O USO DO SOLO URBANO E O SEU CONTROLE (ALGUNS ASPECTOS DO PROJETO DE LEI FEDERAL N.º 775/83)

RICARDO PEREIRA LIRA*

1. Considerações gerais. 2. É preciso organizar a cidade? 3. Em caso afirmativo, quem deve organizá-la? 4. Os atuais instrumentos jurídicos são suficientes para essa organização? 5. Condições de eficácia da lei proposta; providências indispensáveis a serem implantadas coetaneamente. 6. Indispensável suprimento de grave lacuna do projeto de lei.

1. *Considerações gerais*

Está em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de lei n.º 775, de 1983, da iniciativa do Poder Executivo, remetido ao Congresso Nacional pela Mensagem n.º 155/83.

A proposição legislativa dispõe sobre os objetivos e a promoção do desenvolvimento urbano e dá outras providências.

A medida é relevante, por isso que representa a primeira tentativa de disciplinar sistematicamente a cidade nos três níveis de interesse — o federal, o estadual e o municipal — sem esquecer a realidade metropolitana, cuja presença é inegável, e precisa ser enfrentada, apesar dos propalados fracassos com a experiência inicial consubstanciada na implantação das Regiões Metropolitanas.

É fundamental que a opinião pública se conscientize da importância da matéria que se contém no referido projeto de lei, e o assunto seja debatido sem preconceitos ideológicos e institucionais.

Mesmo antes da remessa do projeto ao Congresso, tivemos a oportunidade de fazer palestras, participar de painéis e ciclos de conferências sobre o assunto,

* Professor titular de direito civil da Faculdade de Direito da UERJ.

mas sempre na base de textos que chegaram informalmente ao conhecimento da opinião pública.

Na II Conferência dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro, realizada em Petrópolis, de 10 a 13 de março de 1982, apresentamos uma análise do anteprojeto de lei sobre desenvolvimento urbano, elaborado em versão preliminar, em 30.11.81, pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano (CNDU), publicado oficiosamente pelo *Jornal da Tarde,* de São Paulo, de 27.1.82.

Versão anterior já tinha vindo a público, também sem cunho oficial, ao tempo do extinto Conselho Nacional de Regiões Metropolitanas e Política Urbana (CNPU), estampado o texto no mesmo *Jornal da Tarde,* de São Paulo, de 24.5.77.

Na aludida Conferência de Petrópolis, uma das conclusões aprovadas foi a de que se requeresse "a publicação oficial do texto do recente anteprojeto do CNDU, com prazo razoável assinado para o encaminhamento de sugestões".[1]

A realidade, portanto, é que as autoridades não reputaram necessária a publicação do anteprojeto para recebimento de sugestões, vindo a ser a matéria afinal enviada ao Congresso através da dita Mensagem n.º 155/83, que se transformou no referido Projeto de lei n.º 775, de 1983.

Em 30 de agosto de 1983, tivemos a honra de, em nome do Instituto dos Advogados Brasileiros, prestar longo depoimento na Subcomissão de Regiões Metropolitanas, da Comissão de Interior da Câmara dos Deputados, sobre o aludido projeto de lei.

Na ocasião, esclarecemos aos parlamentares que, embora nos coubesse representar o Instituto naquela sessão, as considerações expendidas não significavam o pensamento daquela Casa sobre o assunto, simplesmente porque ela ainda sobre ele não se detivera, consubstanciando o depoimento prestado o resultado das nossas reflexões pessoais em torno do tema.

Alguns dias após, em sessão do Instituto dos Advogados Brasileiros, realizada em 28.9.83, transmitimos aos membros da Casa uma síntese do depoimento que havíamos prestado na Câmara dos Deputados.

O presente trabalho nada mais é que uma reprodução cursiva do mencionado depoimento, que fora feito mediante consulta a algumas notas, com alguns adminículos e complementos.

2. *É preciso organizar a cidade?*

Não pode haver a menor dúvida de que a resposta à pergunta imaginada só pode ser afirmativa.

Estatísticas de todos conhecidas revelam o excessivo crescimento da população urbana e o assentamento desordenado do solo.

[1] Essa análise do anteprojeto está publicada na *Revista de Direito Administrativo, 148*:261-74.

Às intensas concentrações urbanas corresponde, em contrapartida, progressiva rarefação da população rural, agravada a partir da década de 50.

Em 1995, 160 milhões de brasileiros estarão habitando nas cidades.

Nos próximos 20 anos, a sociedade brasileira terá a necessidade de abrigar mais 80 milhões de habitantes, exigindo da economia nacional um investimento em habitação de infra-estrutura equivalente ao custo de construção de 70 cidades com as dimensões de Brasília.[2]

Segundo as projeções oficiais, São Paulo, no ano 2000, será um imenso aglomerado urbano com 23,5 milhões de habitantes. As Regiões Metropolitanas de Belém, Fortaleza, Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo, Curitiba e Porto Alegre, nos anos 50 do próximo milênio, terão dado um salto inaudito em termos de crescimento demográfico, reunindo 63 milhões de pessoas, mais de 30% da população estimada do país no ano 2000.

Ao lado do aspecto quantitativo, há de ser considerado o aspecto qualitativo: *A concentração urbana vai crescendo intensamente, e o assentamento humano nas cidades se faz de maneira desordenada e iníqua.*

O assentamento se faz sob o domínio do fenômeno da *segregação residencial,* em que às famílias carentes e de baixa renda são destinadas as periferias do espaço urbano, recebendo as áreas de rendimento mais alto a concentração de maiores benefícios líquidos das ações do Estado.[3]

Acrescenta-se a essa iniqüidade, como relação de causa e efeito, o fato geral de que o assentamento humano realizado iníqua e desordenadamente gera a deficiência do equipamento urbano, a sub-habitação, a poluição, a criminalidade, o vício, a debilitação da família já entorpecida pela droga pesada e pela crise de afetividade, gera, enfim, a instabilidade social, a violência institucionalizada, com todo o seu séquito de problemas, que seguramente encontrariam parcela de solução se adotada uma política de controle do uso do solo urbano e a implementação de uma política de assentamento racional e justo do homem na cidade.

Parece não existir dúvida de que é preciso organizar a cidade.

3. *Em caso afirmativo, quem deve organizá-la?*

A questão aqui não se põe no plano do direito positivo constitucional, *de lege lata,* para saber se a União Federal tem competência para editar normas sobre desenvolvimento urbano, ou se a disciplina do uso do solo urbano é matéria

[2] Apud Relatório anual do BNH — 1981. p. 12.

[3] Vetter e Massena. Quem se apropria dos benefícios líquidos dos investimentos do Estado em infra-estrutura urbana? Uma teoria da causação circular. In: *Solo urbano, tópicos sobre o uso da terra.* Rio de Janeiro, Zahar, 1981. p. 49.

de vocação nimiamente local, imbricada exclusivamente com o peculiar interesse municipal.

Esse ponto, enfocado concretamente o projeto de lei, foi objeto de disceptação entre juristas de escol, os eminentes Miguel Reale, Hely Lopes Meirelles, Caio Mário da Silva Pereira, Raul Machado Horta e Oswaldo Trigueiro, os dois primeiros opinando pela constitucionalidade da proposição, os demais averbando o projeto de visceralmente atentatório à Constituição da República.

O tema é aqui aflorado à luz da conveniência de uma melhor política legislativa a ser adotada, embora *de lege lata* nos inclinemos pela posição daqueles dois eminentes juristas inicialmente citados, sobretudo a de Miguel Reale, quando, no parecer que acompanhou a mensagem presidencial, assevera, em defesa da competência federal:

"Emerge, desse modo, do bojo da legislação pátria, um *sistema nacional de normas* que torna o *desenvolvimento urbano* uma das expressões, e das mais relevantes, daquela ampla competência que, no art. 8.º, V, da Constituição, se enuncia como sendo a de
'planejar e promover o desenvolvimento e a segurança nacional', complementada, no item XIV do mesmo artigo, com expressa referência
'planos regionais de desenvolvimento'."

Para uma decisão sobre a matéria, parece relevante atentar para o fato de que a realidade indica a existência de *aglomerações urbanas supramunicipais.*

Acusam os planejadores urbanos a breve formação de uma megalópole Rio—São Paulo (já denominada *Ripaulo),* cujos contornos já estão traçados, que viverá em condições absolutamente imprevisíveis, com problemas de demanda de infra-estrutura, de comportamento individual e coletivo inteiramente inimagináveis, gerando uma aglomeração concentrada de não se sabe quantos milhões de habitantes.[4]

A Região Metropolitana do Rio de Janeiro, com mais de 9 milhões de habitantes, em uma área de 6.649 km², compreende *quatorze municípios*: Duque de Caxias, Itaboraí, Itaguaí, Magé, Mangaratiba, Maricá, Nilópolis, Niterói, Nova Iguaçu, Paracambi, Petrópolis, São Gonçalo e São João de Meriti, além do Município do Rio de Janeiro.

À exceção de Itaboraí, nos demais, a imensa maioria da população é urbana, tendo-se fixado nas sedes municipais.

Em alguns casos, como Duque de Caxias, Nova Iguaçu, São João de Meriti e Nilópolis, *suas áreas urbanas se colocam praticamente como uma extensão*

[4] Apud *Seminário de Desenvolvimento Urbano — aspectos econômicos.* Núcleo de Estudos e Pesquisas Sociais (Nepes) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1979. v. 1, p. 44 (intervenção do economista Hamilton Tolosa).

da zona norte do Rio, da mesma forma como acontece a Niterói e São Gonçalo, embora separados pela Baía de Guanabara.

Prevê-se que, dentro de pouco tempo, ocorrerá a integração de Itaboraí, Magé, Itaguaí e Maricá no aglomerado urbano do Grande Rio.

Quanto a Belo Horizonte, a população de sua Região Metropolitana incorpora os municípios de Betim, Caeté, Contagem, Pedro Leopoldo, Raposos, Ribeirão das Neves, Rio Acima, Sabará, Santa Luzia e Vespasiano, alcançando essa população a cifra de 2,5 milhões de pessoas.

Anotam os técnicos que esse quadro é uma decorrência da segregação espacial, resultado de um processo de apropriação da terra urbana para acumulação de capital, fazendo com que as populações de menor poder aquisitivo sejam constantemente expulsas para a periferia, enquanto persiste, no núcleo, grande número de lotes vagos — objeto de *banking* para fins de especulação imobiliária, acarretando tudo isso custos muito altos de transportes e um alongamento das linhas de serviços públicos, com um encarecimento geral do funcionamento das cidades e um empobrecimento maior das populações carentes.

Na capital mineira, a ociosidade da terra urbana chega a 80%.[5]

Basta considerar esses fatos para ver que o problema do controle do uso do solo urbano não se esgota no *Peculiar interesse municipal.* Extrapola o âmbito do interesse comunal, e alcança o *interesse metropolitano,* bem como o *interesse federal.*

Não pode haver a menor dúvida quanto a ser *conveniente a inclusão, em texto constitucional federal, de disposição expressa outorgando à União Federal competência para a edição de normas gerais de desenvolvimento urbano, reservando-se aos estados-membros competência concorrente na matéria, sem prejuízo da competência municipal como expressão natural da cláusula do peculiar interesse.*

O reconhecimento dessa conveniência não significa negar a tese de que a competência federal já existe com base na teoria dos poderes federais implícitos. Trata-se, tão-somente, de explicitar o implícito.

Ter-se-ia a competência expressa da União Federal para fixar as normas gerais do desenvolvimento urbano, prevista igualmente a competência concorrente estadual (sendo certo que aglomerações metropolitanas poderão exceder o interesse de um só estado-membro), sempre preservada a competência municipal no nível do peculiar interesse local.

A providência não deixaria de ser uma renovação do que se pretendia através da Proposta de Emenda à Constituição n.º 19, de 1977, de autoria do Deputado Nélson Marchesan, iniciativa que terminou por não vingar.

[5] Apud *Interior,* revista bimestral do Ministério do Interior, (51): 13-4, jul./ago. 1983.

4. *Os atuais instrumentos jurídicos são suficientes para essa organização?*

O Código Civil brasileiro, cujo anteprojeto em sua elaboração remonta a fins do século XIX, tendo sido aprovado em 1916, para vigorar em 1.º de janeiro de 1917, reflete a realidade de um Brasil rural, não contemplando a cidade como entidade específica, ignorando, portanto, a *propriedade urbana* com as suas peculiaridades.

A legislação extravagante igualmente não normatizou a nova realidade.

Os institutos existentes, no plano do direito material federal, são, portanto, insuficientes, não permitindo a concepção de um direito de propriedade mais plástico e flexível, mais rico em suas possibilidades de desdobramento e decomposição em seus direitos elementares, de forma inclusive a adequá-lo à função social que deve permear a titularidade.

Há, por conseguinte, a necessidade de novos instrumentos, estando eles presentes no Projeto de lei n.º 775/83.

São eles os seguintes: a) *solo criado,* que, embora sem ser referido como tal, tem os seus contornos fixados nos arts. 7.º, 10 e 11 do projeto; b) *parcelamento, edificação ou utilização compulsórios,* previstos nos arts. 29, 30 e 31 do projeto; c) *direito de preempção,* contemplado nos arts. 32/36 do projeto; d) *direito de superfície,* regulado nos arts. 21/28 do projeto.

Ponham-se em tela cada um desses novos institutos.

4.1 Solo criado

Em sentido genérico, pode-se definir *solo criado* como sendo a criação de áreas adicionais de piso utilizável não apoiadas diretamente sobre o solo.

É a criação de piso artificial.

A idéia do solo criado pressupõe a adoção de um coeficiente único de aproveitamento do solo. É, partindo-se dessa idéia, que se pode chegar a uma concepção de solo criado *strictu sensu,* quando se terá que solo criado é o excesso de construção (piso utilizável) superior ao limite estabelecido em função do coeficiente único de aproveitamento.

A noção é relevante, por isso que todo aproveitamento de terreno, no subsolo ou no espaço aéreo, envolvendo criação de solo, desde que consentida pela lei de uso do solo, implicará por parte do beneficiário na obrigação de dar à comunidade uma contraprestação pelo excesso de utilização, que geralmente implica sobrecarga sobre o equipamento urbano.

Essa contraprestação a ser feita pelo beneficiário do solo criado deverá preferencialmente ser consubstanciada na cessão à comunidade de área proporcional ao excesso praticado (para criação de áreas verdes, implantação de equi-

pamentos comunitários, praças, escolas, parques etc.), sendo que, apenas na impossibilidade dessa cessão, é que dita contraprestação poderá significar uma compensação financeira vertida à municipalidade.

O beneficiário poderá, ainda, haver o direito de construir ensejador do solo criado de qualquer particular que tenha direito de construir cedível, como, por exemplo, do dono de um imóvel tombado, cujo aproveitamento do lote esteja aquém do coeficiente local.

A questão do solo criado foi debatida em três seminários realizados em São Sebastião, São Paulo e Embu, respectivamente em 25/26 de junho de 1976, 28/29 de junho de 1976 e em 11/12 de dezembro de 1976, sob o patrocínio da Fundação Faria Lima, Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal.

A Carta de Embu, datada de 11 de dezembro de 1976, subscrita, entre outros, pelo eminente jurista Miguel Seabra Fagundes, está vasada, nos seus considerandos e conclusões, da seguinte forma:

"Considerando que, no território de uma cidade, certos locais são mais favoráveis à implantação de diferentes tipos de atividades urbanas;

Considerando que a competição por esses locais tende a elevar o preço dos terrenos e a aumentar a densidade das áreas construídas;

Considerando que a moderna tecnologia da construção civil permite intensificar a utilização dos terrenos, multiplicando o número de pavimentos pela ocupação do espaço aéreo ou do subsolo;

Considerando que esta intensificação sobrecarrega toda a infra-estrutura urbana, a saber, a capacidade das vias, das redes de água, esgoto e energia elétrica, bem assim a dos equipamentos sociais, tais como, escolas, áreas verdes etc.;

Considerando que essa tecnologia vem ao encontro dos desejos de multiplicar a utilização dos locais de maior demanda, e, por assim dizer, permite a criação de solo novo, ou seja, de áreas adicionais utilizáveis, não apoiadas diretamente sobre solo natural;

Considerando que a legislação de uso do solo procura limitar este adensamento, diferenciadamente para cada zona, no interesse da comunidade;

Considerando que um dos efeitos colaterais dessa legislação é o de valorizar diferentemente os imóveis, em conseqüência de sua capacidade legal de comportar área edificada, gerando situações de injustiça;

Considerando que o direito de propriedade, assegurado na Constituição, é condicionado pelo princípio da função social da propriedade, não devendo, assim, exceder determinada extensão de uso e disposição, cujo volume é definido segundo a relevância do interesse social;

Admite-se que, assim como o loteador é obrigado a entregar ao poder público áreas destinadas ao sistema viário, equipamentos públicos e lazer, igual-

mente, o criador de solo deverá oferecer à coletividade as compensações necessárias ao reequilíbrio urbano reclamado pela criação do solo adicional, e

Conclui-se que:

1. É constitucional a fixação, pelo município, de um coefiicente único de edificação para todos os terrenos urbanos.

1.1 A fixação desse coeficiente não interfere com a competência municipal para estabelecer índices diversos de utilização dos terrenos, tal como já se faz, mediante legislação de zoneamento.

1.2 Toda edificação acima do coeficiente único é considerada solo criado, quer envolva ocupação de espaço aéreo, quer a de subsolo.

2. É constitucional exigir, na forma da lei municipal, como condição de criação de solo, que o interessado entregue ao poder público áreas proporcionais ao solo criado; quando impossível a oferta destas áreas, por inexistentes ou por não atenderem às condições legais para tanto requeridas, é admissível sua substituição pelo equivalente econômico.

2.1 O proprietário de imóvel sujeito a limitações administrativas, que impeçam a plena utilização do coeficiente único de edificação, poderá alienar a parcela não-utilizável do direito de construir.

2.2 No caso de imóvel tombado, o proprietário poderá alienar o direito de construir correspondente à área edificada ou ao coeficiente único de edificação.

A Fundação Faria Lima chegou a elaborar um anteprojeto para instituição do solo criado, concebido nos seguintes termos:

"Art. O proprietário do imóvel urbano, inclusive o poder público, tem o direito de construir em seu terreno, no máximo, área equivalente à do lote.

Art. O proprietário de imóvel urbano situado em zonas definidas em lei municipal poderá transferir, gratuita ou onerosamente, o seu direito de construir, no limite definido no artigo anterior, para outro imóvel localizado no mesmo município.

§ 1.° O adquirente do direito transferido nos termos deste artigo poderá incorporá-lo ao imóvel de sua propriedade quando este esteja situado em zona urbana, em relação à qual a legislação municipal de uso e ocupação do solo permita a construção em área superior ao coeficiente de aproveitamento 1 (um).

§ 2.° O município só poderá transferir o direito de construir sobre áreas disponíveis de seu domínio até o limite estabelecido no artigo anterior.

§ 3.° As transferências do direito de construir, definidas neste artigo, serão formalizadas por escritura pública e inscrição no registro imobiliário de ambos os imóveis, cedente e cessionário, inclusive na hipótese de aquisição do poder público.

§ 4.° A transferência do direito de construir, por parte do poder público, será sempre onerosa, no valor de mercado.

§ 5.° A União e o estado poderão transferir o direito de construir de imóveis de sua propriedade, inclusive de parques e reservas urbanas, obedecidas as disposições constantes dos artigos anteriores.

§ 6.° No caso de imóvel tombado pelo poder público, o proprietário sempre poderá alienar o direito de construir correspondente a uma vez a área de seu terreno (Apud Maria Magnólia Lima Guerra, in *Aspectos Jurídicos do Uso do Solo Urbano,* Fortaleza, 1981, p. 86, nota 65)."

Projeto de lei tendo por objeto o Plano de Desenvolvimento Integrado do Município de São Bernardo do Campo, nos seus arts. 21 e 30, contemplava o solo criado, mas com uma versão financeira, caracterizado como instrumento de captação de recursos para um "Fundo de Áreas Verdes".

A aludida proposição do município de São Bernardo estava formulada nos seguintes termos: o art. 21 instituía um "Fundo de Áreas Verdes", com o objetivo de adquirir terrenos destinados à implantação do "Sistema de Áreas Verdes do Município", visando dotar a coletividade com o mínimo de 9 m² (nove metros quadrados) de área verde pública por habitante, na zona urbanizada.

Entre os recursos destinados ao fundo se prevêem importâncias correspondentes a licenças de construção excedentes do "coeficiente de aproveitamento", da seguinte forma:

"Art. 30. O coeficiente de aproveitamento, na zona urbana do município, será igual a 1 (um), no máximo.

Parágrafo único. Objetivando o adensamento de determinadas áreas, poderá ser permitido exceder o coeficiente máximo fixado neste artigo, até os limites estabelecidos no anexo 2, desde que o interessado recolha aos cofres municipais, por metro quadrado de área construída além do coeficiente 1 (um), a importância equivalente a 50% (cinqüenta por cento) do valor de lançamento fiscal do metro quadrado do terreno objeto da construção, calculada mediante aplicação da fórmula que vai indicada."

Essa configuração do solo criado corresponde à que está consagrada no Código de Urbanismo francês, conforme modificação procedida em 1975:

"L.112-1. (L. n.° 75-1328 du 31 déc. 1975) Le droit de construire est attaché à la proprieté du sol. Il s'exerce dans le respect des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'utilisation du sol.

Le rapport entre la surface de plancher d'une construction et la surface de terrain sur laquelle cette construction est ou doit être implantée définit la densité de construction.

Une densité égale a 1 constitui la limite légale de densité. Pour la ville de Paris, ce chiffre est fixé à 1,5.

Au-delà de cette limite, appelée 'plafond légal de densité', l'éxercice du droit de construire relève de la collectivité dans les condictions fixées para les dispositions du présent chapitre.

L.112-2 (L. n.º 75-1328 du 31 déc. 1975) L'édification d'une construction d'une densité excédant le plafond légal est subordonnée au versement par le béneficiaire de l'autorisation de construire d'une somme égale à la valeur du terrain dont l'acquisition serait nécessaire pour que la densité de la construction n'éxcede pas ce plafond.

L'attribution, expresse ou tacite, du permis de construire entraîne pour le benéficiaire de l'autorisation de construire l'obrigation d'effectuer ce versement."

Em 1982, o urbanista Jayme Lerner, então prefeito de Curitiba, enviou à Câmara Municipal projeto de lei criando o "incentivo construtivo para a preservação de imóveis de valor histórico na cidade". Esse "incentivo construtivo" daria ao proprietário do imóvel a ser preservado um "haver imobiliário", equivalente ao gabarito e extensão do seu terreno. Segundo noticiado, ele poderia usar esse "haver" em benefício próprio em outro lugar do município, ou vender esse direito a qualquer interessado.[6]

O anteprojeto de lei de desenvolvimento urbano, em uma de suas versões primitivas — versão 1977, formualada pela então Comissão Nacional de Regiões Metropolitanas e Política Urbana (CNPU) — antecessora do atual Conselho Nacional do Desenvolvimento Urbano (CNDU) — contemplava o solo criado, em sua versão financeira, do seguinte modo:

"Art. 50. O proprietário tem o direito de construir em seu terreno, no máximo, área equivalente à do lote.

§ 1.º No solo urbano em que houver conveniência de maior adensamento populacional, lei municipal de uso e ocupação do solo poderá permitir a construção de área excedente à prevista neste artigo, mediante licença especial da prefeitura.

§ 2.º A licença especial prevista neste artigo será sempre remunerada, atendidas as disposições desta lei e as normas estaduais pertinentes.

§ 3.º A remuneração da licença especial, por unidade-área excedente a ser construída, será proporcional ao valor da mesma unidade do respectivo terreno no mercado imobiliário.

§ 4.º A remuneração da licença especial, para construção de área excedente, até duas vezes à do lote, pertencerá integralmente ao município, sendo o res-

[6] Apud *Jornal do Brasil*, 29 de julho de 1982, 1º cad., p. 6.

tante destinado ao "Fundo Estadual de Desenvolvimento Urbano", instituído e regulamentado por legislação própria de cada estado.

§ 5.º A licença especial, uma vez quitada, é transferível, juntamente com o terreno, por escritura pública e inscrição no Registro Imobiliário competente.

§ 6.º O município não poderá expedir licença especial para construção de área excedente à do lote enquanto não tiver lei municipal regulando o uso e a ocupação do solo urbano, sob pena de nulidade, conforme o previsto no art. 54."

Na formulação atual, que se encontra em apreciação na Câmara dos Deputados (Projeto n.º 775, de 1983), o instituto do solo criado, embora sem a sistemática desejável, está presente.

Da consulta aos arts. 10 e 11, bem como aos arts. 6.º e 7.º, do projeto ora analisado, se verifica que ali estão propostos os elementos essenciais e suficientes para a configuração do solo criado: *coeficiente de aproveitamento* e *possibilidade jurídica da transferência do direito de construir.*

Senão vejamos:

"Art. 10. Lei municipal poderá autorizar o proprietário de terreno, considerado pelo poder público como de interesse do patrimônio histórico, artístico, arqueológico e paisagístico, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto na legislação de uso do solo do município e ainda não utilizado.

Parágrafo único. A mesma faculdade poderá ser concedida ao proprietário que doar ao poder público seu imóvel, ou parte dele, para fins de implantação de equipamentos urbanos ou comunitários.

Art. 11. A lei municipal referida no artigo anterior estabelecerá os locais e as condições em que será possível a transferência dos direitos de construir.

§ 1.º A prefeitura fornecerá certidão na qual constará o montante das áreas construíveis que poderá ser transferido a outro imóvel, por inteiro ou fracionadamente.

§ 2.º A certidão referida no parágrafo anterior, bem como a escritura de transferência dos direitos de construir do imóvel para outro serão averbadas nas respectivas matrículas."

Aí estão as disposições relativas à transferência do direito de construir.

No tocante à previsão dos índices de aproveitamento e taxas de ocupação do lote, as regras propostas são as seguintes:

"Art. 6.º Lei municipal definirá o tipo de uso, a taxa de ocupação e o índice de aproveitamento do terreno.

§ 1.º A lei prevista neste artigo deverá atender às diretrizes fixadas em plano de uso do solo urbano, aprovado pelo município.

§ 2.º Enquanto o município não aprovar a lei prevista neste artigo, o índice de aproveitamento máximo será de uma vez a área do terreno.

Art. 7.º A construção será averbada no Registro de Imóveis, mediante documento de aprovação da Prefeitura Municipal no qual conste a taxa de ocupação do terreno e o respectivo índice de aproveitamento ou área total de construção, previsto na lei municipal, e efetivamente utilizados.

§ 1.º Fica vedado o desmembramento do terreno desde que a parte a ser desmembrada esteja vinculada a construção existente.

§ 2.º A parte do terreno não vinculada a construção existente pode ser desmembrada, desde que, por si só, ou reunida a outra de terreno contíguo, venha a constituir lote autônomo, de acordo com a legislação urbanística municipal."

Como se verifica, estão nitidamente traçados no projeto os contornos do instituto do solo criado, ressentindo-se a proposição de uma formulação sistemática em que o instituto se desenhasse mais claramente e ficasse definida a sua natureza jurídica, como a de um verdadeiro novo direito real, oponível *erga omnes* e ambulando com o lote beneficiário.

Que o instituto está preconizado com aplicação que excede o campo dos imóveis tombados, a circunstância resulta evidente da disposição que se contém no parágrafo único do art. 10, transcrita, abrindo desenganadamente os horizontes para uma aplicação mais ampla do solo criado, fora da área restrita dos imóveis tombados.

Embora um tanto sofisticado, exigindo uma estrutura registrária bastante aperfeiçoada e um nível de compreensão apurado das comunidades e seus dirigentes, o solo criado afigura-se-nos como instrumento útil, forma de controle do adensamento das construções, da utilização desordenada dos lotes sem atenção aos equipamentos urbanos existentes no local, e, finalmente, como meio razoável de volta de áreas ao poder público (no caso do solo criado, sob a modalidade não-financeira), inclusive para o estabelecimento de áreas verdes e implantação de equipamentos comunitários.

4.2 Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios

São institutos que estão contemplados nos arts. 29 a 31 do projeto, da seguinte forma:

"Art. 29. Lei municipal, baseada em plano de uso do solo, para assegurar o aproveitamento do equipamento urbano existente, poderá determinar o par-

celamento, a edificação ou utilização compulsórios de terreno vago, fixando as áreas, condições e prazos para sua execução.

§ 1.º O prazo para início do parcelamento, da edificação ou da utilização não poderá ser inferior a 2 (dois) anos, a contar da notificação ao proprietário.

§ 2.º O proprietário será notificado pela prefeitura para o cumprimento da obrigação, devendo a notificação ser averbada no Registro de Imóveis.

Art. 30. A alienação do imóvel, posterior à data da notificação, não interrompe o prazo fixado para o parcelamento, a edificação ou a utilização.

Art. 31. O não cumprimento da obrigação de parcelar, edificar ou utilizar possibilitará ao município a desapropriação do terreno, facultando-se sua alienação a terceiro que se comprometa a cumprir a obrigação estabelecida."

Trata-se da criação de novas modalidades de obrigação *propter rem,* obrigação *ob rem,* também chamada obrigação ambulatória.

Não será preciso lembrar que existem obrigações que não resultam de uma avença entre pessoas, podendo o vínculo decorrer do fato de ser alguém titular de um direito real. O titular desse direito real pode mudar, mas a obrigação acompanha a coisa. A titularidade do direito real define o sujeito passivo da obrigação. Por força dessa razão, esse tipo de obrigação se denomina *ambulatória, propter rem,* ou também *obrigação real.*

É o caso do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios agora alvitrados.

É uma obrigação de fazer (parcelar, edificar ou utilizar) que, nos termos da lei municipal baseada em plano de uso do solo, acede ao lote ou à gleba, criando para o seu titular o dever jurídico da prestação de um daqueles fatos.

Repita-se que a situação não decorre da discrição, muito menos do arbítrio, do administrador municipal, mas da vontade comunitária expressa através de uma *lei municipal, baseada em plano de uso do solo.*

É uma limitação administrativa, a exemplo de tantas outras já existentes.

Nessa nova configuração, a propriedade, como decorrência da sua função social, deixa de ter o *não-uso* no leque das suas faculdades.

Não é do interesse social, naquelas condições, a propriedade ociosa, que, se mantida como tal, deixa de exercer a sua função social.

Redefine-se a propriedade urbanística para evitar o *banking,* a conservação de lotes vazios à espera da implantação dos equipamentos urbanos financiados com os recursos de todos, implantação que provoca a valorização dos lotes retidos à custa da coletividade.

Quanto à necessidade da criação de instrumentos destinados a evitar a retenção especulativa de glebas e lotes, será suficiente, como simples amostragem, lembrar que:

a) na Região Metropolitana de Belo Horizonte, em 1975, o município de Contagem tinha 67% dos lotes desocupados, e o município de Betim, 80%;

b) em 1978, a entidade metropolitana do Rio de Janeiro estimou em 900 mil o número de lotes vagos na região;

c) em São Paulo, 45% da área edificável estão ociosos, sendo 76% na periferia, 48% na área intermediária e 13% na área central (dados transmitidos no Seminário da Escola Nacional de Habitação e Poupança — EN-HAP, em "A Humanização das cidades", de Álvaro Pessoa).

Quanto ao texto do projeto, seria interessante que se restabelecesse norma que constava da versão do CNDU, publicada no *Jornal da Tarde,* de 27.1.82, onde se dizia que a notificação do proprietário produziria os mesmos efeitos da declaração de utilidade pública, para os fins de desapropriação (art. 35, § 1.º, da dita versão de 1982).

Seria talvez conveniente que se reduzisse para um ano o prazo a que alude o art. 29, § 1.º, do projeto. Esse era o prazo assinado, como mínimo, na versão de 1982, e parece mais próprio para a celeridade com que tudo se passa na vida contemporânea.

Hoje, no direito brasileiro, já se distingue, com razoável precisão, o *loteamento* do *desmembramento.*

Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes (art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979; ver também art. 1.º, § 1.º, do Decreto-lei n.º 271, de 28 de fevereiro de 1967).

Considera-se desmembramento a subdivisão de glebas em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique a abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes (art. 2.º, § 2.º, da Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979; ver também art. 1.º, § 2.º, do Decreto-lei n.º 271, de 28 de fevereiro de 1967).

Infere-se da sistemática da mencionada Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que o *loteamento* e o *desmembramento* são espécies do gênero *parcelamento.*

Conseqüentemente, não há margem para dúvidas quanto ao fato de que, quando o projeto alude a *parcelamento compulsório,* está colocando dentro do seu âmbito de aplicação o *desmembramento compulsório* e o *loteamento compulsório.*

Vale assinalar que, nesse passo, a solução do projeto confere à providência uma extensão maior no seu campo de aplicação, já que estende a compulso-

riedade ao parcelamento e outras utilizações do solo urbano, não se limitando à edificação.

A Lei do Solo espanhola, por exemplo, cuida apenas da "edificación forzosa", estabelecendo no art. 154, n.º 1, que: "El propietario de solares, según el artículo 82, deberá emprender la edificación dentro del plazo fijado en el Plan o Programa de Actuación Urbanística."

Dúvida não pode existir quanto ao fato de que o parcelamento, a edificação e a utilização compulsórios poderão constituir instrumentos úteis no evitar a retenção especulativa de glebas e lotes e na implementação de uma política de eliminação dos terrenos abusivamente vagos.

4.3 Direito de preempção

Consiste na preferência que o município passaria a ter na aquisição de imóvel urbano objeto de transação entre particulares.

O instituto vai previsto nos arts. 32 a 36 do projeto:

"Art. 32. O direito de preempção confere ao município preferência para aquisição de terreno urbano objeto de alienação onerosa entre particulares.

Parágrafo único. Lei municipal, baseada em plano de uso do solo, delimitará as áreas em que incidirá o direito de preempção e fixará o prazo de vigência que não será superior a 10 (dez) anos.

Art. 33. O direito de preempção será exercido para atender às seguintes finalidades:

I — realização de programas habitacionais;
II — criação de áreas públicas de lazer;
III — implantação de equipamentos urbanos e comunitários;
IV — constituição de reserva fundiária;
V — ordenação e direcionamento da expansão urbana;
VI — constituição de áreas de preservação ecológica ou paisagística;
VII — outras finalidades de interesse social ou de utilidade pública.

Art. 34. O proprietário deverá notificar sua intenção de alienar o terreno, mencionando o preço desejado para que o município manifeste sua opção de compra, no prazo de 30 (trinta) dias. Transcorrido esse prazo, sem manifestação, entende-se estar o município desinteressado da aquisição, podendo o proprietário realizar livremente a alienação.

§ 1.º Caso o município discorde do preço constante da notificação e não entre em composição amigável com o alienante, poderá requerer o arbitramento judicial na forma da lei civil.

§ 2.º Realizado o arbitramento judicial, a parte que não concordar com o preço poderá desistir do negócio, responsabilizando-se o município pelo pagamento das custas.

§ 3.º Se a desistência for do proprietário, este somente poderá realizar a alienação de acordo com o preço arbitrado judicialmente, monetariamente corrigido, no prazo de um ano.

Art. 35. No arbitramento do preço não será considerada a valorização decorrente de investimentos públicos na área, após a data de publicação da lei a que se refere o parágrafo do art. 32.

Art. 36. A alienação efetuada em desacordo com os preceitos deste capítulo é nula de pleno direito."

A aplicação do instituto tem como pressuposto inafastável a existência de lei municipal baseada em plano de uso do solo, a exemplo do que sucede com o parcelamento, a edificação e a utilização compulsórios.

Assim sendo, seu exercício não fica ao sabor da vontade unipessoal do administrador local, mas é resultado da vontade comunitária expressa na deliberação legislativa, vinculada esta última à existência de um plano de uso do solo. Dessa forma dificultam-se os abusos de poder, as distorções do ato administrativo em sua finalidade.

Apesar da faculdade de o poder público provocar o incidente do arbitramento judicial, o instituto não chega a descaracterizar-se como preempção.

Ora, a preempção, prelação ou preferência — como limitação ao direito de propriedade — não constitui novidade no direito brasileiro:

"a) existe no art. 1.139 do Código Civil brasileiro, por força do qual "não pode o condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranho, se o requerer no prazo de seis meses";
b) existe no caso de venda, promessa de venda do imóvel locado, ou de cessão de direitos a ele relativos, tanto na locação residencial, como na locação comercial (arts. 24 e 25, da Lei n.º 6.649, de 16 de maio de 1979).

Se existe a preempção no direito privado, por que repudiá-la no direito público, instituída e praticada em nome do interesse da comunidade?

Aliás, a preempção já existe no direito público, valendo como exemplo o art. 22, e §§, do Decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

Esse decreto-lei assim dispõe:

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

§ 1.º 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 30 dias, sob pena de perdê-lo.

§ 2.º É nula a 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 20% 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 30 dias.

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

§ 4.º 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.

§ 5.º Aos titulares do direito de preferência assistirá o direito de remissão *(sic)*, se dele 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.

§ 6.º O direito de remissão (*sic*) 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 assintaura 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 a adjudicante for qualquer dos titulares do direito de preferência."

A formulação do direito de preempção constante do projeto remetido ao Congresso Nacional, com a Mensagem do Presidente da República, é bem melhor que a existente na versão publicada em 1982, já referida.

Na versão de 1982 não se definia em que nível de poder a preferência seria exercida (União, estado ou município), e estranhamente se estabelecia a preferência também em alienações gratuitas (art. 43, § 2.º).

Todavia, o instituto do direito de preempção está a merecer atenção especial, sendo talvez aquele que exija maior aperfeiçoamento.

Não há dúvida de que o incidente do arbitramento judicial poderá representar sensível dificuldade na circulação da propriedade imobiliária, sabendo-se sobretudo da morosidade da prestação dos serviços judiciais.

É preciso agilizar o instituto, evitando se possível o arbitramento judicial, pela demora inevitável do procedimento, sendo certo que a propriedade cadastrada

para fins urbanísticos é uma meta ainda inatingível para a totalidade dos municípios brasileiros.

Talvez, realisticamente, fosse de adotar-se *mutatis mutandi* o texto do Decreto-lei n.º 25/37, relativo ao direito de preferência dos imóveis tombados, regulando-se, inclusive, a prelação nas vendas judiciais, matéria que ficou esquecida no projeto ora analisado.

A manter o arbitramento judicial, será preciso aperfeiçoar a enunciação do art. 34, § 3.º, quando se trata da desistência do proprietário em face do resultado do arbitramento, e será preciso definir as conseqüências no caso de, nessas circunstâncias, ser o município o desistente, ponto em que o projeto é omisso.

Desistindo o município, diante do resultado do arbitramento judicial, fica o proprietário livre para vender o imóvel nas condições constantes da notificação? E a influência nessas condições do tempo decorrido entre a data da notificação e a conclusão do arbitramento?

Devidamente aperfeiçoado, o direito de preempção poderá ser um instrumento urbanístico útil e valioso.

Em área já definida por lei municipal, de acordo com o plano de uso do solo, e durante o prazo também legalmente fixado, o município poderá adquirir desde logo imóveis cuja aquisição futura será inevitavelmente mais onerosa, em decorrência da efetiva implantação, na área, dos equipamentos urbanos programados.

4.4 Direito de superfície

No direito brasileiro, aquele que constrói ou planta em solo alheio perde necessariamente para o dono do solo qualquer possibilidade de aquisição do domínio da construção ou plantação realizada.

O dono do solo, em qualquer circunstância, por força do art. 547, do Código Civil, adquire a propriedade da construção ou plantação efetivada por outrem em seu terreno.

Não há como pactuar em contrário, pois se estará inevitavelmente criando *negocialmente* um direito real sobre a coisa alheia, o que é juridicamente impossível, por isso que os direitos reais são aqueles previstos *ministerio legis*. E só aqueles.

Para que juridicamente possa existir a construção ou a plantação de alguém sobre o solo de outrem, é indispensável que a lei contemple essa possibilidade.

É o que se pretende fazer, através dos arts. 21 a 28 do projeto ora comentado.

A proposição obedece à seguinte formulação:

"Art. 21. O proprietário urbano pode conceder a outrem o direito de construir em seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública devidamente inscrita no Registro de Imóveis.

Art. 22. A concessão do direito de superfície poderá ser gratuita ou onerosa; se onerosa, estipularão as partes a forma de pagamento.

Art. 23. O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel.

Art. 24. A superfície pode transferir-se a terceiro e, por morte do superficiário, se transmite a seus herdeiros.

Parágrafo único. Não poderá ser estipulado, a nenhum título, o pagamento de qualquer quantia pela transferência da superfície.

Art. 25. Em caso de alienação do imóvel ou da superfície, o superficiário ou o proprietário tem direito de preferência, em igualdade de condições.

Art. 26. Antes do advento do termo, resolver-se-á a superfície se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para a qual lhe foi concedida.

Art. 27. Extinta a superfície, o proprietário passará a ter o domínio pleno sobre o terreno, construção e benfeitorias, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário.

Art. 28. O direito de superfície constituído por pessoa jurídica de direito público interno rege-se por esta lei, no que não for diversamente disciplinado em lei especial."

Em outras oportunidades já tivemos ensejo de discorrer longamente sobre o direito de superfície, examinando-o na projeção histórica, no direito comparado, no plano conceptual, nos seus aspectos dinâmico e estático.

Pedimos vênia para, nessa passagem, remeter o leitor aos seguintes trabalhos de nossa autoria, em que fazemos detido estudo do direito de superfície: "O moderno direito de superfície (ensaio de uma teoria geral)";[7] "Liberdade e direito à terra. Controle do uso do solo urbano. Solo criado. Direito de superfície";[8] "Uso do solo urbano. Utilização compulsória. Direito de superfície. Usucapião especial urbano".[9]

No presente trabalho, gostaríamos de deixar registrados os resultados das nossas mais recentes reflexões sobre o direito de superfície, consubstanciando sugestões ao texto do projeto, de forma a:

a) regular o exercício do direito de preferência;

b) explicitar o destino dos direitos reais constituídos sobre o terreno e sobre a propriedade superficiária, após a extinção da relação superficiária;

[7] Tese de titularidade, publicada na *Revista da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, 35*: 1 e segs.

[8] Tese aprovada pela VIII Conferência Nacional de Advogados, realizada em Manaus, em maio de 1980, publicada na *Revista de Direito Administrativo, 143*:1.

[9] Trabalho apresentado em painel realizado na II Conferência dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro, Petrópolis, em março de 1982, publicado na *Revista de Direito Administrativo, 148*:261 e segs.

c) dar às obrigações constantes do título superficiário a natureza de obrigações *propter rem*;

d) prever a superfície no subsolo e o direito de sobrelevação (superfície em segundo grau);

e) explicitar que o não-pagamento da pensão superficiária não pode constituir causa de resolução do direito de superfície;

f) regular a extinção do direito de superfície pelo não-uso;

g) prever a possibilidade da superfície vegetal no solo urbano, bem como a superfície gerada por cisão.

Presentemente, a sugestão é de que o projeto, em matéria de direito de superfície, recebesse a seguinte formulação:

"Art. O proprietário de terreno urbano pode conceder a outrem, temporária ou perpetuamente, o direito de construir ou plantar, mediante escritura pública devidamente inscrita no Registro de Imóveis, adquirindo o concessionário a propriedade da construção ou plantação.

No caso de construção ou plantação já existentes, o proprietário do terreno pode alienar a construção, a plantação ou o solo separadamente.

Art. O direito de superfície pode recair sobre qualquer construção ou plantação suscetível de ser adquirida pelo dono do solo, por acessão.

Art. A concessão da superfície será gratuita ou onerosa. Quando onerosa, estipularão as partes se o pagamento será feito de uma só vez ou parceladamente.

Art. O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel superficiário.

Art. A superfície pode transferir-se a terceiros, e, por morte do superficiário, se transmite a seus sucessores.

§ 1.º Salvo disposição em contrário, as obrigações constantes do título superficiário são exigíveis do adquirente do direito de superfície.

Art. Não poderá ser estipulado, a nenhum título, pagamento pela transferência da superfície feito em favor do dono do solo.

Art. Em caso de venda ou dação em pagamento do solo ou da superfície, o superficiário ou o dono do solo tem direito de preferência em igualdade de condições.

§ 1.º O direito de preferência caducará quando não exercido nos dois meses subseqüentes ao dia em que o superficiário ou o dono do solo tenha sido afrontado com as condições da alienação.

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

§ 2.º Responderá por perdas e danos aquele que alienar seu direito sem observância do disposto neste artigo, obrigado solidariamente o adquirente de má-fé.

Art. Resolver-se-á a superfície se o superficiário der ao terreno destinação diversa da prevista no título superficiário, ou incorrer em infração grave constante do mesmo título.

Art. Na falta de pagamento da pensão superficiária, o concedente não tem outro direito, ainda que estipulado, senão o de haver as prestações devidas, corrigidas monetariamente pelos índices legais, e juros de mora.

Art. Extinta a superfície, o dono do solo passa a ter o domínio pleno sobre o terreno e sobre a construção ou plantação, independentemente de indenização se as partes não houverem acordado o contrário, observado o disposto adiante.

Art. A extinção do direito de superfície pelo advento do termo implica a extinção dos direitos reais incidentes sobre a coisa superficiária; quando o superficiário tenha adquirido a propriedade do solo, a este se estendem ditos direitos reais. Aquela extinção, por outro lado, implicará a extensão à coisa superficiária dos direitos reais que gravem o solo, observado o adiante disposto quanto à hipoteca.

Art. Na hipótese de extinção do direito de superfície pelo advento do termo, a hipoteca da coisa superficiária igualmente se extingue, sub-rogando-se a garantia na indenização de que trata o art. (referir o artigo supra que cuida da indenização ao superficiário quando da extinção da superfície), se houver; a hipoteca do solo não se estende à coisa superficiária.

Art. Se por outra causa se extingue a superfície, a hipoteca da coisa superficiária ou do solo continua a gravar separadamente cada um desses bens.

Art. O direito de superfície se extingue no caso de o superficiário não concluir a obra ou realizar a plantação no prazo fixado no título superficiário, ou, na falta de fixação, dentro do prazo de 5 (cinco) anos contados da constituição do direito de superfície, ou, se destruída a construção ou plantação, o superficiário não a refizer no mesmo prazo contado de sua notificação para tanto.

Art. As disposições precedentes se aplicam à concessão para construir em subsolo alheio, bem como à constituição do direito de superfície sobre a propriedade superficiária.

Art. Apenas o dono do solo ou da coisa superficiária pode constituir o direito de superfície.

Art. O direito de superfície constituído por pessoa jurídica de direito público rege-se pelo disposto nesta seção."

5. *Condições de eficácia da lei proposta; providências indispensáveis a serem implantadas coetaneamente*

Como providência isolada, a proposição, se convertida em lei, cairá no vazio. Será de eficácia duvidosa.

Será preciso simultaneamente aperfeiçoar, em alguns pontos, o Estatuto da Terra, criando, por exemplo, como medida genérica, nos moldes do Decreto n.º 24.150/34, a possibilidade de renovação compulsória dos arrendamentos rurais, e aumentando, de maneira substancial, os prazos mínimos desses arrendamentos.

Indispensável se faça a tão reclamada reforma tributária, de forma que os municípios tenham os recursos com que possam utilizar o ferramental que a lei proposta pretende pôr em suas mãos.

De que serve outorgar ao município o direito de preempção, se não são oferecidos os meios financeiros para o efetivo exercício da prelação? De que adianta prever a edificação compulsória, se não há dinheiro para o pagamento da desapropriação em que ela pode resultar?

De outro lado será inevitável adequar a legislação registrária aos reclamos dos novos institutos.

6. *Indispensável suprimento de grave lacuna do projeto de lei*

O projeto, ao definir as áreas especiais, alude às áreas de regularização fundiária (art. 12, inciso IV) e as define como sendo aquelas "habitadas por população de baixa renda e que devam no interesse social ser objeto de ações visando a legalização da ocupação do solo e a regulamentação específica da urbanização, bem como da implantação prioritária dos equipamentos urbanos e comunitários" (art. 12, § 3.º).

Não basta, contudo, aludir às áreas de regularização fundiária e defini-las.

Surpreendentemente, o projeto, no art. 17, inciso IV, caracteriza "a regularização fundiária" como instrumento do desenvolvimento urbano.

Ora, regularização fundiária não é instrumento algum. É meta a ser alcançada através de instrumentos específicos, que hão de estar previstos na própria lei.

Tal como está, se aprovado, o texto é um convite ao retorno à desastrosa política de remoção de favelas, mocambos e palafitas.

Infere-se do art. 2.º, V, do projeto, que entre as diretrizes a serem observadas na promoção do desenvolvimento urbano está o controle do uso do solo, de modo a evitar "a utilização inadequada dos imóveis urbanos" (alínea *a*), "a proximidade de usos incompatíveis e inconvenientes" (alínea *b*), "a deterioração das áreas urbanizadas" (alínea *e*).

Ainda entre as diretrizes na promoção do desenvolvimento urbano está mencionada "a proteção, preservação e recuperação do meio-ambiente" (art. 2.º, IX), está referida a "proteção, preservação e recuperação do patrimônio histórico, artístico, arqueológico e *paisagístico*" (art. 2.º, inciso X), bem como a "adoção de padrões de equipamentos urbanos e comunitários consentâneos com a condição sócio-econômica do país" (art. 2.º, XIII).

Todas essas são diretrizes que lidas distorcidamente podem inspirar uma política de remoção de favelas, sobretudo quando se deixa de prever, *concretamente,* entre os instrumentos do desenvolvimento urbano, aqueles especificamente destinados à regularização fundiária.

Quanto ao fracasso dos programas de remoção, não será preciso neles insistir.[10]

Vê-se também do referido trabalho que a versão 1982 do anteprojeto do CNDU preconizava a introdução de instrumentos concretos de regularização fundiária no bojo da proposição legislativa.

Essa intenção, contudo, não prosperou, como se vê do texto final remetido ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo.

Será necessário, então, se supra a lacuna do projeto, fazendo com que passem a ser expressamente contemplados aqueles instrumentos que poderão ser efetivamente utilizados em uma política de regularização de áreas fundiárias, com as finalidades que, no nível de diretrizes, estão declinadas no já mencionado art. 12, § 3.º, do projeto.

No trabalho referido, tivemos a oportunidade de alvitrar os instrumentos utilizáveis conforme a natureza das áreas regularizandas: terras particulares ou terras públicas.

Gostaríamos de destacar, nessa oportunidade, a regularização de favelas assentadas em terras particulares, através de um usucapião especial urbano.

Ainda no dito trabalho consignamos expositivamente as idéias formuladas relativamente ao instituto preconizado, esclarecendo que se tratava de um trabalho conjunto, que, partindo de minuta inicial elaborada pelo autor destas notas, recebeu a contribuição valiosa de um grupo de advogados (Hélio Saboya, Paulo Rocha Lagoa, Eliana Athayde, Bento Rubião, Norma Rubião e Ana Maria Noronha), convidados a dedicar-se ao assunto em reuniões na Pastoral das Favelas da Arquidiocese do Rio de Janeiro, coordenadas pela inteligência e idealismo de Cristina Sá.

O texto vem sendo aperfeiçoado intermitentemente, tendo recebido valioso adminículo de Miguel Baldez, na parte referente ao reconhecimento de uma posse comunitária.

[10] Ver nosso traablho Uso do solo urbano. Utilização... op. cit. p. 269, subitem 6.7.

A enunciação de um texto prevendo o usucapião especial urbano, como instrumento de regularização de áreas faveladas, a ser incluído no projeto sob exame, poderia seguir a seguinte formulação:

"Art. Todo aquele que, não sendo proprietário rural, nem urbano, possuir como sua, por tempo igual ou superior a cinco anos, sem oposição, área em que se situe favela, mocambo, palafita ou loteamento irregular, nela tendo sua morada, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de justo título e boa-fé, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, que servirá de título para o Registro de Imóveis.

§ 1.º Considera-se favela, mocambo ou palafita, o aglomerado de sub-habitações que ocupe ilegalmente área desprovida, total ou parcialmente, do equipamento urbano básico.

§ 2.º Considera-se loteamento irregular aquele cuja titulação definitiva se tenha tornado impossível por culpa do titular do empreendimento, ou que tenha sido por ele abandonado.

"Art. São suscetíveis de aquisição, na forma desta seção, os imóveis particulares, os dominiais da administração pública direta ou indireta, e os das fundações instituídas pelo poder público.

Art. O possuidor ou possuidores podem, para o fim de completar o prazo a que alude o art., acrescentar às suas posses as dos seus antecessores, contanto que umas e outras sejam contínuas e pacíficas.

Art. A ninguém é lícito usucapir, nos termos desta seção, mais de um imóvel.

Parágrafo único. Se uma pessoa exercer posse relativamente a mais de uma unidade imobiliária, somente adquirirá a propriedade do solo sobre que assenta a acessão em que tem a sua morada, sendo condição dessa aquisição a cessão gratuita da posse referente às demais unidades, localizadas ou não no mesmo aglomerado, aos possuidores diretos das mesmas unidades.

Art. A ação de usucapião especial urbano de que trata essa seção será regida pelo disposto nos arts. 942 a 944 do Código de Processo Civil, com as seguintes modificações:

§ 1.º Adotar-se-á o procedimento sumaríssimo, assegurada preferência na sua instrução e julgamento.

§ 2.º O autor ou autores, em estado de composse ou não, expondo o fundamento do pedido e individualizando o imóvel e as áreas que nele possuem com as correspondentes construções, dispensada a juntada da respectiva planta, poderão requerer, na inicial, designação de audiência preliminar de justificação de posse e, se comprovada esta, serão nela mantidos liminarmente, até decisão final da causa, ordenando o juiz de ofício a averbação da medida liminar na matrícula do imóvel.

§ 3.° A comprovação da posse, quando feita através de documentos, dispensará, a critério do juiz, a realização da audiência preliminar de justificação.

§ 4.° O autor ou autores requererão a citação pessoal daquele em cujo nome estiver transcrito o imóvel, e, por edital, dos confinantes e demais interessados.

Art. Na pendência da ação de usucapião especial urbano, ficarão sobrestadas quaisquer outras ações, petitórias ou possessórias, que venham a ser propostas relativamente ao imóvel usucapiendo.

Art. São partes legítimas para a propositura da ação de usucapião especial urbano:

a) o possuidor, isoladamente, ou em litisconsórcio originário ou superveniente;

b) possuidores, em estado de composse;

c) como substituto processual, a Associação de Moradores da Comunidade, regularmente constituída, com personalidade jurídica e devidamente credenciada pelo órgão municipal competente;

d) o Ministério Público.

§ 1.° Sem prejuízo da legitimação extraordinária, a Associação de Moradores da Comunidade é também parte legítima para postular, por direito próprio, o usucapião especial urbano relativamente à área em que tenha a sua sede, desde que preenchidos os requisitos acima referidos para a legitimação extraordinária.

§ 2.° É facultado ao Banco Nacional da Habitação (BNH) intervir no processo, como assistente do autor.

§ 3.° Nos processos em que não for parte, é obrigatória a intervenção do Ministério Público, nos termos do art. 82, III, e 944, do Código de Processo Civil.

§ 4.° O autor terá os benefícios da justiça e da assistência judiciária gratuitas.

Art. No caso de acordo entre os interessados, ou quando as peculiaridades locais o exigirem, comprovado pericialmente o fato, poderá a sentença, com relação a parte ou ao todo do imóvel, determinar fiquem as áreas em que assentam as moradias em condomínio, definindo a decisão judicial:

a) o imóvel condominial;

b) as áreas de ocupação exclusiva de cada moradia e as áreas de utilização comum, representadas ambas em relação ao imóvel em condomínio, bem assim definidas as frações ideais das áreas exclusivas e comuns em relação ao todo;

c) as áreas que se constituem em passagem comum para os acessos às vias públicas;

d) a convenção incial de condomínio, aprovada pela maioria, modificável subseqüentemente sem necessidade de homologação judicial.

Art. O possuidor que more no imóvel usucapiendo, sem preencher os demais requisitos para usucapir, poderá requerer a sua admissão ao processo de que trata o art., alíneas *c* e *d*, para o fim de ter legitimada a sua posse.

Parágrafo único. Transcorridos três anos do trânsito em julgado, sem que se prove em seu prejuízo a existência de direitos dominiais de terceiro, o possuidor poderá requerer a constituição de seu domínio sobre a área possuída, servindo a sentença de título para o registro no Registro de Imóveis.

Art. O interesse dos possuidores poderá limitar-se à obtenção, inclusive incidental, de reconhecimento judicial da legitimação de sua posse sobre o imóvel, valendo a sentença como título de composse comunitária, que ficará sob a administração da Associação de Moradores da Comunidade, onde houver.

§ 1.° Aplicar-se-ão à ação de reconhecimento de legitimação de composse comunitária as disposições desta seção, inclusive a do art., parágrafo único (a referência é ao artigo acima que trata da atribuição de domínio se dentro de três anos do trânsito em julgado da decisão de legitimação da posse não surgir evidência de domínio em favor de terceiro).

§ 2.° A sentença de reconhecimento será registrada no Registro de Imóveis.

§ 3.° Reconhecida judicialmente a posse comunitária, a Associação de Moradores da Comunidade submeterá ao município, para aprovação e fiscalização, o plano de administração da posse comunitária.

Art. O beneficiário do usucapião especial urbano, da posse legitimada ou da posse comunitária previstos nesta seção, não poderá vender, prometer vender, ceder ou prometer ceder o imóvel ou os direitos a ele relativos senão quando comprovada prévia e judicialmente a necessidade da alienação.

Parágrafo único. Será nula de pleno direito qualquer negociação do imóvel ou direitos a ele relativos sem a observância do disposto neste artigo.

Art. A sentença definitiva que julgar procedente a ação ou reconhecer a legitimidade da posse será registrada, mediante mandado, no Registro de Imóveis.

Art. As áreas correspondentes aos templos religiosos de qualquer culto e as áreas de lazer poderão ser objeto do usucapião instituído nesta seção, dele beneficiárias as entidades possuidoras, desde que regularmente constituídas e dotadas de personalidade jurídica.

Art. O usucapião especial urbano poderá ser invocado como matéria de defesa em qualquer fase do processo, valendo a sentença que o reconhecer como título para o Registro de Imóveis.

Art. O prazo de cinco anos previsto para o usucapião especial urbano é desde logo aplicável às situações possessórias existentes na data da vigência desta lei, bem como aos processos em curso."

A titulação das áreas seria acompanhada por uma carência fiscal, concedida por uma lei complementar federal, assim concebida:

"Lei complementar n.º , de , de 198 . Concede isenção de tributos estaduais e municipais e dá outras providências.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei Complementar:

Art. 1.º Ficam isentas de qualquer tributo municipal as propriedades urbanas adquiridas pela via do usucapião especial urbano e as posses legitimadas de que trata a Lei n.º , de , de 198 .

Art. 2.º Ficam igualmente isentas de qualquer tributo estadual ou municipal os serviços e operações destinados à urbanização das áreas de regularização fundiária de que cuida a Lei n.º , de , de 198 .

Art. 3.º A isenção outorgada pelas disposições acima vigorará durante cinco anos contados a partir do registro da sentença declaratória do domínio ou legitimadora da posse.

Art. 4.º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5.º Revogam-se as disposições em contrário."

Não se diga que essas providências constituirão um estímulo à favelização.

Nesse passo desponta o direito de superfície como instrumento utilíssimo nessa política de regularização fundiária, operando articuladamente com o usucapião especial urbano.

O poder público absorveria os excedentes das migrações com extensos e intensos programas habitacionais, partindo das terras públicas, com concessões de áreas em superfície, pelo prazo de 30 a 40 anos, com financiamento altamente subsidiado para construção de casa própria em regime de mutirão, ou com a atração para o programa de pequenas e médias empresas de construção, mediante incentivos fiscais.

O que se quer deixar claro é ser indispensável que o Congresso Nacional faça a previsão expressa dos instrumentos necessários à implantação da política de regularização fundiária e articule as providências simultâneas para garantir a eficácia da futura lei, que, relembrando, são as seguintes:

a) aperfeiçoamento do Estatuto da Terra, sobretudo nos pontos já indicados;

b) reforma tributária, com a finalidade de vitalizar os municípios, tornando-os capazes de operar os instrumentos jurídicos preconizados no projeto de desenvolvimento urbano;

c) adaptação da Lei de Registros Públicos aos novos institutos.

O projeto é altamente valioso e corresponde a uma necessidade social que salta aos olhos. Põe em pauta o problema angustiante da cidade contemporânea.

O projeto redefine o direito de propriedade de acordo com a justiça social e conforme a função que ela deve ter.

Essa exposição se fez sob o domínio de duas idéias básicas que sempre temos presentes:

1. O solo é incomensurável em seu valor, tanto para os particulares como para o povo em seu conjunto, já que nele se radicam a fonte de alimentação das gentes, as riquezas criadoras dos instrumentos elementares para a satisfação das incontáveis necessidades vitais e todo o sistema habitacional dos seres humanos. Dele se extraem as substâncias curativas e de fortalecimento, as possibilidades inesgotáveis de recreio e lazer, e, sobretudo, nele se exerce basicamente a liberdade essencial do homem, liberdade de ir e vir. O solo é toda a hipótese e possibilidade de vida.

E, ainda, o Princípio Geral n.º 10, da Declaração de Vancouver, enunciada pela Conferência das Nações Unidas sobre os Assentamentos Humanos, em junho de 1976:

2. "A terra é um dos elementos fundamentais dos assentamentos humanos. Todo Estado tem direito a tomar as medidas necessárias para manter sob fiscalização pública o uso, a propriedade, a disposição e a reserva de terras. Todo Estado tem direito a planejar e administrar a utilização do solo, que é um dos seus recursos mais importantes, de maneira que os crescimentos dos centros populacionais tanto urbanos como rurais se baseiem num plano amplo de utilização do solo. Essas medidas devem assegurar a realização dos objetivos básicos da reforma social e econômica para cada nação, de conformidade com o seu sistema e suas leis de propriedade da terra."

O que se espera é que os parlamentares brasileiros, conscientizados desses princípios, atendam à necessidade ingente e urgente de organizar a cidade.