

## O direito de preempção do Município como instrumento de política urbana

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (\*)

SUMÁRIO: 1) Introdução; 2) Direito de preempção no Código Civil vigente; 3) Direito urbanístico de preempção; 4) Elemento objetivo; 5) Elemento volitivo; 6) Elemento finalístico; 7) Elemento formal; 8) Determinabilidade da vigência; 9) Elemento causal; 10) Lei nova e pacto de preferência anterior; 11) Procedimento formal; 12) Exercício da preempção urbanística; 13) Descumprimento da obrigação de notificar o Município; 14) Intenção aquisitiva do Município; 15) Ação de nulidade: legitimação; 16) Efeito da invalidação; 17) Conclusão.

1. Com a finalidade de regulamentar os arts. 182 e 183 da Const. Federal, foi promulgada a Lei nº 10.257, de 10.7.2001, por ela mesma cognominada de **Estatuto da Cidade** (art. 1º, parág. único). Os referidos mandamentos constitucionais integram o capítulo da Lei Maior destinado à política urbana, entendida esta como o conjunto de medidas e estratégias legislativas e administrativas que visam a *“ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”*, como consigna expressamente o art. 182 da Constituição.

Ninguém, em termos atuais, desconhece o grau de importância dos planos urbanísticos. Antigamente não havia essa preocupação por parte das sociedades em geral, e essa circunstância provocou o nascimento de numerosas cidades sem as menores condições de ensejar um desenvolvimento sustentável, acarretando graves prejuízos à população, aos governos, ao meio ambiente e ao patrimônio público. Não é difícil observar esse fato em algumas das cidades mais antigas, cuja formação obedecia a padrões que se tornaram inteiramente incongruentes com a necessidade de alcançar os *standards* da modernidade.

No sentido clássico, o urbanismo consistia tão-somente na busca da beleza e da harmonia das cidades, realçando apenas os padrões artísticos que deveriam ornamentá-las. Havia muito mais a ótica ligada à arte do que o atendimento aos diversos fatores que hoje se tornam fundamentais para o bem-estar dos indivíduos. Atualmente, a idéia que sobressai é a de que se trata de um ramo do conhecimento, dotado do caráter de *ciência* (conjunto organizado de princípios e normas), de *técnica* (métodos para alcançar os fins) e de *arte* (beleza, harmonia, decoração das cidades). Como assinala MIGUEL ANGEL BERÇAIT, invocado por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, o grande objetivo do ur-

banismo reside em tornar possível a convivência sem perdas, da integridade física, espiritual e mental do ser humano (*Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*, Forense, 2ª. ed., 1977, p. 48).

Atendendo ao clamor dos tempos modernos é que a própria Constituição de 1988 reservou, pela primeira vez em sede constitucional, alguns axiomas a serem observados no que concerne à política urbana, incluindo-a como parte de um Título maior - o da Ordem Econômica e Financeira. Como o art. 182 já prevê que a política de desenvolvimento urbano, embora executada pelo governo municipal, será definida por diretrizes fixadas em lei - de natureza federal, diga-se de passagem, a despeito de não haver tal adjetivação no dispositivo - foram tais diretrizes traçadas afinal pela Lei nº 10.257/2001 - o Estatuto da Cidade.

A nova lei procurou trazer alguns institutos modernos de Direito Urbanístico, já adotados em outros países, e que constituem instrumentos de política urbana a ser implementada pelos entes municipais, com observância das diretrizes gerais traçadas pelo aludido Estatuto. **Política urbana**, afinal, é o conjunto de estratégias e ações do Poder Público, isoladamente ou em regime de cooperação com a iniciativa privada, que visam ao desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, para o fim de propiciar o bem-estar das comunidades. Tais estratégias e ações, por sua vez, quando estaúdas em direito positivo através de normas jurídicas de ordem pública, delinham o **Direito Urbanístico** em seu sentido objetivo, como bem registra JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Direito Urbanístico Brasileiro*, Malheiros, 3ª. ed., 2000, p. 48).

Dentre os vários instrumentos de política urbana consignados na Lei nº 10.257, merece destaque o direito de preempção instituído em favor do Município. Como se trata de instituto novo ou, ao menos, sem maior divulgação entre os estudiosos, pareceu-nos de interesse atual tecer alguns comentários sobre o assunto, regulado nos arts. 25 a 28 do Estatuto.

2. Cabe primeiramente relembrar que a novidade não é o direito de preempção em si, suficientemente conhecido no âmbito do Direito Civil, mas sim o *direito de preempção em favor do Município como instrumento de política urbana*. De qualquer forma, vale a pena recapitular sucintamente a noção desse direito dentro do Direito Civil.

O direito de preempção ou preferência vem regulado nos arts. 513 a 520, do recém-promulgado Cód. Civil, e tem a natureza jurídica de *pacto adjecto ao contrato de compra e venda (pactum protimiseos)*. Preempção, como ensina ORLANDO GOMES, "*significa direito a ser preferido como comprador*" e também é designada por *preferência* ou *prelação* (*Contratos*, Forense, 13ª. ed., 1994, p. 259). 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 interessados.

Conquanto haja vozes discordantes, trata-se de *direito pessoal* (ou *obrigacional*), porque o efeito sofrido pelo comprador que aliena a coisa sem dar a



preferência ao vendedor é de cunho indenizatório, incumbindo-lhe então responder pelas perdas e danos (art. 518, Cód. Civil). É pacto personalíssimo, não podendo ser cedido a terceiros nem transferido aos herdeiros do vendedor. Ademais, a cláusula só tem cabida na compra e venda, "*descabendo ajustá-la a qualquer outra espécie de contrato, mesmo que próximo da venda, como é a permuta*", como anota, acertadamente, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*Instituições de Direito Civil*, Forense, vol. III, 10ª. ed., 2000, p. 133).

O vendedor, em princípio, deve ser avisado pelo comprador de que pretende alienar a coisa. Mas, ainda que não seja cientificado, pode o vendedor, ciente do propósito do comprador, tomar a iniciativa do exercício de seu direito, providenciando a intimação do comprador e, ao fazê-lo, terá a seu favor ação judicial para suspender a celebração do contrato alienativo com terceiro, este *res inter alios* na relação jurídica acertada.

Por fim, o direito de prelação se sujeita a exercício em prazo determinado na lei. Significa dizer que, não exercido no prazo, sujeitar-se-á o vendedor interessado aos efeitos da decadência. O prazo decadencial, no caso de coisa móvel, é de três dias a partir da data em que tomar ciência da intimação do comprador revelando seu propósito, e de sessenta dias, no caso de coisa imóvel, como registra o art. 516, do Cód. Civil, se outro prazo não for ajustado.

Essas, em apertada síntese e sem maior aprofundamento, as linhas que dão contorno ao direito de preferência em sua formatação clássica.

3. O direito urbanístico de preempção, contemplado no Estatuto da Cidade, apresenta os lineamentos do instituto tal como regulado pelo Direito Civil, mas, por razões óbvias, terá algumas características particulares que dele se distinguem. O núcleo central tem assento sobre a mesma base: o direito de se ter preferência em adquirir o bem ao momento em que o *dominus* resolve vendê-lo.

O primeiro ponto diferencial a ser destacado diz respeito ao *elemento subjetivo*, referente ao titular do direito no pacto de preempção.

No Direito Civil, o direito é pactuado por vendedor e comprador no contrato de compra e venda, de modo que a titularidade da preferência é outorgada a um *sujeito privado*, no caso o contratante que figura como vendedor e admite a possibilidade de readquirir a coisa vendida.

O Estado, como pessoa pública, não pode ser titular do direito de preempção. Na verdade, sequer pode figurar em contrato de compra e venda em que se tenha firmado o pacto adjeto da preempção. É que, como vendedor, é inviável a pactuação em seu favor porque, se ainda estiver interessado na coisa, mesmo para o futuro, tal interesse será o reconhecimento de que a coisa alienada traduzia ou poderia traduzir interesse público e, sendo assim, a alienação do bem público não poderia ter sido contratada. Como comprador, também não cabe a sujeição do Estado ao direito de prelação em favor do particular vendedor, já que não poderia ele, quando pretendesse alienar a coisa, curvar-se ao interesse privado do vendedor, sobretudo porque, para vender bens, o Estado deve subordinar-se ao princípio da licitação (art. 37, XXI, CF e Lei nº 8.666/93), segundo o qual é indispensável a competição, e esta seria

inviável se o vendedor tivesse o direito de preferência à reaquisição da coisa.

É verdade que o art.519, do Cód. Civil, prevê a *retrocessão*, instituto segundo o qual a União, o Estado ou o Município devem conferir ao ex-proprietário o direito à preferência na reaquisição do imóvel desapropriado, se não tiver sido implementado, por desinteresse estatal, o destino para o qual fora desapropriado. Aqui, todavia, inexistente o pacto adjeto a contrato de compra e venda, mas sim a imposição legal de atribuir o direito àquele que era o *dominus* do imóvel. Não há, pois, qualquer aspecto de *negociabilidade* gerador da fixação do direito.

No Direito Urbanístico, contudo, é titular do direito um *sujeito público*, e apenas de uma natureza: o Município. Ainda que o conteúdo do direito seja o mesmo - o de se ter a preferência no caso de o comprador vir a alienar a coisa - somente a pessoa municipal poderá qualificar-se como titular do direito, e assim mesmo nas condições estabelecidas no Estatuto. Segue-se que o Município não somente é um *sujeito público*, como ainda é o *único* sujeito público admitido como titular do direito.

4. Outro aspecto a considerar reside no *elemento objetivo*, que é o que se relaciona à incidência do direito.

Quando ajustado nos moldes do direito privado, o direito de prelação incide sobre *bens móveis ou imóveis*, aí incluindo-se os denominados *semoventes*, considerados como coisas móveis. A lei civil não o diz dessa forma incisiva, mas refere-se a ambas as categorias de bens quando regula o prazo decadencial em que o vendedor deve exercer o direito, manifestando-se no sentido de fazer valer a preferência na reaquisição do bem (art. 513, parág. unico e 516, do Cód. Civil).

Diferentemente, o direito de preempção como instrumento de política urbana *incide exclusivamente sobre bens imóveis*, e além do mais *imóveis urbanos*. Essa incidência restritiva se insere no art. 25, do Estatuto, que alude a *“aquisição de imóvel urbano”*. E nem poderia ser de outra forma. Se o instituto foi criado à guisa de instrumento urbanístico, nenhuma razão haveria para que incidisse sobre coisas móveis. Somente bens imóveis urbanos apontam interesse para a ordem urbanística, esta calcada, como é óbvio, na reengenharia de ocupação do solo.

5. Deve levar-se em conta, ainda, o aspecto relativo ao *elemento volitivo*, ou seja, à interferência da vontade na pactuação do direito de preempção.

O direito de preempção, tal como regulado no âmbito da lei civil, é pactuado dentro do contrato de compra e venda. Assim, da mesma forma que ocorre com as demais cláusulas contratuais, o pacto de preempção decorre da *vontade das partes (ex voluntate partium)*. O direito em foco constitui objeto do elemento volitivo, resultante do ajuste firmado por vendedor e comprador. Cuida-se, pois, de verdadeiro *pactum*, no sentido de cláusula oriunda da vontade dos contratantes, motivo por que é denominada de *preempção convencional*.

O direito de preempção de natureza urbanística, por sua vez, constitui objeto com diversa fisionomia, porquanto resulta da *vontade da lei*, estando afastada na hipótese qualquer interferência da vontade dos contratantes. Não se



pode, então, falar em *pacto*, já que este supõe necessariamente a conjugação bilateral das vontades. De fato, segundo o art. 25, § 1º, do Estatuto da Cidade, é a lei municipal que, fundada no plano diretor, deve delimitar as áreas em que incidirá o direito em favor do ente municipal, e isso sem qualquer manifestação volitiva do titular da propriedade imóvel. Configura-se na hipótese, então, o que os doutrinadores denominam de *preempção legal*, de que é exemplo também a retrocessão, prevista no art. 519, do Cód. Civil.

Constata-se, por conseguinte, que, enquanto o direito de preempção no direito privado tem natureza eminentemente *consensual*, sendo objeto de ajuste dentro do contrato de compra e venda, no processo urbanístico o direito assume caráter notoriamente *coercitivo*, sendo resultado de imposição legal (*ex vi legis*).

6. No que toca ao *elemento finalístico*, temos também uma outra particularidade.

Quando celebram o contrato de compra e venda de coisa móvel ou imóvel, os contratantes expressam sua vontade voltados basicamente para seus interesses, que se caracterizam como interesses privados. Corolário dessa finalidade é que, na medida em que ajustam o pacto de preferência, estão presentes os mesmos *interesses privados*.

Não é o que ocorre com o direito de preempção em favor do Município. O fim último da fixação desse direito consiste na formação, preservação ou reconstituição da ordem urbanística, daí podendo extrair-se a conclusão de que a finalidade do instituto atende ao *interesse público*. Como vimos, não há incidência do elemento volitivo privado na instituição desse tipo de preempção e, exatamente por estar ele ausente, não há que falar em interesses privados como objetivo da preferência.

Poder-se-ia objetar com o fato de que é admissível juridicamente, em certos casos, a celebração de contrato de compra e venda, sendo o Estado um dos sujeitos, hipótese que se configuraria como mero contrato privado, segundo posição adotada pela doutrina dominante. Entretanto, se é admissível o contrato alienativo em si, o mesmo não se pode dizer sobre o ajuste do pacto adjeto de preempção, seja vendedor ou comprador o Estado, e isso porque o instituto se afigura inconciliável com a função do Estado, mesmo que seja comprador, como consignamos acima.

7. Avulta, por outro lado, analisar o *elemento formal* do pacto de preferência.

No Direito Civil, o direito de preempção se formaliza como *pacto adjeto* ao contrato de compra e venda. *Pacto adjeto*, porque além de ser uma cláusula pactuada entre as partes, passa a integrar, como ajuste adicional de natureza especial, o contrato de compra e venda. Aliás, no próprio sistema do Código Civil, o pacto de preempção figura como *cláusula especial à compra e venda*, ao lado da retrovenda, da venda a contento, do pacto de melhor comprador e do pacto comissório.

Por conseguinte, é cabível afirmar que o direito de preempção, do ponto-de-vista formal, se situa *no bojo* do contrato de compra e venda, com a natureza de cláusula especial desse ajuste.

Em sede urbanística, porém, o processo de formalização se consuma de forma diversa. Ao invés de figurar no contrato como cláusula especial, sua instituição se dá por lei. Em consequência, enquanto no direito privado o direito surge de *relação bilateral*, como *pacto* ajustado entre vendedor e comprador, no Estatuto da Cidade pode considerar-se que há uma *relação trilateral*, pois que, além dos dois particulares que firmaram o contrato alienativo (como regra, sem a estipulação do pacto), interfere o Município como titular do direito.

É fácil verificar, então, que, no direito privado, é o vendedor que titulariza o direito de prelação no caso de o comprador desejar a alienação da coisa. Na política urbana, porém, o direito é exercido pelo Município em relação ao contrato celebrado entre vendedor e comprador, *ainda que no ajuste nada se tenha pactuado a respeito de preferência*.

Por essa razão é que não se aplicam, ao direito de preempção urbanístico, as duas condições anotadas por ORLANDO GOMES para a implementação do pacto de preferência do direito privado: 1ª) que o comprador queira vender a coisa; 2ª) que o vendedor queira exercer o direito de preferência (ob. cit., p. 259). A primeira condição se mantém, mas a segunda não tem aplicação, já que o *intuito aquisitivo* foi outorgado por lei ao Município, titular do direito.

8. No plano relativo ao período de vigência do *pactum protimiseos* (*elemento temporal*), é possível da mesma forma identificar traço peculiar na prelação contemplada na Lei nº 10.257.

Conforme dispõe o art. 516, do Cód. Civil, não havendo pacto diverso, o vendedor tem prazos específicos para exercer a prelação, sendo de três dias, se for coisa móvel, ou de sessenta, se for coisa imóvel, após os quais, sem o exercício do direito, se consumará a decadência. Note-se, contudo, que tais prazos só têm aplicação quando já existe o intuito alienativo do comprador e dele foi cientificado o vendedor. Fora daí, porém, a lei admitiu implicitamente a aplicação do pacto *por tempo indeterminado*. Em outras palavras, tal significa que 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 para o exercício. A única alteração processada pelo atual Código Civil consiste em que as partes não podem fixar, para o exercício do direito, prazos superiores a cento e oitenta dias, se for coisa móvel, ou a dois anos, se imóvel (art. 513, parágrafo único). Tais prazos, no entanto, iniciam-se após a intenção de venda por parte do antigo comprador; no curso do direito de propriedade, todavia, o direito perdura indeterminadamente até que o proprietário decida alienar a coisa.

Como instrumento de política urbana, não obstante, o direito de preempção é fixado por *prazo determinado*. De fato, reza o art. 25, § 1º, do Estatuto, que a lei municipal que impuser o direito de preempção deverá fixar prazo de vigência, e este não poderá ser superior a cinco anos, sendo renovável a partir de um ano após o decurso do prazo inicial de vigência. Observe-se que o prazo



com a renovação é *descontínuo*, vale dizer, composto de etapas alternadas, passando-se da seguinte forma: 1º) prazo normal de vigência da lei, com o máximo de cinco anos; 2º) prazo de um ano após a caducidade da lei, sem a existência de norma contendo o direito de preempção (à semelhança do que ocorre com o decreto expropriatório, se a desapropriação não é efetivada em cinco anos, como consta do art. 10, do Decr. 3.365/41); 3ª) nova lei municipal renovando a vigência (*rectius* : renovando o conteúdo da lei já caduca).

Como o direito de preempção urbanístico está indissociavelmente atrelado à vigência da lei municipal que o instituiu para as áreas que delimitar, na forma do que dispuser o plano diretor, o prazo de vigência do direito se subordina, implicitamente, ao da própria lei instituidora. Há, portanto, a mesma determinação temporal que o Estatuto exige para a lei municipal.

É de se reconhecer, na verdade, que, no fundo, poderemos admitir também a indeterminação temporal, com a diferença, no entanto, de que o prazo de vigência do direito de prelação no direito privado *não sofre descontinuidade*, o que, como vimos, não sucede com o instituto urbanístico.

*Quid iuris* se, no prazo de vigência da lei, de cinco anos, para exemplificar, houver sucessivas alienações do mesmo imóvel sujeito ao direito de preempção em favor do Município? Estando em vigor a lei, em cada alienação poderá ser exercida a preferência pelo Município. Quer dizer: não há obrigatoriedade de o Município exercer a preferência quando o proprietário aliena a coisa ao comprador; poderá fazê-lo quando o comprador decidir aliená-la a um novo comprador.

9. Examinemos o *elemento causal* do direito de preempção. A análise de tal elemento envolve a perquirição do *motivo* que conduz à instituição do direito. Em outras palavras, são as razões de fato ou de direito que conduzem à formação do direito subjetivo.

Não custa lembrar, à guisa de esclarecimento prévio, que o motivo da vontade não tem relevância expressiva no âmbito do direito privado. No direito público, todavia, o motivo constitui um dos elementos do ato administrativo. Modernamente a perquirição do motivo abrange, inclusive, os atos legislativos e jurisdicionais, realçando-se o princípio da razoabilidade que deve inspirar a prática de todo e qualquer ato oriundo de autoridade pública.

A cláusula de preferência, como pacto adjeto ao contrato de compra e venda, não apresenta qualquer exigência quanto ao motivo que levou os contratantes a firmá-lo. Aliás, o mesmo se pode dizer quanto ao motivo para a própria alienação.

O Estatuto, por regular instituto de ordem pública, enumera, no art. 26, os casos em que o Poder Público municipal deve exercer o direito de preempção que a lei lhe outorgou. O exercício do direito deve suceder quando houver necessidade de: 1º) regularização fundiária; 2º) execução de programas habitacionais; 3º) constituição de reserva fundiária; 4º) projeto de expansão urbana; 5º) implantação de equipamentos urbanos e comunitários; 6º) formação de áreas verdes e de lazer; 7º) proteção ambiental; 8º) proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico.

Aqui se faz necessário breve comentário sobre tema de Direito Administrativo. Uma das classificações básicas dos atos administrativos consiste em agrupá-los em *atos vinculados* e *atos discricionários*. A despeito da crítica que lhe fazem alguns estudiosos, a divisão é clássica e, afastando alguns pontos inúteis de detalhamento, a dicotomia permanece e é adotada por vários juristas e em diversos julgados. Vinculados são aqueles em que o regramento jurídico “*pode atingir os vários aspectos de uma atividade determinada*” (MARIA SILVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, Ed. Atlas, 3ª. ed., 1993, p. 161). Já os atos discricionários, como já averbamos alhures, são aqueles em que “*se defere ao agente o poder de valorar os fatores constitutivos do motivo e do objeto, apreciando a conveniência e a oportunidade da conduta*” (nosso *Manual de Direito Administrativo*, Ed. Lumen Juris, 8ª. ed., 2001, p. 96).

Quando o Estatuto consigna que o exercício do direito de preempção só pode ser exercido pelo Município *quando houver necessidade* de alguma das medidas urbanísticas que estão relacionadas no art. 26, daí temos que extrair duas conclusões quanto à natureza da conduta administrativa. De um lado, poder-se-á dizer que a Administração municipal está *vinculada às hipóteses que a lei enunciou*, e essa circunstância descarta qualquer outra fora da enumeração legal. Quanto à eleição da hipótese em si mesma, haverá sem dúvida uma certa discricionariedade para o administrador, que pode exercer o direito de prelação, por exemplo, quer para reserva fundiária, quer para ordenar e direcionar a expansão urbana.

A princípio, poderia parecer inviável a escolha administrativa diante do que dispõe o art. 26, parág. único, do Estatuto, segundo o qual a lei municipal “*deverá enquadrar cada área em que incidirá o direito de preempção em uma ou mais das finalidades enumeradas por este artigo*”. Note-se, no entanto, que a lei federal aponta uma obrigação para o legislador municipal, qual seja a de *mencionar expressamente* a finalidade para a qual se destinará o exercício do direito. Ora, como indicar a finalidade é, na hipótese, o mesmo que revelar o *motivo* da conduta administrativa, poder-se-á concluir que a exigência é a de também *justificar* a preferência aquisitiva. Ocorre que o próprio Estatuto admite possa o enquadramento da área ajustar-se a *uma ou mais das finalidades*, que é o mesmo que dizer que o enquadramento pode atender a *um ou mais motivos*. Se a lei indicar *apenas* um motivo, a administração municipal estará irremediavelmente vinculada a ele, mas se indicar *mais de um* é cabível supor que à administração incumbirá o poder de eleger a que espelhar maior interesse para a política urbana.

É claro que a liberdade administrativa nunca será integral, porque não se permitem abusos por parte da Administração, e ademais cada ato que substanciar a escolha da hipótese legal deverá ter claros os motivos conducentes, de modo a poderem ser investigados quanto à veracidade e à legalidade. Há, desse modo, ponto e contraponto: a escolha do motivo para exercitar o direito de preferência é administrativa, mas não pode a Administração eximir-se de demonstrar as razões por que a fez.

Uma coisa é certa: diversamente do que sucede no direito privado, o



motivo condutor do exercício do direito de preempção pelo Município é de fundamental relevância para averiguar-se se observou ou não a estrita legalidade imposta no Estatuto. Observe-se, por oportuno, que a autoridade que determinar a utilização do imóvel, após exercida a preferência, fora dos fins a que a lei a destinou, incorrerá em improbidade administrativa, sujeitando-se aos efeitos da Lei nº 8.429, de 2.6.92. É o que dispõe o art. 52, III, do Estatuto.

10. Hipótese interessante diz respeito à questão da incidência da lei nova municipal em relação a contrato de compra e venda celebrado antes de sua vigência, no qual tenham as partes ajustado o pacto de preempção. A questão não é meramente acadêmica e pode efetivamente ocorrer.

A solução deve ser buscada no princípio da irretroatividade da lei, consagrado no art. 5º, XXXVI, da CF, segundo o qual a lei não pode prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. No caso em tela, a questão gira em torno do ato jurídico perfeito, que é aquele em que consiste o contrato de compra e venda e o ajuste da cláusula de preempção firmados pelas partes.

Segundo o preceito do art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decr. lei nº 4.657, de 4.9.42), "*reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou*". O preceito encerra algumas considerações sobre seu sentido. A qualificação de *perfeito* aposta à expressão *ato jurídico* tem o significado de indicar que foi completado o ciclo de formação do ato. Quer dizer: concluiu-se a manifestação de vontade das partes ajustada em determinado sentido e procedeu-se à formalização por meio da exteriorização dessas vontades. Com a presença de todos esses elementos, dá-se a *consumação* do ato. Se esta consumação teve desfecho sob o império da lei "A", fica garantida a incolumidade do ato contra eventuais preceitos diversos que venham a constar da lei "B", que sucedeu àquela, tornando-se inviável a retroatividade da lei nova ao ato consumado. Estando apenas em formação o ato e, pois, sem consumação ainda, incidirá a lei nova, visto que inexistente até sua entrada em vigor qualquer situação de *definitividade jurídica*.

Diante desses elementos, se o contrato de compra e venda com o pacto adjeto de prelação, como ato jurídico perfeito, se consumou anteriormente à lei municipal instituidora do direito de preferência em favor do Município, não pode esta aplicar-se ao contrato, pois que, se assim o fizesse, vulnerado estaria o princípio constitucional da irretroatividade da lei. Segue-se que, à ocasião em que o comprador resolver alienar o imóvel, titular do direito de preempção será o vendedor, conforme pactuado no contrato, e não o Município.

Uma vez exercido o direito de preferência pelo vendedor, nos termos do contrato de compra e venda, a lei nova municipal já poderá ter integral aplicabilidade, de modo que o próximo direito de preempção, nela contemplado, será exercido pelo Município no momento em que o ex-vendedor, agora proprietário, decida alienar o bem. Somente assim se torna conciliável o interesse urbanístico com a garantia constitucional.

Poder-se-á indagar se, garantido o pacto de prelação firmado entre particulares e afastada a lei nova municipal, não se estaria sobrepondo o interesse

privado ao interesse público consistente na reengenharia urbanística. A resposta é negativa. A uma, porque a solução encontra respaldo na ordem constitucional, que não pode ser confrontada por lei; a duas, porque *não se elide o interesse urbanístico do Município*, mas apenas fica postergado o exercício do direito de preferência para a aquisição do bem. E não custa lembrar que, se o interesse urbanístico for de tal ordem que não possa o Município aguardar o momento futuro em que o proprietário resolve alienar o imóvel para então exercer seu direito, outros instrumentos poderão ser por ele adotados, inclusive o mais drástico - a desapropriação do bem (não a desapropriação urbanística punitiva, é claro, mas a urbanística comum, prevista na lei geral de desapropriações - o Decr. Lei 3.365/41).

Não parece, entretanto, que possa haver toda essa aflição por parte do ente municipal. Na verdade, quando a lei municipal institui o direito, para as áreas que delimitar, segundo o plano diretor, já demonstra que a necessidade de aquisição do imóvel não é *imediate*, mas ao contrário *eventual*. De fato, pode ocorrer que o proprietário do imóvel jamais pretenda vendê-lo, e se essa for a sua resolução jamais também poderá o Município tornar concreto o direito que a lei abstratamente previu.

11. Delineados os elementos materiais de composição do direito de preempção urbanístico, vale a pena tecer rápidas considerações sobre o procedimento formal consoante o qual se concretiza o exercício do direito.

O primeiro elemento procedimental é a *notificação* que cabe ao proprietário dirigir ao Município, cientificando-o de sua intenção de alienar o imóvel. Não obstante, só será possível ao proprietário fazê-lo se ele próprio estiver ciente de que seu imóvel está na área delimitada na lei municipal e suscetível de sujeição ao direito de preempção municipal. Desse modo, embora o Estatuto tenha silenciado sobre o assunto, é indispensável que, editada a lei municipal, *devam ser cientificados todos os proprietários cujos imóveis se situem na área demarcada*. Como se sabe, dificilmente a população leiga se preocupa em acompanhar leis e atos do Poder Público, além de que, por outro lado, poderá haver proprietários humildes e de poucas letras. Nota-se, assim, que acabaria por não ser viável atender à lei quanto à notificação.

Qual o efeito que decorreria do fato de a alienação do imóvel ser processada, sem que o vendedor tenha notificado o Município para manifestar-se sobre o direito de preferência à aquisição? Essa questão encerrou funda polêmica doutrinária no que toca à retrocessão, prevista no art. 519, do Cód. Civil, também hipótese de preempção legal, como bem assinala CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (ob. cit., p. 135). Para uns, tratar-se-ia de verdadeiro direito real, de modo que assistiria ao ex-proprietário o direito de desfazer o negócio e reivindicar o bem (SEABRA FAGUNDES, EURICO SODRÉ, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, AGOSTINHO ALVIM); para outros, no entanto, haveria no caso mero direito pessoal e, desse modo, havendo preterição do aviso ao ex-proprietário, teria este apenas o direito a ser indenizado pelos prejuízos que advieram da circunstância de não ter ele exercido a prelação (ESPÍNOLA, WHITAKER, EBERT CHAMOUN, CLÓVIS BEVILÁQUA). Já tivemos a oportunidade de registrar que, a



despeito de nos parecer mais justa a corrente que admite a reivindicação do bem alienado a terceiro, entendemos que na lei civil não há elementos que levem a essa conclusão e, ao contrário, o sistema adotado parece mesmo conduzir a que o desfecho seja o meramente indenizatório (nosso *Manual de Direito Administrativo* cit., p. 655).

Não obstante a dissidência doutrinária, o direito de preempção urbanístico tem, como já vimos, fisionomia jurídica diversa da preempção prevista no estatuto civil, inclusive em relação ao instituto da retrocessão, apesar de ser esta, como também a urbanística, espécie de preempção legal. Primeiramente, a relação jurídica na lei civil é *dúplice*, fixando-se apenas entre dois pólos (na própria retrocessão, é o Estado expropriante que tem a obrigação de oferecer o imóvel desapropriado ao ex-proprietário), ao passo que no Estatuto a relação é *tríplice*, porque envolve as partes na compra e venda e o Município, que nunca foi titular da propriedade em jogo. Além disso, os fins também são de natureza diversa: na lei civil, é o interesse das partes e, no Estatuto, é a ordem urbanística. Referidas diferenças conduzem a tratamento jurídico particular para a preempção urbanística.

De plano, entendemos que o direito conferido por lei ao Município tem a natureza de *direito pessoal*, visto que inexistente qualquer indício de que o legislador tenha pretendido delinear-lo como direito real. Não previu qualquer norma que contivesse direito reivindicatório para o Município. Por outro lado, sequer determinou, como o fez para outros instrumentos urbanísticos previstos no mesmo Estatuto, anotação do fato junto ao registro imobiliário. De tal premissa, parece-nos possível, desde logo, concluir que, tendo havido preterição no que toca à preferência, o negócio de compra e venda deve considerar-se válido e eficaz, *não assistindo ao Município ação para desfazê-lo*.

Em termos de indenização, porém, há que distinguir. Se o proprietário for devidamente cientificado pelo Município sobre sua obrigação de notificá-lo quando decidir alienar o imóvel, caber-lhe-á indenizar o ente municipal pelas perdas e danos que a preterição houver provocado. No caso de desconhecer essa obrigação, cuja ciência o Município deveria ter providenciado, nenhuma indenização será devida. O princípio da não-escusa de ignorância da lei há de ser interpretado em consonância com o princípio da autonomia da vontade, segundo o qual os particulares têm o direito de contratar livremente.

12. Partindo-se da premissa de que o proprietário tenha sido cientificado da necessidade de notificar o Município, vejamos a formalização exigida no que se refere a tal fato.

A notificação deve ter, em anexo, a proposta de compra assinada pelo interessado, e isso para, em primeiro lugar, ser comprovado o interesse aquisitivo de terceiro, e depois para aferir-se o valor que o interessado pretende pagar pelo imóvel. Além do valor, devem constar da proposta as condições de pagamento e o prazo de validade.

Deve o Município manifestar seu interesse em comprar o imóvel no prazo de trinta dias a partir da notificação. A manifestação deve ser por escrito, atendendo, inclusive, ao princípio da solenidade exigido para os atos adminis-

trativos. Não há obrigatoriedade de o Município exercer o direito de preempção; trata-se de *faculdade jurídica*, a ser exercida de acordo com critérios eminentemente administrativos do governo municipal. Inexistindo interesse, pode o Município exprimir formalmente seu desinteresse, comunicando-o ao proprietário, ou simplesmente deixar transcorrer *in albis* o trintídio. Aqui ocorrerá a decadência do direito e o silêncio do ente notificado deverá ser interpretado como manifestação negativa de vontade.

O proprietário, então, poderá alienar o imóvel ao interessado *nas condições da proposta já formalizada*. Se o contrato alienativo for celebrado em condições diversas, a alienação será nula de pleno direito, como adverte o art. 27, § 5º, do Estatuto, evitando-se que o Município tenha seu direito fraudado por ardilosa via oblíqua arquitetada pelo proprietário e pelo interessado. A propósito, incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/92, quem adquirir imóvel objeto de direito de preempção urbanístico pelo valor da proposta apresentada, quando este for, comprovadamente, superior ao de mercado. Em tal sentido dispõe o art. 52, VIII, do Estatuto.

Com vistas a evitar tais problemas, o Estatuto assinou ao proprietário a obrigação de apresentar ao Município, no prazo de trinta dias, cópia da escritura pública que concretizou o contrato de compra e venda. A lei não disse quem seria o proprietário para esse fim, se o anterior que notificou o Município ou o adquirente do imóvel. Sem embargo de dúvida que possa surgir, parece lógico que a obrigação seja cometida ao adquirente, *novo proprietário*, porquanto o anterior já cumpriu a sua, que era a de notificar o Município e, ademais, é ao novo proprietário que cabe demonstrar que adquiriu o bem nas condições da proposta, não incorrendo, desse modo, em improbidade administrativa.

13. Não cumprida tal obrigação no prazo legal de trinta dias, pode o Município notificar o proprietário para fazê-lo. *Quid iuris*, se a obrigação não for cumprida?

O Estatuto deixou bem nítida a obrigação (de apresentar cópia do instrumento contratual), mas omitiu-se quanto à previsão de sanção para o caso de eventual descumprimento. Ou seja, a lei exibiu o preceito mas o esvaziou pela omissão de medida sancionatória: afinal, é sabido que de nada serve o preceito se não houver a sanção pela sua inobservância.

Sendo o Estatuto consubstanciado por lei federal que traça as *diretrizes gerais* sobre a política urbana, caberá ao Município interessado, ao editar a lei específica instituidora da preempção, prevista no art. 25, ou uma outra lei à parte, fixar a *sanção administrativa* a ser imposta ao proprietário descumpridor da obrigação legal, a qual, possivelmente, será a de multa. O que se deve exigir é que a sanção *seja formalmente prevista em lei*, e não em mero ato administrativo, este via inidônea para imposições sancionatórias despidas de suporte legal.

Independentemente disso, poderá o Município providenciar *notificação administrativa* ao proprietário para que apresente o documento contratual exigido na lei e, no caso de recalcitrância, tem o ente municipal o direito de ajuizar ação contra o omissor, de cunho cominatório, a fim de obter decisão judicial que o condene ao cumprimento da obrigação de fazer - a de apresentação da cópia do



instrumento público em que se formalizou o negócio aquisitivo.

14. Estando o Município interessado na aquisição do imóvel, deve providenciar a publicação do aviso da notificação recebida e da intenção do ente notificado de adquirir o imóvel nas condições da proposta anexa à notificação. A publicação deverá ser feita, no mínimo, duas vezes, uma em órgão oficial e outra em jornal local ou regional de grande circulação (art. 27, § 2º).

O Estatuto se omite quanto às providências a serem seguidas após a publicação. Cabe, portanto, a cada Município dispor normativamente sobre a matéria, seja na lei municipal instituidora do direito de preempção, seja em lei posterior específica. Ainda que inexista regulação própria para a matéria, a publicação encerra a primeira fase básica do instrumento urbanístico, de modo que, daí para a frente, bastará a articulação entre o Município e o proprietário para a celebração do negócio jurídico de compra e venda.

15. Como já mencionamos de passagem, o Estatuto comina com a sanção de nulidade de pleno direito a alienação efetivada sem que tenham sido observadas as condições nele estabelecidas (art. 27, § 5º). Caberia indagar, no caso, quem estaria legitimado a promover a respectiva ação declaratória de nulidade.

Primeiramente, é mister deixar claro que a inobservância das condições fixadas na lei urbanística é, sem dúvida, hipótese de nulidade. De acordo com o art. 166, VI, do Cód. Civil, o ato jurídico é nulo *“quando a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática sem cominar sanção”*. Tendo-o declarado, de forma expressa, o Estatuto, impõe-se interpretar a hipótese como sendo efetivamente de nulidade.

Diferentemente do que sucede com a anulabilidade, podem as nulidades ser *“alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir”* (art. 168, Cód. Civil). E a qualificação de interessado deve ser a mais ampla possível, em ordem a ser assim considerado qualquer pessoa cujo desfazimento do ato possa afetar sua órbita jurídica, propiciando a satisfação de seu interesse.

Conseqüentemente, infere-se que são legitimados para promover a declaração de nulidade do negócio jurídico o Município (este o interessado principal), o vendedor, o comprador, o Ministério Público e o terceiro que demonstre sua qualidade de interessado.

16. Declarada a nulidade do contrato e desfeito o ajuste alienativo, o efeito jurídico que daí decorre é o de que as partes retornam ao *statu quo ante*. Com efeito, a lei civil é incisiva no sentido de que, anulado o ato, restituem-se as partes ao estado em que antes dele se encontravam (art. 182, Cód. Civil). Não sendo possível, o efeito se converte em indenizatório. É também o que sucede no âmbito do Direito Urbanístico. Mas com uma peculiaridade que merece ser anotada.

De acordo com o Estatuto, desfeito o negócio, 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 (art. 27, § 6º). Com a fixação dessa faculdade legal, o Município assume, realmente, o papel de *principal inte-*

*ressado* (não o único, como foi visto) no desfazimento do contrato alienativo.

Ao contrário do que se possa supor, ante os termos do citado dispositivo, só há discricionariedade administrativa ante a possibilidade de o Município *adquirir ou não* o imóvel depois da invalidação. Entretanto, definida a opção pela aquisição, não há liberdade de escolha *quanto às condições de aquisição*: o Município *só* pode pagar o preço mais baixo - ou o valor-base do IPTU ou o da proposta, se este for mais baixo que aquele. Há, portanto, *atividade estritamente vinculada* do administrador municipal quanto ao valor da aquisição do imóvel.

17. Das breves linhas que traçamos acima, não é difícil constatar que o direito de preempção urbanístico constitui interessante inovação para que o Município possa processar a reengenharia de ocupação organizada do solo urbano.

Comparando-o com o clássico direito de preempção ou preferência previsto na lei civil, procuramos deixar acentuados os aspectos diferenciais que marcam a fisionomia de cada um dos institutos, considerando, fundamentalmente, a natureza de cada um, o elemento causal-volitivo e os fins a que se destinam.

Trata-se, enfim, de resumida análise, cujo objetivo é tão somente o de suscitar os debates e as reflexões sobre o novel instituto de política urbana.

---

<sup>(\*)</sup> JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO é Procurador de Justiça do RJ (aposentado), Prof. da UFF - Univ. Federal Fluminense (Pós-graduação), Prof. da Univ. Cândido Mendes (Pós-graduação), Prof. da Universidade Estácio de Sá (Pós-graduação), Professor da EMERJ - Escola da Magistratura do RJ, Professor da EMATRA - Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho no Rio de Janeiro, Professor da FEMPERJ - Fundação Escola do Ministério Público do Rio de Janeiro, Mestre em Direito (UFRJ).

---