ou seja, o Município ou o Distrito Federal. Admite, porém, casos em que a lei instituidora da empresa pública preveja expressamente a delegação para o fim de representar o ente público no negócio de compra, ressaltando que se trataria, então, de mera representação para fins contratuais, de modo que o domínio deve ser atribuído ao ente federativo¹³. Além disso, afirma que, especificamente para as empresas públicas e sociedades de economia mista,

o procedimento deve ser o mesmo a que se sujeitam as pessoas privadas em geral.

Consoante os ensinamentos de Diogenes Gasparini, o direito de preempção possui três fundamentos, quais sejam: um principiológico que é a função social da propriedade, que também é o seu fundamento constitucional haja vista a sua previsão no artigo 170, III, da CF; um fundamento legal específico que é o artigo 25 do Estatuto da Cidade, e um legal geral, que é o artigo 513 do Código Civil¹⁴.

Tendo em vista os vários objetivos urbanísticos que poderão ser alcançados, como por exemplo, a criação de novos espaços e logradouros compatíveis com o plano diretor da cidade, implantação de atividades diversas das que envolvem a moradia em certas regiões da cidade, entre outros; pode-se afirmar que a natureza jurídica deste instrumento baseia-se em uma imposição restritiva dirigida ao proprietário por sofrer uma limitação urbanística no seu poder de disposição sobre a propriedade, fundamentada a sua validade no interesse público predominante, pois visa à preservação da ordem urbanística. Assim, não restam dúvidas de que o direito de preempção previsto no Estatuto da Cidade trata-se de um instrumento jurídico restritivo e específico de política urbana¹⁵.

Pelo direito de preempção, o Município, em determinadas áreas definidas no plano diretor, terá a opção preferencial para a aquisição de todos os imóveis postos em mercado, nos termos do artigo 25 do Estatuto da Cidade. Saliente-se que o direito de preempção já incidia sobre os imóveis tombados por força do Decreto-lei nº 25/37.¹⁶

Esta imposição do direito de preempção do município feita ao proprietário de imóvel urbano é considerada como manifestação do poder de polícia administrativa, cuja finalidade reside em condicionar a propriedade das pessoas¹⁷.

2.2 Constitucionalidade do Direito de Preempção Urbanístico

Recorda-nos acerca do debate em torno da constitucionalidade do instrumento José dos Santos Carvalho Filho, observando que, ao ser editado o Estatuto, alguns estudiosos contestaram que se cuidaria de ofensa ao direito de propriedade, consagrado na Constituição Federal, arts. 5º, XXII, e 170, e principalmente por não haver dispositivo na Carta Magna sobre tal interferência. Discorda o autor de tal pensamento por acreditar que esse é mais um instrumento pelo que, inserido no âmbito de incidência do art. 5º, XXIII, da CF, será alcançada a função social que a propriedade deve atender. Se essa função é a que o plano diretor define, consoante o art. 182, § 2º, da CF, imóvel que não guarda conformidade com o

plano não estará atendendo a sua função social, portanto, não há qualquer ofensa ao direito de propriedade já que o mesmo não está imune a instrumentos urbanísticos de interesse público¹⁸.

Ao conferir ao Poder Público municipal preferência para a aquisição de imóvel urbano, objeto de alienação onerosa entre particulares, o direito de preempção é meio para ampliar o acesso à terra legal e urbanizada de forma a assegurar a implantação de equipamentos urbanos de interesse coletivo e espaços comunitários, a regularização fundiária, a preservação do meio ambiente natural e o planejamento do processo de urbanização, contribuindo para a sustentabilidade das cidades¹⁹.

2.3 Partes Envolvidas na Alienação do Imóvel Urbano

No tocante à questão da alienação entre particulares, mais uma vez vislumbramos um conflito doutrinário existente entre José dos Santos Carvalho Filho e Diogenes Gasparini.

Entende Diogenes Gasparini que não incide o regime de preempção se uma das pessoas envolvidas for pessoa jurídica de direito público (Estado, União, autarquia ou fundação pública federal ou estadual) eis que é restrito tão-somente para os casos de alienação onerosa entre proprietários particulares²⁰.

No entanto, José dos Santos Carvalho Filho, por sua vez, destrinchando melhor as possíveis situações envolvendo entes públicos, passa, então, a discorrer sobre elas.

A primeira hipótese é que envolve a pessoa pública ou a pessoa privada integrante da Administração Indireta, como proprietária ou proponente.

Na sua lição: “Se a propriedade do imóvel a ser alienado for da União, Estado ou de outra pessoa pública, como as autarquias e fundações governamentais de direito público, devem tais entidades notificar o Município para exercer a preferência, observando o que diz o Estatuto.” Isso se dá porque a venda objetivada consubstancia negócio jurídico comum de compra e venda, com base normativa no direito privado, e também porque, se o plano diretor e a lei específica conferem esse direito ao Município, deve-se ao fato da prioridade da matéria urbanística a ser implementada, não havendo sentido em permitir a venda do imóvel a particular diante da necessidade do Município em adquiri-lo, devendo estar presentes os pressupostos legais. Destaca o autor que essa hipótese não se enquadra na exigibilidade de licitação, conforme o art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93, por ser inviável a competição já que o Município é o primeiro possível comprador se exercer o direito de preferência. Não obstante

tal inexigibilidade, será cobrado do ente público que observe os requisitos previstos no art. 17, I, do mesmo diploma, como a autorização legislativa e a avaliação prévia do imóvel. Se o Município não exercer o seu direito, estando o ente público livre para a venda a terceiros, impõe-se, nesse caso, a realização do procedimento de licitação²¹.

Hipótese diversa é a que se verifica quando o Estado ou a União, ou entidade autárquica, forem os interessados em formular proposta de compra do imóvel pertencente a proprietário privado localizado em área submetida ao direito de preempção. O proprietário deve notificar o Município, pois o objetivo é de caráter urbanístico. Todavia, como se trata de interesses comuns entre pessoas federativas, é de se esperar que se ajustem por meio de acordo bilateral e avaliação dos objetivos alvitados por cada um. Não ocorrendo o acordo, solução melhor não há além do litígio possivelmente dirimido por via judicial, devendo, mais uma vez, observar qual o interesse preponderante²².

Outro fator de discordância é o que envolve a empresa pública ou sociedade de economia mista quando esta for a proprietária do imóvel localizado em área sujeita ao direito de preempção.

Sobre o tema, entende Diogenes Gasparini que as empresas governamentais, como são as sociedades de economia mista e as empresas públicas, quando desempenham atividade econômica, devem ser consideradas particulares, sujeitas, portanto, ao regime de preempção. Como, em tese, essas entidades estão obrigadas a licitar a venda de seus imóveis, devem promover o competente certame licitatório e encontrar, assim, a proposta mais vantajosa. Selecionada esta, a entidade licitante oferecerá o bem ao Município nas exatas condições de preço e pagamento da proposta vencedora, mediante notificação instruída com a ata de julgamento das propostas e do ato de homologação e o ato de adjudicação somente será editado se o Município não exercer a preferência. Se essa for exercida, a licitação deverá ser revogada. Se o Município não manifestar interesse dentro do tempo hábil, a transação será celebrada com o vencedor da licitação, mas o edital licitatório deverá indicar que o bem objeto do certame está submetido ao regime de preferência e que o preferente é o Município ou quem lhe faça as vezes (por entender que a empresa governamental municipal poderia ser beneficiária do direito)²³.

Manifestando-se de forma diversa, José dos Santos Carvalho Filho diz-nos que essas pessoas, submetidas ao mesmo regime das pessoas privadas em geral, devem notificar o Município para eventual exercício de preempção, no entanto, afirma que, primeiramente, a entidade, já de posse da avaliação do imóvel, deve oferecer o bem ao Município e somente

depois, não havendo interesse deste, é que ela deve providenciar o certame licitatório. Se o Município exerce o seu direito de preempção, configurará a contratação direta, tratando-se de inexigibilidade de licitação, a teor do art. 25, caput, da lei 8.666/93²⁴.

Destaque-se que o Estatuto da Cidade dispõe tão-somente sobre a alienação onerosa (transferência estipulando vantagens e obrigações recíprocas para os contratantes²⁵), acolhendo, portanto, apenas as transferências dominiais ajustadas mediante contratos de compra e venda, restando fora, por conseguinte, a dação em pagamento, a permuta, a doação, os casos de herança e legado²⁶.

2.4 Incidência do Direito sobre Alienação Onerosa

Também escapam do direito de preempção as transferências imobiliárias decorrentes de integralização de capital, quando o imóvel é de propriedade de uma pessoa jurídica em regime de cisão, fusão ou incorporação, pois em nenhuma dessas hipóteses e nem nas anteriores tem-se uma alienação onerosa propriamente dita. Outros casos de perda da propriedade, como o usucapião, a evicção, a desapropriação e a falência não são passíveis de incidência da preferência, pois são casos de transferência da propriedade sem, contudo, caracterizar-se como alienação onerosa, além de haver envolvimento de pessoa pública, como no caso da desapropriação²⁷.

2.5 O Plano Diretor e a Lei Municipal

O plano diretor deverá traçar duas linhas mestras a serem seguidas, quais sejam: a definição de que maneira e em que direção deverá haver o desenvolvimento e o crescimento da cidade, partindo de uma visão desenvolvimentista, criador e voltado para o que ainda não se fez; mas também a definição de que maneira e em que direção se alterará o que já existe na cidade, como se modificará a atual realidade, visando à remoção de tudo aquilo que vem impedindo a melhoria da vida na cidade, partindo de uma visão corretiva e reformadora, voltada para a mudança do que já se fez ou que, pela omissão do Poder Público, deixou-se de fazer, sendo esse o principal aspecto, o principal campo de atuação da figura do direito de preempção²⁸.

Assim, podemos dizer que o direito de preempção, a partir da premissa acima apontada, pode e deve ser utilizado como mais um instrumento do processo de urbanificação,

ou seja, aquele que almeja à correção das mazelas provenientes do processo de urbanização desordenada.

O plano diretor indicará quais tipos de áreas sobre as quais deverá incidir o direito de preempção, de acordo com as prioridades e metas da política urbana prevista. Poderá uma única lei municipal delimitar diferentes áreas baseada em necessidades diversas, bastando para isso a enumeração de tais finalidades no corpo da legislação²⁹.

Observa-se, outrossim, que o Estatuto da Cidade impõe uma condição para o exercício do direito de preempção que é a lei municipal baseada no plano diretor³⁰.

O direito de preempção somente poderá ser constituído como instrumento de política urbana nas hipóteses em que a atual conformação urbana esteja dissonante com a destinação e finalística previstas no plano diretor, quando as condições de urbanização sejam consideradas danosas ao desenvolvimento e bem-estar das cidades. No entanto, a partir da condição trazida pelo próprio Estatuto, não pode a lei que aprovou o plano diretor conter dispositivo que crie para determinadas áreas a possibilidade de preempção, fazendo-se necessária uma lei municipal, criadora do direito de preempção, posterior à lei que aprovou o plano diretor, atentando-se para o fato de que não poderá haver apresentação de projeto de lei criadora da preempção enquanto não tiver sido aprovado o plano diretor³¹.

Caramuru Afonso Francisco atenta para a questão da obrigatoriedade da existência de plano diretor, uma vez que, conforme disposto na Carta Magna, o plano diretor somente é obrigatório para municípios com mais de 20 mil habitantes. Logo, para os municípios com menos de 20 mil habitantes, se não houver o plano diretor, tampouco poderá o ente público constituir o direito de preempção³².

“Essa lei poderá considerar toda a zona urbana como sujeita ao regime de prelação ou poderá delimitar para essa finalidade uma ou mais áreas, de sorte que no interior da zona urbana algumas propriedades estarão e outras não estarão sujeitas ao regime de preempção”. A delimitação, portanto, não pode ser promovida por decreto regulamentar, nem mesmo pelo plano diretor, ainda que esse diploma seja uma lei municipal, pois o Estatuto da Cidade exige lei municipal baseada no plano diretor para delimitar a área ou as áreas no interior da zona urbana que estarão sujeitas ao regime da preferência. Logo, tal feito deve ser concretizado por lei de iniciativa exclusiva do Executivo municipal, cuja aprovação pela câmara de vereadores depende do número de deliberações e do quorum de aprovação previstos na Lei Orgânica Municipal ou no Regimento Interno desse Poder³³.

Nos termos do § 1º do artigo 25, a lei municipal delimitará as áreas em que incidirá o

referido direito, enquadrando em uma ou mais das finalidades enumeradas no artigo³⁴, cuja vigência não poderá ser superior a cinco anos, renovável a partir de um ano após o decurso do prazo inicial de vigência. São, portanto, seus requisitos de validade: basear-se no plano diretor e delimitar as áreas de incidência com precisão. Se, após a sua edição, houver a necessidade da delimitação de novas áreas, indispensável será a promulgação de outra lei para a inclusão destas³⁵.

Lembra Caramuru Afonso Francisco que, uma vez constituído o direito de preempção, e feita a opção pelo ente público de aquisição de determinada área, se o administrador deixar de utilizar na área destinação outra que não a prevista em lei municipal, ele incorrerá na pena de improbidade administrativa, seja o Prefeito ou os agentes públicos que contribuírem para esse desvio de finalidade, nos moldes do art. 52, inciso III³⁶, do Estatuto da Cidade³⁷, e de acordo com a Lei nº 8.429/92.

Situação suscitada por José dos Santos Carvalho Filho, concernente à incidência da lei municipal, é a do prévio pacto de preempção, ou seja, quando houver um contrato de compra e venda celebrado antes da vigência da lei municipal e no qual as partes tenham ajustado o pacto de preempção. O autor busca a solução no art. 5º, XXXVI da CF, que consagra o princípio da irretroatividade da lei para não prejudicar direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Tratando-se de ato jurídico perfeito, com consumação anterior à lei municipal, fica garantida a incolumidade do ato contra eventuais preceitos diversos que venham a constar da lei, não podendo sobrepor-se ao contrato celebrado. Estando apenas em formação o ato, sem consumação, incidirá a lei municipal. Assim, celebrado o contrato antes da vigência da lei municipal criadora do direito de preempção, se o comprador resolver alienar o imóvel, o titular do direito de preempção será o vendedor. Porém, uma vez exercido por ele o direito de preferência, a lei municipal passa a incidir. A solução encontrada concilia o interesse urbanístico com a garantia constitucional, destacando-se que, se o interesse urbanístico for de tal ordem que não possa o Município aguardar a manifestação do proprietário em alienar o imóvel, outros instrumentos estarão a sua disposição para implementação da política urbana, como a desapropriação³⁸.

2.6 Prazo de Vigência do Direito de Preempção Urbanístico

Esta lei municipal deve também estabelecer o prazo durante o qual o proprietário de imóvel urbano deve oferecê-lo ao Município em igualdade de preço e condições de

pagamento, se e quando desejar aliená-lo onerosamente a particular ou quando a isso for instado por terceiro, recordando-se que esse prazo não pode ser superior a 5 anos (§1º, do art. 25, do Estatuto da Cidade), mas pode ser menor e, ainda, poderá ser esse prazo estabelecido renovado ou repetido por lei municipal, desde que entre o término de um e o início de outro ocorra um período de carência de um ano, prazo este que poderá ser ampliado também pela lei³⁹, momento em que o proprietário poderá alienar o imóvel como lhe aprouver, sem nenhuma obrigação para com o Município. Tais prazos, o antigo e o novo, podem ser diferentes e nada impede que eles sejam iguais⁴⁰.

Tal descontinuidade de vigência e não vigência, no fundo, faz reconhecer a existência de indeterminação temporal, no sentido de que não há prazo predeterminado para a incidência do direito, já que o exercício deste depende de condição futura⁴¹.

Destaque-se que o Estatuto da Cidade não menciona quantas vezes o período de prelação pode ser renovado. Logo, as renovações poderão ser feitas desde que mediante lei municipal, contendo interesse público e havendo entre elas o período de carência de um ano. Afasta-se, por outro lado, a idéia de perpetuação infinita de tais renovações sob pena de serem havidas por abusivas. Ademais, atenção deve ser conferida ao fato de que, enquanto submetido ao regime de preferência, a cada proposta de compra e venda que o imóvel receber, deverá seu proprietário dar a preferência ao Município⁴².

O plano diretor da capital de Belém do Pará⁴³, por exemplo, estabelece que o Poder Público, no interesse do coletivo, poderá declarar por prazo determinado, áreas preemptas, com vista à implantação de equipamentos sociais ou projetos habitacionais. Apesar de o Estatuto da Cidade conter maior número de situações que justificam o exercício do direito de preferência pelo Município, no caso de Belém, este direito também poderá incidir sobre imóveis públicos, nos termos do artigo 200, §1º do plano diretor. Além disso, estabelece que o valor de venda dos imóveis integrantes da área preempta deverá permanecer o mesmo durante todo o período de vigência do direito de preferência⁴⁴ o que, dentro da realidade dos centros urbanos brasileiros, é uma medida interessante para evitar a especulação imobiliária.

O prazo da preferência começa a ser contado na data da publicação da lei municipal que o instituir, enquanto o prazo de carência começa a ser contado no dia imediato ao do encerramento do prazo de prelação. O prazo de preferência é decadencial, logo, se não ocorrer o oferecimento do bem ao preferente ou, se oferecido, não for por ele aproveitado dentro desse espaço temporal, o preemptor perde o direito à preferência⁴⁵.

Por outro lado, enquanto perdurar o prazo de preempção, pouco importa se houve ou

não a alienação do imóvel, e mesmo que esta tenha ocorrido, isso não retira do Município o seu direito de preempção para eventual nova alienação se ocorrer até o término do prazo legal⁴⁶.

Portanto, durante a sua vigência, a preempção a favor do Município perdurará independentemente do número de alienações referentes ao mesmo imóvel (art. 25, §2º). Isto significa que o Poder Público pode vir a adquirir certo imóvel mesmo depois de já ter sido objeto de alienação onerosa entre particulares, por se tratar de uma faculdade sua, cabendo a ele examinar a conveniência e oportunidade da aquisição do imóvel, que pode não lhe interessar naquele momento em razão do estágio de desenvolvimento da política urbana, ou em razão das condições e o preço oferecido na primeira alienação. Entretanto, pode vir a interessá-lo num segundo momento, caso as condições de aquisição sejam-lhe mais proveitosas.

No que tange à questão abordada, José dos Santos Carvalho Filho manifesta -se corroborando o acima mencionado e acrescentando que isto expressa a atuação do governo Municipal com certa discricionariedade em relação ao momento escolhido para exercer o direito, e, em consequência, sobre qual alienação o fará, já que enquanto vigente o direito, a preferência poderá ser exercida em cada alienação ocorrida. Conclui-se, dessa forma, que não existe obrigatoriedade para o Município exercê-lo, já que o fará quando for conveniente e plausível socorrer-se da preempção para adquirir o imóvel⁴⁷, existindo, assim, uma faculdade a partir do exame da conveniência e, especialmente, da oportunidade da aquisição, como bem lembra Diogenes Gasparini⁴⁸.

Outra questão suscitada em matéria dos prazos de vigência é a que diz respeito à dúvida levantada por José dos Santos Carvalho Filho a partir da leitura do art. 25, § 1º do Estatuto, eis que o termo vigência utilizado poderia ser para a lei municipal ou para o direito de preempção. Afasta, todavia, a possibilidade de utilizá-lo referindo-se à lei municipal, pois, se o direito não fosse exercido dentro do prazo determinado, ter-se-ia que instaurar outro processo legislativo com vistas à criação de nova lei municipal, o que não faria senti do. Portanto, a lei municipal sendo uma só, é nela que será delimitada a área submetida ao direito de preempção e o prazo de vigência do direito, não sendo necessária a edição de nova lei quando esgotado o prazo fixado sem ter sido exercido o direito. Ao administrador municipal cabe apenas averiguar se no momento desejado está ou não vigente o prazo para exercício do direito, sendo desnecessária a prática de qualquer ato administrativo nesse sentido⁴⁹.

2.7 Tamanho da Propriedade do Imóvel Urbano

O tamanho da propriedade não importa para o exercício do direito de preempção, nem o fato de ela estar edificada, ou gravada por algum ônus real, a exemplo da hipoteca, ou qual a sua utilização, já que o Estatuto da Cidade não faz nenhuma menção sobre esses aspectos. Neste sentido, Diogenes Gasparini assevera que o titular de algum direito incidente sobre o bem objeto da preempção sub-roga-se no preço.

3. Finalidades do direito de preempção: análise dos incisos do artigo 26 do estatuto da cidade

O Poder Público delimita determinada área do Município para estar submetida ao direito de preempção por entender que a implementação da política urbana e a consecução dos objetivos preconizados no plano diretor exigem que a propriedade de certo imóvel urbano seja transferida a ele, o que pressupõe que aquela região sofrerá um remodelamento da ocupação por assim entender ser melhor o planejamento urbanístico, ou mesmo restringir a sua ocupação drasticamente tendo em vista as próprias peculiaridades da mencionada área⁵⁰.

O importante é destacar que, para o exercício do direito de preempção, o Município deve incluir a área em uma das hipóteses do artigo 26 do Estatuto da Cidade.

Logo, a despeito de estar o Município vinculado às hipóteses que a lei enunciou e de essa circunstância descartar qualquer outra fora da enumeração legal, quanto à escolha da finalidade em si, haverá certa discricionariedade para o administrador, principalmente quando a lei municipal admitir mais de uma finalidade para a mesma área⁵¹.

A delimitação das áreas onde incidirá a preempção requer um adequado e sistemático planejamento da ordenação e do crescimento do território da cidade, que permita o seu enquadramento nas finalidades específicas e nas metas programadas⁵².

Infelizmente, na prática, como já foi dito, o que ocorrerá é que a delimitação de uma ou outra área determinada para sujeição ao direito de preempção será fruto do exercício do poder discricionário do administrador público, resultado da conveniência e oportunidade que bem entender e que disporá no plano diretor. Assim sendo, o administrador, muito embora obrigado a dizer a razão de estar certa área sujeita à preempção, não está, por outro lado, o mesmo sujeito a qualquer controle quanto a esta opção de regularização fundiária, porquanto

esta escolha está ligada ao mérito do ato administrativo e, a partir do momento que foi acolhida no plano diretor, não cabe mais discutir-se se há, ou não, cabimento nesta finalística adotada pelo administrador⁵³.

Na lição de Diógenes Gasparini⁵⁴, é nos incisos do artigo 26 do Estatuto da Cidade que podemos vislumbrar a finalidade eminentemente social na qual se insere o direito de preempção.

O inciso I remete-nos à regularização fundiária, que é aquela levada a efeito no sentido de dotar o possessor do competente título de propriedade ou de concessão de direito real de uso em casos de áreas invadidas por pessoas de baixa renda ou em que o proprietário receba uma proposta de compra da associação dos moradores lá residentes. Se esse proprietário resolver por alienar essa área, deverá oferecê-la ao Município e, dessa forma, será mais fácil a promoção da regularização dominial ou fundiária, inclusive a um custo menor, pois a aquisição acontecerá antes que a intervenção urbana municipal valorize a propriedade.

Já o inciso II trata da execução de programas e projetos habitacionais de interesse social, cujo fundamento encontra-se na promoção da justiça social. Assim sendo, justifica-se na medida em que o imóvel submetido ao regime de prelação é necessário para a execução de programas e projetos habitacionais de interesse social a cargo do Município, mas apenas nos casos de existirem tais programas; distinguindo-se projeto de programa no sentido de ser o primeiro de duração mais curta e o segundo uma ação de longa duração com intento de resolver em definitivo o problema da moradia. Pode haver propriedades de grandes dimensões onde o Município pretenda construir casas populares.

O inciso III, por sua vez, cuida da constituição de reserva fundiária, algo bastante delicado em nossos dias em razão da sua direta correlação com o mercado imobiliário. O Município pode adquirir bens imóveis pelos modos normais de aquisição da propriedade imobiliária e assim constituir uma reserva ou banco de imóveis a ser utilizada no futuro para programas, especialmente de habitação de interesse social. Dessa forma, o direito de preempção surge como instrumento útil no sentido de facilitar tal aquisição antes que este tenha um outro destino, em razão da venda para um terceiro qualquer, ou alcance um valor maior em função de obras e serviços executados (equipamentos urbanos) pelo Poder Público. Contudo, muito embora possua esse viés de tentar conter os avanços do mercado imobiliário em termos de especulação do valor dos imóveis, dificilmente obterá tal instrumento o êxito almejado em sua tarefa, eis que o próprio mercado certamente buscará compensar tal perda de outras formas, por exemplo, passando a investir em área próxima.

Já o inciso IV prevê que o direito de preempção será exercido para criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes, e, assim, tem em vista a promoção do ordenamento e direcionamento da expansão urbana de acordo com o interesse público, voltado à satisfação do interesse da coletividade. Tal disposição ganha enorme relevo em nosso cotidiano, mormente no que tange ao debate de apropriação privada do espaço público, sendo nítida a transformação que ocorre de nosso espaço público, o qual é, cada vez mais, reduzido a um espaço de mera circulação e transporte, sem considerar e trazer ao debate expansão dos condomínios fechados, que também atinge diretamente o espaço público.

Não se deve olvidar, outrossim, a também preocupante situação da periferia dos grandes centros urbanos que sofrem com o elevado grau de saturamento da ocupação central, não mais permitindo o desenvolvimento da área sem prejuízo para os moradores, podendo o direito de preempção ser usado, neste caso, em imóveis situados em áreas previstas como de expansão urbana⁵⁵.

Dispõe o inciso V sobre a implantação de equipamentos urbanos e comunitários, necessidade premente de diversas comunidades carentes, deficitárias dos recursos mínimos para uma existência digna, como a falta de saneamento básico, de coleta de lixo. Diógenes Gasparini diferencia equipamentos urbanos de equipamentos comunitários, definindo os primeiros como sendo aqueles destinados, entre outros, à captação, tratamento e distribuição de água domiciliar, aqueles utilizados na prestação dos serviços de captação e afastamento dos esgotos, os indispensáveis na distribuição de energia elétrica, aqueles empregados no escoamento de águas pluviais, os destinados à implantação ou ampliação das redes de telefonia e gás canalizado.

E os equipamentos comunitários, por seu turno, seriam aqueles voltados à educação, à cultura, à saúde e ao lazer (praças, jardins e parques)⁵⁶, finalidade que pode ser inserida no inciso VI, que se volta para a criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes.

Ressalte-se, igualmente, a importância que pode vir a adquirir tal instrumento para criação ou a proteção de unidades de conservação ou proteção de áreas de interesse ambiental, como, por exemplo, a área no entorno de bacias hidrográficas, como bem destaca o inciso VII.

Sabendo-se que para a efetivação desta proteção não basta apenas a imposição de restrições de uso e ocupação, faz-se necessária a aquisição destas áreas pelo Município, ganhando, portanto, o direito de preempção uma grande utilidade neste sentido. Isso também é enfatizado por Luiz Roberto da Mata, em seu texto, quando tece comentários ao Estatuto da Cidade à luz do Direito Ambiental, observando que o direito de preempção pode vir a ser “um

importante instrumento de proteção do meio ambiente e do patrimônio cultural, pois se presta à aquisição de imóveis para a criação de áreas verdes e de unidades de conservação ambiental, como para proteção de áreas de interesse histórico, cultural e paisagístico⁵⁷.” Lembrando o autor que, no que tange ao Direito Ambiental, a aplicação do direito de preempção constitui uma inovação que poderá conduzir a bons resultados.

Corroborando o mesmo pensamento, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, salienta que o direito de preempção é um grande instrumento vinculado ao meio ambiente artificial para os fins de ordenamento do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade bem como da propriedade urbana⁵⁸.

Por fim, o inciso VIII do artigo 26 destina a instituição do direito de preempção para a proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico, não se podendo olvidar que a maioria desses locais estão tombados, cabendo a aplicação do Decreto-lei nº 25/37. No entanto, para efetiva proteção desses lugares, é também preciso envolver as áreas do seu entorno nessa proteção. A venda indiscriminada dos bens situados no entorno pode levar à degradação dessas áreas, podendo ocasionar um irreversível prejuízo.

Mister se faz frisar que a necessidade de precisa fundamentação da criação da preempção em uma das hipóteses elencadas no art. 26 foi reforçada pelo veto presidencial ao inciso IX⁵⁹ do mesmo artigo, que permitia, por seu turno, uma cláusula genérica e em branco, em que o Município pudesse estabelecer outras finalidades para a criação da preempção, desde que indicadas estas finalidades no plano diretor. Na lição de Caramuru Afonso Francisco:

O veto presidencial alegou que a iniciativa de permitir ao Poder Público o preenchimento de uma cláusula genérica e em branco, como a constante do inciso IX, que permitia a fundamentação da criação da preempção mediante “outras finalidades de interesse social ou de utilidade pública, definidas no plano diretor”, era atentatória ao direito de propriedade e, em razão disso, vetou o dispositivo⁶⁰.

Prossegue o autor explicando que, não obstante a possibilidade de existência de uma cláusula em branco como refúgio para indicar sem precisão os fundamentos dos incisos do art. 26, seu conteúdo seria necessariamente preenchido pelo plano diretor, de acordo com o próprio inciso IX, pois deveria estar a finalidade social ou utilidade pública explicitamente considerada no plano diretor, sob pena de estar incorrendo a lei em inconstitucionalidade.

4. O procedimento do direito de preempção – análise do artigo 27 e parágrafos

O procedimento do direito de preempção, delineado no artigo 27 e seus parágrafos, do Estatuto da Cidade, inicia-se quando o proprietário de área definida como preempta pela lei municipal, devidamente cientificado da sujeição ao direito de preempção⁶¹, notifica o município para que, no prazo de trinta dias, manifeste por escrito, em obediência ao princípio da solenidade, seu interesse em adquiri-lo. Esta notificação deverá ser acompanhada da proposta de compra assinada pelo terceiro interessado na aquisição do imóvel, constando preço, condições de pagamento e prazo de validade (art. 27, § 1º), devidamente registrada junto ao oficial de registro de títulos e documentos, devendo também ter o reconhecimento da firma pelo tabelião⁶².

O Município, por seu turno, poderá elaborar avaliação própria a fim de estabelecer um valor de venda para o referido imóvel, o qual poderá ser aceito pelo proprietário. Caso este valor seja inferior à proposta do terceiro interessado, o particular terá a faculdade de aceitar a oferta do Município ou terá de vendê-lo ao particular por preço não inferior ao contido na sua proposta⁶³.

A notificação deverá ser escrita, podendo ser judicial ou extrajudicial, não se exigindo para a última que seja feita por cartório, podendo ser feita diretamente pelo próprio proprietário ao Município, dirigida ao órgão competente, devendo a lei municipal criadora da preempção dispor sobre a forma e o procedimento para o acolhimento das notificações, indicando qual a autoridade que a deverá receber, notificando-se o Prefeito em caso de omissão da lei⁶⁴. Acrescenta Diogenes Gasparini da possibilidade de se efetuar a notificação via postal, com as devidas cautelas comprovadoras, como a postagem feita pelo sistema AR. E, obviamente, nada impede que a notificação seja entregue pessoalmente pelo proprietário, com a cautela de colher a segunda via da notificação recebida⁶⁵.

Discorrendo acerca da obrigatoriedade de notificação, salienta Caramuru Afonso Francisco que nem sempre o proprietário estaria obrigado a notificar o Município, pois entende que tal providência somente é pertinente nos casos em que o Município estiver em condições de adquirir o imóvel, ou seja, que haja dotação orçamentária para a aquisição. No entanto, incumbe ao proprietário a tarefa de demonstrar que o Município não pode adquirir o imóvel nas condições da proposta lançada ou da proposta do comprador que está sendo aceita, e que, mesmo havendo dotação orçamentária para efetuar tal gasto, o ente público não estaria em condições de realizar esta despesa em virtude dos ditames do equilíbrio fiscal, consoante o disposto no art. 16, § 1º da Lei de Responsabilidade Fiscal, ou demonstrando que a despesa

não se faz possível pelo não atendimento das metas fiscais declaradas em última audiência pública, nos moldes do art. 9º do mesmo diploma legal, frisando-se que tudo deve ser devidamente documentado para o arquivamento no cartório de notas e no registro de imóveis. Baseia-se o autor no fato de que atualmente a sociedade dispõe de mecanismos para aferir e acompanhar o que está sendo e o que pode ser gasto por parte da Administração Pública diante da legislação disciplinadora dos gastos públicos, havendo também o relatório de gestão fiscal ou o relatório resumido da execução orçamentária. Por outro lado, destaca ainda o autor que a notificação, com a expressa e explícita demonstração de que o Município não poderá efetuar a aquisição, deverá ser encaminhada, por medida de precaução, ao órgão encarregado do acompanhamento do orçamento no tocante à política urbana, partindo-se da premissa da implementação do orçamento participativo⁶⁶.

Importante ressalva extrai-se da lição de Celso Antonio Pacheco Fiorillo, no sentido de que as diretrizes estabelecidas na proposta de compra do imóvel vinculam o particular seja em face do Município, que deverá pagar ao proprietário o preço em moeda corrente, daí não ser possível a utilização de títulos da dívida pública para pagamento do imóvel urbano objeto de alienação; além do cumprimento das condições de pagamento e prazo de validade; vinculando também o particular em face da alienação para com terceiros, em que se obedecerá rigorosamente a aplicação dos §§ 3º e 4º do art. 27 do Estatuto da Cidade⁶⁷.

Apesar de não se tratar de hipótese de exigibilidade de licitação, o regime de prelação não dispensa a justificativa do preço, como bem recorda Diogenes Gasparini, conforme dispõe a Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública (art. 26, parágrafo único, III).

No que tange à proposta anexada à notificação, observa-se, primeiramente, que a mesma deve constar da notificação ao Município quando o proprietário recebê-la de terceiro interessado na compra e venda do imóvel urbano localizado na área sujeita à preempção, enquanto que, na situação em que o proprietário deseja alienar o imóvel, mas não houver recebido proposta de ninguém, caberá a ele tão-somente notificar o Município, informando o preço e as condições de pagamento e o prazo de validade. Em relação às condições de pagamento, vale a pena esclarecer que normalmente são duas: à vista ou a prazo. À vista quando realizado de uma só vez, na data da lavratura da escritura pública pelo Município. A prazo, no entanto, gerará um preço maior e diretamente proporcional ao número de prestações, devendo ser prestadas também outras informações, tais como, a existência ou não de um pagamento inicial na data da lavratura da escritura pública, outros pagamentos

correspondentes às prestações para quitação do saldo, data de vencimento de cada uma. Já o prazo de validade da proposta, por sua vez, deverá ser superior a trinta dias em respeito ao procedimento de notificação⁶⁸.

Acurada verificação das condições fixadas na proposta merece ser feita pelo Município, considerando-se o que, de praxe, ocorre entre contratantes, mormente para escapar da incidência tributária, acordos que configuram fraudes, como aqueles em que se declara um valor inferior no contrato a ser registrado, mas o valor efetivo de compra era maior. Logo, bem possível será a situação na qual a proposta apresentará um valor além das condições normais do mercado imobiliário para levar o Município à recusa da mesma, configurando-se mais um caso de fraude. Situação que também poderá ocorrer será aquela em que o valor fixado na proposta seja bem elevado, pois, ciente do interesse urbanístico do Município naquela área, o proprietário visa a lucrar em cima do interesse público⁶⁹.

Levantado o debate acerca da possibilidade de elaboração de uma contraproposta pelo Município, opina Diogenes Gasparini que motivo nenhum há para negar-lhe este ato, recordando que a transação a ser efetuada é de natureza contratual, cabendo ao proprietário aceitá-la ou não. A contraproposta, inclusive, pode ser uma medida para o administrador ao incorrer na punição de improbidade administrativa⁷⁰, já que, no tocante ao valor do imóvel a ser adquirido pelo Município, deverá o administrador atentar para a questão da probidade do seu ato, não adquirindo o imóvel submetido ao direito de preempção por um preço maior do que o do mercado imobiliário, de acordo com o art. 52, VIII do Estatuto da Cidade⁷¹.

Poderá o Município solicitar um lapso maior do que os 30 dias para a conclusão do procedimento por se tratar de prazo exíguo, nada impedindo ao proprietário que conceda a dilação pretendida, sem nenhuma ilegalidade, já que o prazo é previsto em seu benefício, configurando mera faculdade sua em concordar ou não. Advirta-se que o prazo de 30 dias não é para a alienação, que poderá ocorrer mais tarde⁷².

Outro fato interessante a se notar é que, apesar de não prever o Estatuto acerca da necessidade ou obrigatoriedade de averbação da preferência nas matrículas no registro imobiliário de todos os imóveis situados em áreas delimitadas pela lei municipal com este fim, defende Caramuru Afonso Francisco que essa é uma medida importante. Através dela estar-se-ia conferindo a devida publicidade ao direito, principalmente por se tratar de direito incidente sobre imóvel urbano e a sistemática do nosso direito exige que toda alteração quanto aos direitos sobre os bens imóveis tenha de ser assinalada no registro de imóveis. Tal medida importa em dar ao particular pleno conhecimento de que seu imóvel se encontra sujeito à

preempção, bem como aos terceiros interessados em adquirir o bem, pois saberão da existência da preferência existente para o Município e que a aquisição está sujeita a este regime jurídico ⁷³.

Completando o seu entendimento, prossegue o mencionado autor a sua explicação:

Sem esta providência, estará sensivelmente prejudicado o próprio controle do Município sobre as alienações, pois, não havendo qualquer averbação no registro de imóveis, como exigir-se de um notário que verifique a regularidade da notificação ao Município antes de lavrar uma escritura de alienação a terceiro de imóvel sujeito à preempção?

Nem se diga que não há previsão legal para esta averbação, porquanto esta omissão legal não retira a necessidade imposta pelo próprio sistema jurídico pátrio, sendo certo que a doutrina e jurisprudência têm reconhecido a possibilidade de averbação de atos não especificamente consignados em lei.

De qualquer sorte, entendemos que a lei municipal possa suprir esta lacuna, impondo a averbação nas matrículas dos imóveis atingidos pela criação da preempção ⁷⁴.

Na esteira desse entendimento, também se manifesta José dos Santos Carvalho Filho:

Por último, é imperioso reconhecer que a só publicação da lei municipal não renderá ensejo a que os proprietários de imóveis nas áreas indicadas tomem conhecimento da imposição urbanística. Nem os proprietários, nem terceiros. Conseqüentemente, concordamos com a idéia de que, por força dos princípios da publicidade e da concentração, esse fato jurídico – a edição da lei municipal impositiva – deveria ser objeto de averbação junto à matrícula de todos os

imóveis contidos nas áreas. Tal exigência homenagearia o princípio da segurança nas relações jurídicas e nos cartórios registrários ⁷⁵.

No caso de não surgir terceiro interessado na compra de área particular delimitada pelo Poder Público para o exercício do direito de preempção, poderá o proprietário ofertar o imóvel diretamente ao Poder Público. Neste caso, a avaliação para fins de definição do valor de compra poderá ser efetuada pelo próprio Município. Em qualquer caso, o Município deverá dar publicidade do aviso dos termos da notificação e da intenção de aquisição do imóvel ⁷⁶.

Coloca-se também a questão da desistência pelo Município, após terem sido providenciadas todas as medidas que lhe cabem. No entender de Diogenes Gasparini, se o Município não está obrigado a exercer a preferência, poderá também desistir dela, até o pagamento do preço, bastando para isso informar por escrito o proprietário dessa decisão para liberá-lo para alienar o imóvel a quem lhe aprouver. Não precisa ser justificada essa decisão, contudo, se ela tiver causado qualquer prejuízo ao proprietário, desde que devidamente comprovada, poderá o mesmo cobrar, administrativa ou judicialmente, do Município. Já o proprietário, depois de notificada a preferência, não pode desistir dela enquanto vigorar o prazo de 30 dias ⁷⁷.

Em não havendo manifestação pelo Município, o proprietário poderá realizar alienação para terceiros, desde que nas mesmas condições da proposta apresentada ao Poder Público (art. 27, §3º).

Concretizada a alienação onerosa entre particulares, referente ao imóvel preterido pelo Município, fica o proprietário obrigado a apresentar àquele cópia do respectivo instrumento de compra e venda, para fins de comprovação de que a alienação foi processada nas exatas condições de preço e pagamento consignadas na proposta (art. 27, §4º).

Todavia, como nem sempre a alienação do imóvel ocorrerá mediante instrumento público, como nos casos de imóveis financiados pelo SFH, e outros em que a lei permite que o instrumento seja particular, entende-se que o Estatuto, impondo ao particular a obrigação de comunicar ao Município que fez a alienação, através de comprovação com a apresentação do instrumento de alienação, não está exigindo a forma pública do instrumento. É claro que, sendo privado, deverá estar revestido das exigências legais para que valha perante terceiros⁷⁸.

O Estatuto não estipulou sanção para o caso em que o proprietário não cumpre a obrigação de entregar cópia do instrumento contratual, mesmo já tendo sido notificado para efetivá-la. Não obstante, poderá fixar tal sanção administrativa em sua lei, baseada no plano diretor, que vier a instituir a preempção, a qual possivelmente será a de multa⁷⁹.

Será nula a alienação processada em condições diversas da proposta apresentada (art. 27, §5º). Neste caso, o Município poderá adquirir o imóvel pelo valor da base de cálculo do IPTU, ou pelo valor originalmente indicado na proposta, optando-se pelo menor, nos termos do artigo 27, §6º⁸⁰.

Ocorrendo qualquer alteração da proposta apresentada ao Município, o proprietário deverá notificá-lo, observando-se o mesmo procedimento novamente, que recomeça. No entanto, se a alteração do valor à vista ou a prazo for para mais, esclarece Diogenes Gasparini que diante disso não se faz necessária a notificação, supondo que, se já não houve manifestação de interesse pelo Município antes quando o valor era menor, muito menos agora ele irá se interessar. Destaca, outrossim, que o Estatuto da Cidade não distinguiu as hipóteses de alteração das condições da proposta, impondo pena de nulidade para todos os casos⁸¹.

A nulidade, de pleno direito, pode ser argüida em juízo tanto pelo Município como pelo Ministério Público, justificando-se legitimidade deste último por se tratar de ofensa à ordem urbanística e à política urbana, residindo aí o interesse público, ou também pode ser alegada por qualquer interessado e ser declarada *ex officio* pelo juiz⁸².

Discute-se, contudo, se existe nulidade pelo simples fato de a aquisição ter se operado em desacordo da proposta apresentada, ou se ocorre sempre que o Município tinha condições de adquirir o imóvel pela forma proposta. Opina Caramuru Afonso Francisco pela caracterização de fraude à lei no caso de aquisição do imóvel em condições diversas das que

foram apresentadas ao Município, não vislumbrando a convalidação da alienação operada nestas circunstâncias, ainda que o Município estivesse impedido de adquirir o imóvel em razão de questões orçamentário-financeiras⁸³.

Declarada a nulidade, é desfeito o ajuste alienativo, retornando as partes ao estado *a quo*, podendo, então, adquirir o Município o imóvel pelo valor de base de cálculo do IPTU ou o da proposta se for inferior àquele.

O que ocorreria com o imóvel no caso de haver concurso entre o direito de preempção de um particular e o do Município? Tal caso poderia ser exemplificado quando coincidisse de estar o imóvel urbano submetido ao regime de preempção alugado ou emprazado.

Na lição de Letícia Marques Osório e de Patrícia Helena Soso, em havendo um terreno localizado em área declarada preempta pelo Poder Público municipal, que esteja sujeito a um contrato entre particulares prevendo o direito de preferência no caso de venda do referido imóvel pelo vendedor, o Município teria o direito de exercer a aquisição preferencialmente, tendo em vista o interesse coletivo. Tal entendimento tem por fundamento as normas de direito urbanístico contidas no plano diretor, que são obrigatórias para o Município, devendo este intervir visando à execução da política urbana, por meio da definição de normas condicionadoras do exercício do direito de propriedade, o qual, dessa forma, estará atendendo a sua função social⁸⁴.

No mesmo sentido defende Diógenes Gasparini, pois preferir ao locatário ou ao enfiteuta seria prestigiar o interesse particular em detrimento do interesse público, colocando em confronto as funções, privada e pública, da propriedade e pender em favor da privada e, por fim, ignorar o princípio constitucional da função social da propriedade⁸⁵.

Seguindo o mesmo raciocínio, cuidando-se de propriedade de vários proprietários, alerta Diogenes Gasparini que a primazia aquisitiva também é do Município e não do condômino, sempre que um dos co-proprietários desejar alienar onerosamente sua parte ideal. O condômino só terá direito à prelação se o Município não exercer o direito de preferência, por não lhe interessar o estado de condomínio em que se veria envolvido caso viesse a adquirir a parte ideal posta à venda⁸⁶.

É importante destacar que o direito de preempção também pode ser exercido pelo Município com o objetivo de constituir reserva fundiária ou estoque de terrenos, por meio da instituição de um banco de terras, por exemplo, evitando, assim, a utilização do instituto da desapropriação, mais demorado e oneroso. Leis Orgânicas de diversas capitais brasileiras prevêm a constituição de banco de terras, a ser constituído por terrenos pertencentes ao

Município ou adquiridos progressivamente de acordo com um programa de municipalização de áreas vinculado às necessidades habitacionais e de planejamento do crescimento da cidade⁸⁷.

Infelizmente, constata-se, na prática administrativa municipal, que um argumento utilizado para limitar e gerar obstáculo à delimitação de áreas sujeitas ao direito de preferência que poderia ser levantado diz respeito à disponibilidade de recursos públicos para a aquisição de imóvel. Todavia, sabe-se que esses recursos podem ser aportados pelos Fundos Municipais de Habitação ou adquiridos mediante convênio com o Estado ou União⁸⁸, o que afasta, portanto, a mencionada desculpa para a não implementação do instituto.

Outra situação também interessante que merece ser levantada é a que concerne ao contrato de compromisso de compra e venda, elevado ao rol de direitos reais em razão da previsão expressa no artigo 1225, VII do Código Civil, uma vez que o compromissário pode adquirir o imóvel mediante a quitação do compromisso, ainda que lavrado por instrumento particular, desde que registrado no cartório de registro de imóveis. Em tais casos, o compromissário é considerado titular ou *dominus* da propriedade.

Logo, a ele deveria ser submetido o regime da preferência, bem como ao enfiteuta ou ao foreiro, titular do domínio útil, conforme ensina-nos Diogenes Gasparini. Registre-se que o Estatuto da Cidade não fez nenhuma menção sobre este mister, não especificando o caso do domínio útil.

Certo é que pode ser interessante ao município a titularidade do domínio útil para a concretização de uma ou mais finalidades justificadoras do direito de preferência, destacando, outrossim, o caso do titular de direitos possessórios que deveria também dar a preferência ao Município quando se dispuser a alienar esses direitos, muito embora alerte para que este ente federativo tome as devidas cautelas ao exercer seu direito de preempção⁸⁹.

Compreendendo de forma contrária, José dos Santos Carvalho Filho explica que o dever jurídico imposto pela lei tem como destinatário o titular do domínio. Sendo assim, se o imóvel está sujeito ao regime de enfiteuse ou superfície, os quais conferem ao proprietário o direito de preferência, quando o enfiteuta ou superficiário pretenderem alienar o domínio útil, não haverá a obrigação de oferecer o domínio útil ao Município por não estar o mesmo submetido ao direito de preempção, pois o direito subjetivo à preferência será do proprietário. Por outro lado, consolidado o direito de propriedade, estando o imóvel em área sujeita ao direito de preempção, e desejando o proprietário aliená-la, aí sim incidirá a preempção urbanística⁹⁰.

Última situação a ser abordada é a relativa à preterição do ente municipal, quando a alienação for processada sem notificação do Município para exercício da preempção.

Considerando que o direito conferido por lei ao Município tem a natureza de direito pessoal, não havendo qualquer norma que estabeleça o direito reivindicatório para o mesmo, sequer determinando o Estatuto da Cidade a anotação do fato junto ao registro imobiliário, com exceção já explicitada do caso da nulidade para a alienação efetivada em condições diversas da proposta anexada, não seria um absurdo concluir que, para o caso em tela, ocorrendo a preterição, o negócio de compra e venda deve ser considerado válido e eficaz, não podendo ser desfeito pelo Município.

Contudo, por outro lado, se o proprietário for devidamente cientificado pelo Município, caberá sim indenização em havendo a preterição; já, em situação diversa, se o proprietário desconhecer tal obrigação, nenhuma indenização será devida, mitigando o princípio da não-escusa de ignorância da lei face ao da autonomia de vontade para contratar livremente⁹¹.

Observa-se, a partir de tudo o que foi exposto, que, se o direito de preempção contido no Estatuto da Cidade for devidamente implementado, poderá ser um dos meios de política pública urbana através do qual o Município terá condições de assegurar o cumprimento da função social da cidade e da propriedade.

5. Direito de preempção ou preferência no direito civil

Direito de preempção, direito de preferência ou direito de prelação são expressões sinônimas que exprimem os mesmos fatos e indicam uma restrição ao poder de disposição que o proprietário tem sobre a coisa móvel ou imóvel, na medida em que, antes de aliená-lo, tem que oferecer o mesmo à pessoa certa, sendo um instituto tradicional do direito civil, desde o direito romano, no qual era denominado de *pactum prothimiseos*⁹².

É previsto, de acordo com o direito civil brasileiro, como um direito pessoal e obrigacional, vinculado, sobretudo, aos contratos de compra e venda e/ou locação de imóveis e às dívidas a serem quitadas mediante dação em pagamento. A preempção incide precipuamente sobre o direito real de propriedade e, historicamente, serviu para garantir mais um direito aos proprietários particulares⁹³.

É um direito/dever: direito por parte do vendedor de ser preferido em relação a terceiro; e dever por parte do comprador que deverá oferecer o bem a quem previamente convencionou fazê-lo. É uma forma de direito pessoal, personalíssimo. Pessoal, ou obrigacional, em razão do efeito de cunho indenizatório, que sofre o comprador que aliena a coisa sem dar a preferência ao vendedor⁹⁴. Personalíssimo porque diz respeito única e exclusivamente à figura do vendedor, não podendo ser transmitido a terceiros ou sucessores. Com a morte do vendedor, finda está a obrigação de preferência em relação ao comprador, sendo intransmissível por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, o que vem expressamente vedado no artigo 520 do Código Civil⁹⁵.

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho:

Pode esse direito ser conceituado como sendo o ajuste firmado entre os contratantes por meio do qual o comprador da coisa móvel ou imóvel assume a obrigação de, em caso de alienação, oferecê-la ao vendedor nas mesmas condições, para que este, se o desejar, exerça seu direito de prelação em face de outros interessados⁹⁶.

Trata-se, portanto, de preferência que tem o vendedor de um bem de adquiri-lo de novo, caso o comprador queira vendê-lo ou dá-lo em pagamento posteriormente, incidindo tanto para bens móveis quanto para imóveis. É a reserva que, para si, faz o vendedor.

Vislumbra-se este direito, também, na vantagem que desfrutam alguns credores de serem pagos em primeiro lugar na competição com outros, e no direito que tem o locatário de ver oferecido a si, em primeiro lugar, o imóvel onde reside, caso o locador queira vendê-lo. No direito falimentar, a preferência também aparece, vez que o síndico deve obedecer, no pagamento aos credores, a uma determinada ordem de preferência⁹⁷.

Sob a ótica da doutrina da propriedade absoluta, tradicionalmente assegurada pelo Código Civil, o direito de preempção é visto como mera decorrência das relações negociais privadas, sendo comum fazer-se referência a ele como sendo uma cláusula especial da compra e venda⁹⁸.

Tratando de hipótese em que o Poder Público é vendedor da propriedade, explica José dos Santos Carvalho Filho que não poderá ser titular do direito de preempção nos moldes do direito privado, sequer podendo figurar em contrato de compra e venda em que se tenha firmado a cláusula de preferência, pois, como vendedor, é inviável a pactuação em seu favor porque, se ainda estiver interessado na coisa, mesmo para o futuro, tal interesse serão reconhecimento de que a coisa alienada traduzia ou poderia traduzir interesse público e, dessa forma, a alienação do bem público não poderia ter ocorrido. Visualizando o Estado como comprador, também não poderia sujeitar-se a outorgar o direito de preempção em favor do

particular vendedor porque não seria legítimo, quando pretendesse alienar a coisa, submeter-se ao interesse privado do vendedor, sobretudo porque o Estado está subordinado ao rito licitatório para vender bens, segundo o qual é indispensável a competição⁹⁹.

Duas são as modalidades ou espécies de preferência à vista do nosso ordenamento jurídico positivo: a legal e a contratual. Legal é a preferência que é outorgada a alguém, quando certa pessoa dispõe-se a realizar um dado negócio. Contratual é a preferência em que as partes envolvidas em um negócio resolvem outorgar em favor de determinada pessoa, quase sempre o vendedor, na aquisição do objeto da transação, como no caso da compra e venda¹⁰⁰. Ou seja, a preferência deverá constar de prévio acordo, ou estar determinada em lei. Ressalte-se que ela não incide automaticamente. Precisa estar previamente avençada entre as partes, vendedor da coisa e comprador da mesma¹⁰¹.

Como pacto avençado entre as partes, figura a preempção ao lado da retrovenda, da venda a contento, do pacto de melhor comprador e do pacto compromissório, por se tratar de cláusula especial à compra e venda¹⁰².

Cuidando dos casos em que a preferência vem prevista em norma legal, pode-se citar o disposto no Código Civil¹⁰³, que trata de desapropriação no artigo 519. Se o poder público expropriante não utiliza o imóvel expropriado para o destino colimado na expropriação, fica obrigado a oferecê-lo ao expropriado, pelo preço atual da coisa, o imóvel que lhe pertencia e do qual foi despojado. Logo, na concepção civilística, a preempção legal era um instituto que reforçava a limitação do Poder Público frente ao direito de propriedade, na medida em que, embora fosse reconhecido que o proprietário perderia o bem por força da desapropriação, não se permitia que o Poder Público oferecesse esse bem a terceiro em detrimento do expropriado, já que a este é conferido o direito de preferência em readquirir seu bem¹⁰⁴. Como bem recorda José dos Santos Carvalho Filho, o artigo 519 prevê a retrocessão¹⁰⁵.

Outros exemplos de direito legal de preferência é o caso do condômino na aquisição de parte ideal da coisa; do enfiteuta e do senhorio direto¹⁰⁶, na locação¹⁰⁷ de prédios urbanos e no arrendamento rural.

O exercício do direito de preferência pelo seu titular está condicionado a uma manifestação de vontade sua, de forma direta, não importando a maneira pela que teve ciência, se tomou conhecimento por terceiros da pretensa venda, ou se foi por meio de notificação do comprador para que se valha daquele direito¹⁰⁸.

Dessa forma, constata-se que, enquanto no âmbito do direito civil predomina a natureza consensual do direito, como objeto de ajuste dentro do contrato de compra e venda,

como instrumento de política urbana, o direito de preempção assume um caráter notoriamente coercitivo, sendo resultado de imposição legal¹⁰⁹.

Através da preempção, constitui-se uma obrigação civil, uma vez que há um vínculo jurídico que sujeita o devedor à realização de uma prestação positiva ou negativa no interesse do credor, abrangendo o dever da pessoa obrigada e sua responsabilidade em caso de inadimplemento. Este instituto vincula o devedor à prática de certo ato, em proveito patrimonial do credor¹¹⁰.

O direito de preempção subordina seu efeito a evento futuro e incerto, e tem por base a indivisibilidade da prestação (e não do objeto), ou seja, a obrigação deverá ser cumprida por inteiro. Consiste, da mesma forma, em direito indivisível, haja vista a impossibilidade de seu fracionamento. Quando o direito de preempção for estipulado a favor de dois ou mais indivíduos em comum, só poderá o mesmo ser exercido em relação a todos, sob pena de ser considerado nulo. Ou seja, não se tolera o parcelamento, o fracionamento do direito¹¹¹.

Observa José dos Santos Carvalho Filho que, o vendedor, deve ser avisado, em princípio, pelo comprador de que pretende alienar a coisa e no caso de isso não ocorrer, pode ele, ciente do propósito do comprador, tomar a iniciativa do exercício do seu direito, providenciando a intimação do comprador, tendo ao seu favor ação judicial para suspender a celebração do contrato com terceiro¹¹².

Não havendo manifestação do vendedor após tal notificação dentro dos prazos legais, implicará em renúncia do direito. A notificação constitui-se em uma obrigação para o comprador, devendo conter todas as condições e preços presentes na proposta de venda ao terceiro¹¹³.

O prazo ajustado entre as partes para exercício da preempção não pode exceder a 180 dias sendo a coisa móvel ou 2 anos sendo a coisa imóvel. Não exercido dentro do prazo, significa dizer que o vendedor interessado estará sujeito aos efeitos da decadência. Não tendo as partes estipulado prazo, o direito de preempção será passível de caducidade se não for exercido em determinado tempo, qual seja, três dias a contar da intimação do vendedor no caso de bem móvel, ou sessenta dias, se imóvel¹¹⁴. Esses prazos terão aplicação somente quando houver o intuito alienativo do comprador e dele foi cientificado o vendedor.

Logo, percebe-se que, em não havendo o intuito alienativo, o direito de preferência pactuado tem vigência durante todo o período em que o comprador estiver com a propriedade da coisa, o que demonstra a indeterminação temporal da eficácia do direito admitida implicitamente pela lei civil, o que diverge do direito de preempção urbanístico, que possui

prazo determinado e com incidência descontínua, como foi já visto¹¹⁵.

Importante lembrar que o direito de preempção no Código Civil incide sobre bens móveis ou imóveis, mencionados no dispositivo referente ao prazo decadencial, enquanto que o direito de preempção com finalidade urbanística incide exclusivamente sobre bens imóveis urbanos, em razão do interesse para a ordem urbanística calcada na reengenharia de ocupação do solo¹¹⁶.

6. Conclusão

A exposição realizada mostra que o direito de preempção, da forma como foi previsto e delineado pelo Estatuto da Cidade, configura um importante instrumento da política urbana de que dispõem os Municípios, com a finalidade primordial de contornar o desordenado e acelerado crescimento urbano em seus territórios, observando também a questão ambiental, que, diante da implementação do direito de preempção, ganha maior proteção.

Também pode ser utilizado como uma estratégica arma no combate à especulação imobiliária, no tocante à reserva de banco de terras, quando o Município, detentor dos projetos de implementação dos equipamentos urbanos, resolver comprar os imóveis situados nas áreas delimitadas, sujeitas ao regime de preempção, nos moldes da lei municipal baseada no plano diretor, buscando evitar a valorização da área em decorrência da sua atuação, o que poderia, no futuro, tornar inviável a aquisição desses imóveis visando à aplicação das finalidades do direito de preempção, mormente, o assentamento de populações de baixa renda ou regularização fundiária.

Infelizmente, por se tratar de um instituto que, no âmbito do direito urbanístico foi inaugurado pelo Estatuto da Cidade, diploma legal que data de 2001, o direito de preempção ainda carece de mais estudos e análises aprofundadas. Fica-se o aguardo da sua implementação para que, assim, possa ser verificado, na prática, como os Municípios irão contornar as dúvidas levantadas pelo presente trabalho.

7. Notas

* Trabalho final apresentado para a disciplina "Propriedade Urbana", oferecida pelo Professor Doutor Ricardo Pereira Lira, em dezembro de 2005, como requisito obrigatório no curso de Pós-graduação em Direito, Mestrado em Direito da Cidade – UERJ.

* Mestre em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, servidora do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

¹ PESSÔA, Álvaro. *Equacionando a Nova Propriedade Urbana*. In: PESSÔA, Álvaro (coord.) *Direito do Urbanismo: uma visão sócio-jurídica*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos: Instituto Brasileiro de Administração Municipal, 1981, p. 51.

² ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da Função Social da Posse e sua Consequência Frente à Situação Proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

³ Art. 25. O direito de preempção confere ao Poder Público municipal preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares.

§ 1º Lei municipal, baseada no plano diretor, delimitará as áreas em que incidirá o direito de preempção e fixará prazo de vigência, não superior a cinco anos, renovável a partir de um ano após o decurso do prazo inicial de vigência.

§ 2º O direito de preempção fica assegurado durante o prazo de vigência fixado na forma do § 1º, independentemente do número de alienações referentes ao mesmo imóvel.

Art. 26. O direito de preempção será exercido sempre que o Poder Público necessitar de áreas para:

I – regularização fundiária;

II – execução de programas e projetos habitacionais de interesse social;

III – constituição de reserva fundiária;

IV – ordenamento e direcionamento da expansão urbana;

V – implantação de equipamentos urbanos e comunitários;

VI – criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes;

VII – criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental;

VIII – proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico;

IX – (VETADO)

Parágrafo único. A lei municipal prevista no § 1º do art. 25 desta Lei deverá enquadrar cada área em que incidirá o direito de preempção em uma ou mais das finalidades enumeradas por este artigo.

Art. 27. O proprietário deverá notificar sua intenção de alienar o imóvel, para que o Município, no prazo máximo de trinta dias, manifeste por escrito seu interesse em comprá-lo.

§ 1º À notificação mencionada no caput será anexada proposta de compra assinada por terceiro interessado na aquisição do imóvel, da qual constarão preço, condições de pagamento e prazo de validade.

§ 2º O Município fará publicar, em órgão oficial e em pelo menos um jornal local ou regional de grande circulação, edital de aviso da notificação recebida nos termos do caput e da intenção de aquisição do imóvel nas condições da proposta apresentada.

§ 3º Transcorrido o prazo mencionado no caput sem manifestação, fica o proprietário autorizado a realizar a alienação para terceiros, nas condições da proposta apresentada.

§ 4º Concretizada a venda a terceiro, o proprietário fica obrigado a apresentar ao Município, no prazo de trinta dias, cópia do instrumento público de alienação do imóvel.

§ 5º A alienação processada em condições diversas da proposta apresentada é nula de pleno direito.

§ 6º Ocorrida a hipótese prevista no § 5º o Município poderá adquirir o imóvel pelo valor da base de cálculo do IPTU ou pelo valor indicado na proposta apresentada, se este for inferior àquele.

⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Estatuto da Cidade Comentado. Lei 10.257/2001. Lei do Meio Ambiente Artificial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 64.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 75-76.

⁶ FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da Cidade Comentado*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 186.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade. Lei nº 10.257, de 10.07.2001 e Medida Provisória nº 2.220, de 04.09.2001*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 164.

⁸ LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pp. 167-168.

⁹ CARVALHO FILHO. Op. cit., p. 162.

¹⁰ FRANCISCO. Op. cit., p. 185.

¹¹ CARVALHO FILHO. Op. cit., p. 166.

¹² GASPARINI, Diogenes. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: Editora NDJ, 2002, p. 142.

¹³ CARVALHO FILHO. Op. cit., p. 166.

¹⁴ GASPARINI. Op. cit., p. 135.

¹⁵ CARVALHO FILHO. Op. cit., p. 164.

¹⁶ Art. 22. Em face da alienação onerosa de bens tombados, pertencentes a pessoas naturais ou a pessoas jurídicas de direito privado, a União, os Estados e os Municípios terão, nesta ordem, o direito de preferência.

§ 1º Tal alienação não será permitida, sem que previamente sejam os bens oferecidos, pelo mesmo preço, à União, bem como ao Estado e ao município em que se encontrarem. O proprietário deverá notificar os titulares do direito de preferência a usá-lo, dentro de trinta dias, sob pena de perdê-lo.

§ 2º É nula alienação realizada com violação do disposto no parágrafo anterior, ficando qualquer dos titulares do direito de preferência habilitado a seqüestrar a coisa e a impor a multa de vinte por cento do seu valor ao transmitente e ao adquirente, que serão por ela solidariamente responsáveis. A nulidade será pronunciada, na forma da lei, pelo juiz que conceder o seqüestro, o qual só será levantado depois de paga a multa e se qualquer dos titulares do direito de preferência não tiver adquirido a coisa no prazo de trinta dias.

§ 3º O direito de preferência não inibe o proprietário de gravar livremente a coisa tombada, de penhor, anticrese ou hipoteca.

§ 4º Nenhuma venda judicial de bens tombados se poderá realizar sem que, previamente, os titulares do direito de preferência sejam disso notificados judicialmente, não podendo os editais de praça ser expedidos, sob pena de nulidade, antes de feita a notificação.

§ 5º Aos titulares do direito de preferência assistirá o direito de remissão, se dela não lançarem mão, até a assinatura do auto de arrematação ou até a sentença de adjudicação, as pessoas que, na forma da lei, tiverem a faculdade de remir.

§ 6º O direito de remissão por parte da União, bem como do Estado e do Município em que os bens se encontrarem, poderá ser exercido, dentro de cinco dias a partir da assinatura do auto de arrematação ou da sentença de adjudicação, não se podendo extrair a carta, enquanto não se esgotar este prazo, salvo se o arrematante ou o adjudicante for qualquer dos titulares do direito de preferência.

¹⁷ GASPARINI. Op. cit., p. 135.

¹⁸ CARVALHO FILHO. Op. cit., p. 165.

¹⁹ OSORIO, Letícia Marques; SOSO, Patrícia Helena. *Direito de Preempção*. In: OSORIO, Letícia Marques (org). *Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 190.

²⁰ GASPARINI. Op. cit., pp. 137-138.

²¹ CARVALHO FILHO. Op. cit., p. 167.

²² Ibid., p. 168.

²³ GASPARINI. Op. cit., pp. 137-138.

²⁴ CARVALHO FILHO. Op. cit., pp. 168-169.

²⁵ FIORILLO. Op. cit., p. 64.

²⁶ GASPARINI. Op. cit., p. 133.

²⁷ Ibid., pp. 138-139.

²⁸ FRANCISCO. Op. cit., p. 188.

²⁹ OSORIO. Op. cit., p. 191.

³⁰ MUKAI, Toshio. *Estatuto da Cidade. Anotações à Lei n. 10.257, de 10/07/2001*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 21.

³¹ FRANCISCO. Op. cit., pp. 188-189.

³² Ibid., p. 189.

³³ GASPARINI. Op. cit., p. 150.

³⁴ MUKAI. Op. cit., p. 22.

³⁵ CARVALHO FILHO. Op. cit., pp. 175-176.

³⁶ Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da [Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992](#), quando:

III – utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto no art. 26 desta Lei;

³⁷ FRANCISCO. Op. cit., p. 192.

³⁸ CARVALHO FILHO. Op. cit., pp. 174-175.

³⁹ Como não há nenhuma restrição nesse sentido, pode-se interpretar que o prazo de um ano para o interstício estabelecido possa ser ampliado pela lei municipal, de modo a salvaguardar mais concretamente o direito de propriedade. Ibid., p. 173.

⁴⁰ GASPARINI. Op. cit., p. 151.

⁴¹ CARVALHO FILHO. Op. cit., p. 172.

⁴² GASPARINI. Op. cit., p. 152.

⁴³ LEI Nº 7.603, DE 13 DE JANEIRO DE 1993:

“Art. 200. O Poder Público, no interesse coletivo, com vista à implantação de equipamentos sociais ou projetos habitacionais poderá declarar, por prazo determinado e, obedecidas as disposições da Lei Complementar de Controle Urbanístico, frações do solo urbano como áreas preempas, através de lei.

§ 1º. Nas áreas declaradas preempas os proprietários de imóveis, públicos ou privados, darão prioridade ao Poder Público para compra de terreno ou edificação.

§ 2º. Durante o prazo de preempção, os preços de mercado dos imóveis contidos no perímetro da área preempas são mantidos em valores iguais aos da data de preempção, e, realizada a venda para o Poder Público, esse valor será corrigido monetariamente, no período entre a data da declaração da preempção por lei e a do efetivo pagamento.

§ 3º. O disposto no parágrafo anterior aplica-se à venda a terceiros, pelos proprietários, durante o período de preempção, ficando o novo proprietário sujeito às disposições deste artigo.”

⁴⁴ OSORIO. Op. cit., p. 191-192.

- ⁴⁵ GASPARINI. Op. cit., p. 153.
⁴⁶ FRANSCISCO. Op. cit., p. 200.
⁴⁷ CARVALHO FILHO. Op. cit., p. 174.
⁴⁸ GASPARINI. Op. cit., p. 143.
⁴⁹ CARVALHO FILHO. Op. cit., p. 173.
⁵⁰ FRANCISCO. Op. cit., p. 187.
⁵¹ CARVALHO FILHO. Op. cit., p. 178.
⁵² OSORIO. Op. cit., p. 194.
⁵³ FRANCISCO. Op. cit., p. 192.
⁵⁴ GASPARINI. Op. cit., pp. 146-149.
⁵⁵ CARVALHO FILHO. Op. cit., p. 180.
⁵⁶ GASPARINI. Op. cit., pp. 148.
⁵⁷ MATA, Luiz Roberto da. O Estatuto da Cidade à Luz do Direito Ambiental. In: COUTINHO, Ronaldo e Rogério Rocco (orgs.). O Direito Ambiental das Cidades. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p. 126.
⁵⁸ FIORILLO. Op. cit., p. 64.
⁵⁹ IX – outras finalidades de interesse social ou de utilidade pública, definidas no plano diretor.

Razões do veto:

"O art. 26, inciso IX, do projeto estabelece que o direito de preempção previsto no art. 25 poderá ser exercido sempre que o Poder Público necessitar de áreas para "outras finalidades de interesse social ou de utilidade pública, definidas no plano diretor".

Ora, o direito de preempção previsto no projeto consubstancia-se em instrumento limitador do direito de propriedade e, como tal, deve ser posto à disposição do Município tão-somente em hipóteses expressamente previstas em lei, de forma a proteger o cidadão contra eventuais abusos do Poder Público.

No caso, como se observa, o inciso IX traz regra genérica e aberta que autoriza a utilização do direito de preempção em casos a serem definidos no plano diretor. Essa norma, portanto, contraria o interesse público de evitar a discricionariedade do Poder Público em matéria de direito fundamental, como o da propriedade."

- ⁶⁰ FRANCISCO. Op. cit., p. 191.
⁶¹ Para tanto, como mais à frente melhor será tratado, deve-se levar em consideração que o proprietário tome ciência de tal obrigação, sendo, portanto, indispensável que, editada a lei municipal, devam ser cientificados todos os proprietários cujos imóveis estejam situados na área demarcada, sem o que acabaria por ser impraticável atender à lei no que tange à notificação do Município. CARVALHO FILHO. Op. cit., p. 181.
⁶² FRANSCISCO. Op. cit., p. 196.
⁶³ OSORIO. Op. cit., p. 192.
⁶⁴ FRANSCISCO. Op. cit., p. 195.
⁶⁵ GASPARINI. Op. cit., pp. 156-157.

- ⁶⁶ FRANSCISCO. Op. cit., pp. 194-195.
⁶⁷ FIORILLO. Op. cit., pp. 64-65.
⁶⁸ GASPARINI. Op. cit., pp. 154-156.
⁶⁹ CARVALHO FILHO. Op. cit., p. 182.
⁷⁰ GASPARINI. Op. cit., pp. 158-159.
⁷¹ Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da [Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992](#), quando:
VIII – adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos arts. 25 a 27 desta Lei, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado.
⁷² GASPARINI. Op. cit., p. 159.
⁷³ FRANCISCO. Op. cit., p. 193.
⁷⁴ Ibid., p. 193.
⁷⁵ CARVALHO FILHO. Op. cit., p. 176.
⁷⁶ OSORIO. Op. cit., p. 192.
⁷⁷ GASPARINI. Op. cit., p. 163.
⁷⁸ FRANSCISCO. Op. cit., p. 197.
⁷⁹ CARVALHO FILHO. Op. cit., p. 187.
⁸⁰ OSORIO. Op. cit., p. 192-193.
⁸¹ GASPARINI. Op. cit., p. 160.
⁸² CARVALHO FILHO. Op. cit., p. 188.
⁸³ FRANSCISCO. Op. cit., p. 198.
⁸⁴ OSORIO, Letícia Marques; SOSO, Patrícia Helena. *Direito de Preempção*. In: OSORIO, Letícia Marques (org). *Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 193.
⁸⁵ GASPARINI, Diogenes. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: Editora NDJ, 2002, p. 145.
⁸⁶ Ibid., p. 139.
⁸⁷ OSORIO, Letícia Marques; SOSO, Patrícia Helena. *Direito de Preempção*. In: OSORIO, Letícia Marques (org). *Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 193.
⁸⁸ Ibid., p. 193-194.
⁸⁹ GASPARINI. Op. cit., pp. 140-141.
⁹⁰ CARVALHO FILHO. Op. cit., p. 169.
⁹¹ Ibid., p. 184-185.
⁹² GASPARINI. Op. cit., p. 129.
⁹³ OSORIO. Op. cit., pp. 189-190.
⁹⁴ CARVALHO FILHO. Op. cit., p. 163.
⁹⁵ OSORIO. Op. cit., p. 195.
⁹⁶ CARVALHO FILHO. Op. cit., p. 162.
⁹⁷ OSORIO. Op. cit., p. 194.
⁹⁸ Ibid., p. 195.
⁹⁹ CARVALHO FILHO. Op. cit., p. 166.
¹⁰⁰ GASPARINI. Op. cit., p. 132.
¹⁰¹ OSORIO. Op. cit., p. 195.
¹⁰² CARVALHO FILHO. Op. cit., p. 171.
¹⁰³ Art. 513. A preempção, ou preferência, impõe ao comprador a obrigação de oferecer ao vendedor a coisa que aquele vai vender, ou dar

em pagamento, para que este use de seu direito de prelação na compra, tanto por tanto.

Parágrafo único. O prazo para exercer o direito de preferência não poderá exceder a cento e oitenta dias, se a coisa for móvel, ou a dois anos, se imóvel.

Art. 514. O vendedor pode também exercer o seu direito de prelação, intimando o comprador, quando lhe constar que este vai vender a coisa.

Art. 515. Aquele que exerce a preferência está, sob pena de a perder, obrigado a pagar, em condições iguais, o preço encontrado, ou o ajustado.

Art. 516. Inexistindo prazo estipulado, o direito de preempção caducará, se a coisa for móvel, não se exercendo nos três dias, e, se for imóvel, não se exercendo nos sessenta dias subsequentes à data em que o comprador tiver notificado o vendedor.

Art. 517. Quando o direito de preempção for estipulado a favor de dois ou mais indivíduos em comum, só pode ser exercido em relação à coisa no seu todo. Se alguma das pessoas, a quem ele toque, perder ou não exercer o seu direito, poderão as demais utilizá-lo na forma sobredita.

Art. 518. Responderá por perdas e danos o comprador, se alienar a coisa sem ter dado ao vendedor ciência do preço e das vantagens que por ela lhe oferecem. Responderá solidariamente o adquirente, se tiver procedido de má-fé.

Art. 519. Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa.

Art. 520. O direito de preferência não se pode ceder nem passa aos herdeiros.

¹⁰⁴ FRANCISCO. Op. cit., p. 187.

¹⁰⁵ CARVALHO FILHO. Op. cit., p. 166.

¹⁰⁶ No contrato de enfiteuse, o senhorio tem direito à preferência quando o enfiteuta se dispuser a alienar os direitos enfitêuticos ou, de forma mais simples, sempre que pretender alienar o domínio útil. GASPARINI. Op. cit., p. 130.

¹⁰⁷ O locador deve dar preferência ao locatário sempre que desejar alienar o imóvel.

¹⁰⁸ OSORIO. Op. cit., p. 196.

¹⁰⁹ CARVALHO FILHO. Op. cit., p. 170.

¹¹⁰ OSORIO. Op. cit., pp. 195-196.

¹¹¹ Ibid., p. 196.

¹¹² CARVALHO FILHO. Op. cit., p. 163.

¹¹³ OSORIO. Op. cit., p. 196.

¹¹⁴ CARVALHO FILHO. Op. cit., p. 163.

¹¹⁵ Ibid., p. 172.

¹¹⁶ CARVALHO FILHO. Op. cit., p. 169.

8 - Referências

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da Função Social da Posse e sua Consequência Frente à Situação Proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. Lei nº 10.257, de 10.07.2001 e Medida Provisória nº 2.220, de 04.09.2001. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Estatuto da Cidade Comentado*. Lei 10.257/2001. Lei do Meio Ambiente Artificial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da Cidade Comentado*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

GASPARINI, Diogenes. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: Editora NDJ, 2002.

LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MATA, Luiz Roberto da. *O Estatuto da Cidade à Luz do Direito Ambiental*. In: COUTINHO, Ronaldo e Rogério Rocco (orgs.). *O Direito Ambiental das Cidades*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p. 126.

MUKAI, Toshio. *Estatuto da Cidade. Anotações à Lei n. 10.257, de 10/07/2001*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

OSORIO, Letícia Marques; SOSO, Patrícia Helena. *Direito de Preempção*. In: OSORIO, Letícia Marques (org). *Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

PESSÔA, Álvaro. *Equacionando a Nova Propriedade Urbana*. In: PESSÔA, Álvaro (coord.) *Direito do Urbanismo: uma visão sócio-jurídica*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos

e Científicos: Instituto Brasileiro de Administração Municipal, 1981.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.