

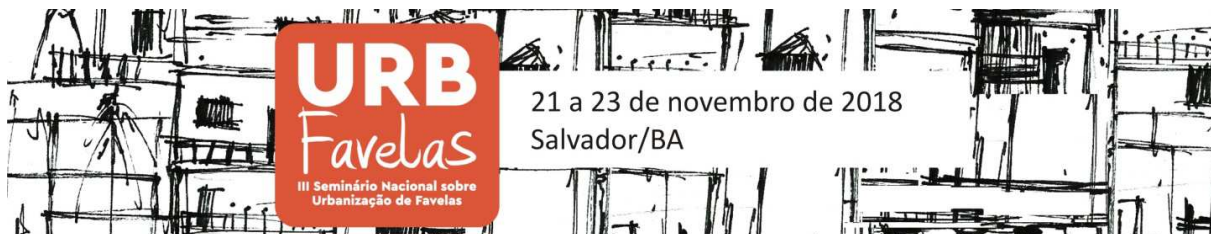


III SEMINÁRIO NACIONAL SOBRE URBANIZAÇÃO DE FAVELAS - URBFAVELAS
Salvador - BA - Brasil

O RECONHECIMENTO DO DIREITO DAS FAVELAS SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO REAL
DE LAJE E SUAS IMPLICAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Sande Nascimento de Arruda (UFPE) *Mestre em Gestão Pública UFPE*

José Jefferson de Andrade Vaz (UCA) - jefferson@ekadvogados.com.br
Mestrando em Direito Tributário Pela Universidad Católica da Argentina

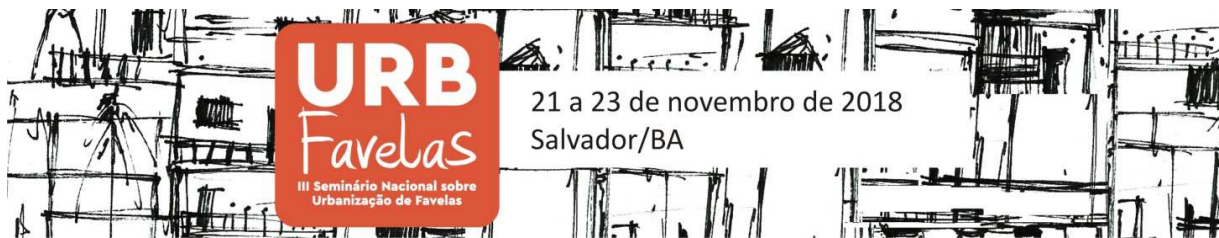


O RECONHECIMENTO DO DIREITO DAS FAVELAS SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO REAL DE LAJE E SUAS IMPLICAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

RESUMO: O presente artigo tem por escopo realizar uma análise sobre a temática da regularização fundiária urbana sob a perspectiva do direito de laje, figura consolidada e irreversível nas favelas, sobretudo como norma posta enquanto prática social nas periferias dos centros urbanos. Neste aspecto, realizaremos o debate acerca da agenda administrativa e legal da regularização fundiária com fulcro no reconhecimento de comunidades consolidadas no espaço urbano, além de apresentar o direito de laje como nova maneira de pensar nas favelas enquanto espaço regulado tanto pelas pessoas como pelo poder público. Salientamos ainda a preocupação de adequar o instituto do direito de laje a tutela urbanística e ambiental como forma de garantir a função social da cidade e da propriedade, bem como as repercussões do direito de laje no ordenamento tributário.

Palavras-chave: Favela. Direito humano à moradia. Regularização Fundiária. Direito de laje

ST –4: A Nova Lei de Regularização Fundiária



1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo realizar uma análise sobre a temática da regularização fundiária urbana sob a perspectiva do direito de laje, figura consolidada e irreversível¹ nas favelas, sobretudo como norma posta enquanto prática social nas periferias dos centros urbanos.

Neste aspecto, será realizada uma abordagem acerca da construção da agenda administrativa e legislativa da regularização fundiária e do direito real de laje no âmbito das favelas, com objetivo de compreender a nova roupagem jurídica, na qual realizou a adequação da legislação á realidade brasileira no que pertine ao acesso do direito constitucional à moradia.

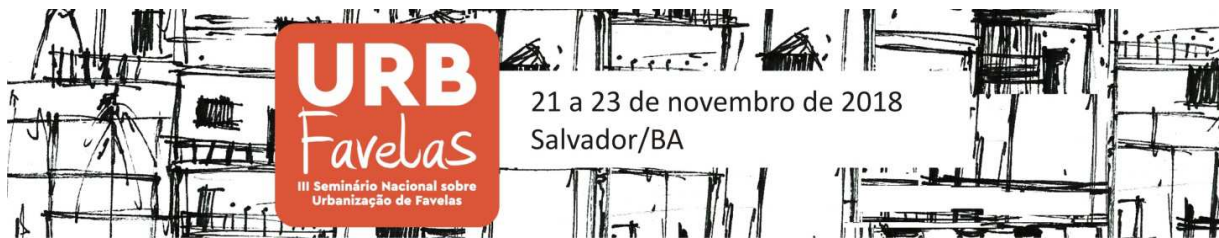
Assim, a ideia central é apresentar o direito de laje como uma nova maneira de pensar nas favelas enquanto espaço urbano regulado tanto pelas pessoas como pelo poder público, bem como as implicações nos diversos ramos do direito, tais como no direito urbanístico e no direito tributário. Pois, o marco legislativo fundiário transcende o reconhecimento do direito á moradia, ou seja, outros fatores como arrecadação são latentes nesse processo, e deste modo, não podemos deixar de lado as questões tributárias desses imóveis.

Posteriormente, apresentaremos o conceito do direito de laje além de identificá-lo como instrumento de inclusão urbana e de reconhecimento do direito humano à moradia nas favelas.

Após essa discussão inicial, passaremos então a uma breve reflexão acerca das interfaces do direito urbanístico, direito ambiental e direito tributário frente ao direito de laje, na perspectiva de não retroceder nos direitos já preservados pelo ordenamento jurídico.

Por fim, pretendemos propor uma perspectiva dialógica envolvendo o direito de laje como possível solução a questão da regularização das moradias em favelas.

¹ Ocupação consolidada e irreversível é aquela em que o prazo de ocupação da área, a natureza do imóvel, a localização das vias de circulação ou comunicação, os equipamentos públicos disponíveis, urbanos e comunitários indique a irreversibilidade da posse titulada em que induza o domínio.



Em relação a metodologia utilizada na pesquisa que originou o presente artigo, pontuamos que a mesma foi construída através da soma de dados bibliográficos colhidos na novel doutrina acerca do direito de laje e por método da observação participante.

2 O RECONHECIMENTO DO DIREITO DAS FAVELAS

O crescimento urbano nas cidades brasileiras é um dos resultados do processo de urbanização apoiado na expansão das periferias por meio de ocupações irregulares e clandestinas, culminando em um processo espacial acelerado, concentrado e desigual, realizado à revelia de parâmetros urbanísticos e do ordenamento jurídico de propriedade.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil possuía uma distribuição em percentual de sua população na década de sessenta de 55% na área rural e de 45% na área urbana. Atualmente, mais de 84% da população brasileira concentra-se em áreas urbanas e apenas 16% em área rural. Entretanto, a maior parte das pessoas que ingressaram nos grandes centros brasileiros, não conseguiram lograr êxito na aquisição de imóveis, tendo em vista o alto custo do acesso formal ao solo.

Neste cenário, não podemos olvidar que o crescimento populacional nas periferias foi influenciado pela dificuldade do acesso ao solo pelas populações de baixa renda, tendo em vista o seu elevado custo, restando assim, o acesso informal ao solo das áreas sujeitas a restrições quanto á ocupação, tais como, encostas de alta declividade, morros e áreas de mangue, pois estas são desprovidas de interesse do mercado imobiliário formal, uma vez que sequer possuem infraestrutura mínima de habitabilidade.

E deste modo, o processo de ocupação espacial aflorou nas principais capitais brasileiras, e na maioria dos casos de forma inadequada, em áreas impróprias à implantação de habitações.

Neste contexto da necessidade de garantir o mínimo da moradia, ainda que informal, surge à favela. Pois bem. Se não é possível comprar uma casa pronta, nem terreno onde autoconstruir, tem-se que buscar uma solução, qual seja, a favela².

² Entende-se por favela a área predominantemente habitacional, caracterizada por ocupação clandestina e de baixa renda, precariedade da infraestrutura urbana e de serviços públicos, vias estreitas e alinhamento irregular, ausência de parcelamento formal e vínculos de propriedade e construções não licenciadas, em desacordo com os padrões legais vigentes.



A favela é a conjugação de vários processos, quais sejam: expropriação dos pequenos proprietários rurais e da superexploração da força de trabalho no campo, que conduz a sucessivas migrações rural-urbana e também urbana-urbana, principalmente de pequenas e médias para as grandes cidades. É também produto do processo de empobrecimento da classe trabalhadora em seu conjunto (RODRIGUES, 2003, p. 37).

Segundo dados do IBGE (2010), foram identificados 6.329 aglomerados subnormais, em 323 municípios do País. Evidenciando-se um fenômeno metropolitano, pois 88,2% dos domicílios em favelas estavam concentrados em regiões com mais de um milhão de habitantes. As regiões metropolitanas de São Paulo, Rio de Janeiro e Belém, somadas, concentravam quase a metade (43,7%) do total de domicílios em assentamentos irregulares do País.

A maioria das estruturas urbanas existentes nas favelas surgiram de forma espontânea e irregular, através de invasões ou ocupações consentidas, resultando em agravamento do processo de favelização, e tornando-se uma “pseudo solução habitacional” para grande parte da população, tendo em vista a trajetória de desigualdade gerada por um processo de metropolização descuidada e de ausência de políticas públicas habitacionais.

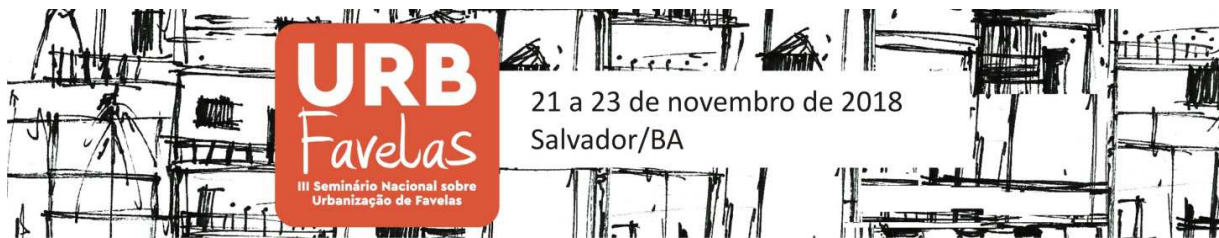
Entretanto, mesmo que o modo de vida e de reprodução social que vivenciam seja a solução possível para suas sobrevivências, usualmente os favelados são vistos como um dos grandes problemas para as cidades em que habitam. Tal visão, entretanto, além de explicitar um dilema já institucionalizado na atualidade, não inspira soluções melhores de acesso à moradia, do que as já encontradas pelos moradores de favelas (CORRÊA: 2012).

Neste contexto, restou ao poder público remodelar suas concepções e reconhecer o direito das favelas, através de intervenções urbanas (esgotamento sanitário; abastecimento de água potável; distribuição de energia elétrica), como forma de reconhecer esses espaços e desmistificá-los como locais exclusivamente desordenados, isto é, sem organização e sem lei.

Segundo Magalhães (2013, p. 22) nas favelas existe uma organização minuciosa, um exemplo dessa regulação pode ser visto com a publicação dos decretos nº 37.802 e 38.953, do Rio de Janeiro, que determinam a implantação do Serviço de Passageiros Complementar Comunitário do Município do Rio de Janeiro, o Cabritinho³.

Na prática, com a nova legislação, as pequenas kombis que transportam as pessoas, os chamados cabritinhos, foram regulamentados. Essa já era uma realidade na favela há muito tempo, porque são poucas as linhas de ônibus que sobem o morro e os

³. Pequenas kombis que transportam as pessoas.



teleféricos são recentes e não atendem a demanda. No dia a dia, são os cabritinhos que fazem o transporte dos moradores (Magalhães, 2013, p. 23).

O direito de laje, popularmente conhecido como puxadinho, é outro exemplo das “regulações sociais” dentro das favelas como espaço heterogêneo e insculpido de peculiaridades.

O direito de laje surgiu como prática construtiva e econômica operado por pobres; foram os pobres que deram uma solução registrária para o direito de laje, mantendo escrituras e registros das transações nas associações de moradores das favelas, operando como um sistema cartorário informal (Correa, 2010).

Deste modo, visualizamos que o reconhecimento dessas práticas pelo poder público demonstra a complexidade da realidade, na qual deve ser amoldada ao ordenamento jurídico (fático-legal), e não simplesmente esquecida pelo poder público.

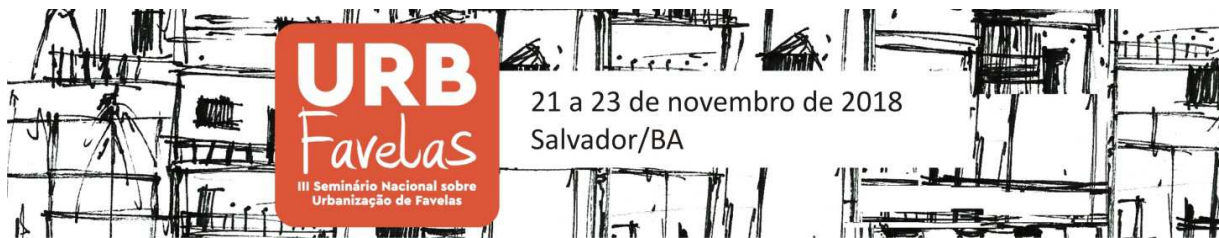
Surge então o processo formal de regularização fundiária e o direito de laje como alternativas de adequar a legislação à realidade brasileira, além de minimizar os efeitos do processo de urbanização desordenado, assegurar o direito humano à moradia e dar efetividade a função social da propriedade.

3 O DIREITO DE LAJE COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO URBANA

A figura do direito de Laje, conhecida popularmente como “puxadinho”, é um tipo de construção corriqueira nas periferias e núcleos urbanos de baixa renda no Brasil, na qual se instrumentaliza na concessão de um morador de habitação (edificada) inferior àquele que pretende efetivar-se na laje, ou seja, o direito de realizar a construção sobre a sua moradia.

Deste modo, através do Direito de Laje é possível reconhecer e impulsionar um fenômeno social muito comum que é a cessão do direito de construção na parte de cima de um imóvel, com a finalidade de se obter edificação autônoma.

Com a Lei nº 13.465/2017, o conceito de direito de laje foi positivado no ordenamento jurídico, consistindo na possibilidade de coexistência de unidades imobiliárias autônomas de titularidades distintas situadas em uma mesma área, de maneira a permitir que o proprietário ceda a superfície de sua construção a fim de o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo. Aliás, o direito de laje contempla o espaço aéreo ou o subsolo de terrenos públicos ou privados, tomados em projeção vertical, como



unidade imobiliária autônoma, não contemplando as demais áreas edificadas ou não pertencentes ao proprietário da construção-base.

Não podemos olvidar que, nas favelas sempre existiu diversas formas de coabitação e cessão de uso no que pertine à aquisição dos imóveis. Contudo, a compra e venda das lajes é um fenômeno social recente, tendo em vista está interligado com o processo de aglomeração urbana. Neste sentido, resta evidente que o processo de reconhecimento do direito de laje encontra-se ligado a regularização fundiária, uma vez que inicialmente há de ser necessária a regularização originária do solo para, posteriormente aplicar o instituto do direito de laje, com objetivo de reconhecimento do direito humano a moradia.

Cabe salientar que, antes mesmo da positivação do direito de laje, a doutrina já encabeçava o reconhecimento do instrumento frente ao ordenamento jurídico.

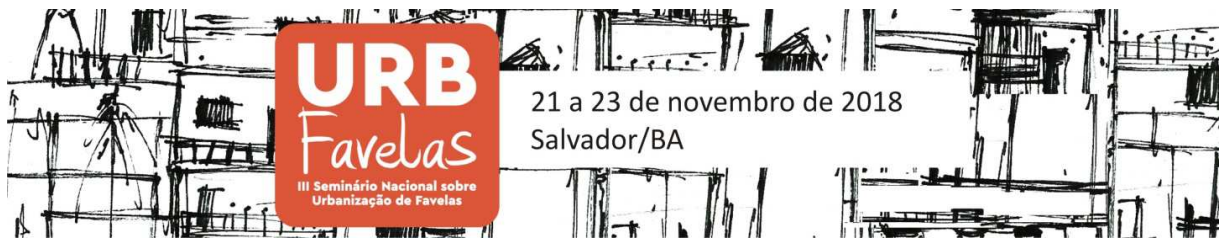
Ricardo Lira (1997), em um dos primeiros artigos sobre o tema, cria o termo “direito favelar”, reconhecendo sua existência fática, e já compara o direito de laje existente nas favelas com o previsto no direito suíço, classificando-o como “direito alternativo *stricto sensu*, com laivos de manifestação de pluralismo jurídico”, não importando aqui se reconhecido pelo Direito Oficial, ou se, como era o caso, utilizado de fato pelas comunidades.

Silvia Regina de Assumpção Carbonari (2007), aponta o direito de laje também como fato nas comunidades do Rio de Janeiro, sendo considerado um “direito sobre outro direito (oficial ou não)”.

Para outra parte da doutrina civilista o direito de laje não constitui um direito real novo, mas uma modalidade de direito da superfície por sobrelevação, o que caracteriza o direito de superfície e distingue o seu tipo dos demais direitos reais é a possibilidade de constituir um direito tendo por objeto construção ou plantação, separadamente do direito de propriedade sobre o solo (ALBUQUERQUE Jr, 2017).

No mesmo sentido, Cristiano Chaves e Nélon Rosenvald, classificam o direito de Laje como uma espécie de Direito de Superfície em segundo grau, na qual o superficiário estaria autorizado, contratualmente, a transmitir a um terceiro o direito de construir sobre o seu imóvel. Haveria uma tripartição de propriedade autônomas: a propriedade do solo, de titularidade do concedente; a propriedade da superfície, pertencente ao superficiário; e a propriedade da sobrelevação, que ingressaria no patrimônio do segundo concessionário” (FARIAS, 2009.p.422).

Em síntese antes da institucionalização do direito de laje tínhamos duas correntes doutrinária, quais sejam: 1) a primeira corrente não admitia o direito real de laje por falta de previsão legal, tendo em vista que o rol de direitos reais é taxativo, e sendo assim, apenas a lei pode criar direito real de laje; e 2) Admite o direito real de laje através do direito de superfície (direito de construir/plantar em imóvel alheio), utilizando de uma interpretação ampliada



desse direito real, a citada corrente fundamenta-se no art. 1.369 do Código Civil, Art. 21 do Estatuto das Cidades e enunciado 568 da IV Jornada de Direito Civil, vejamos os dispositivos:

Art. 1.369. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

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

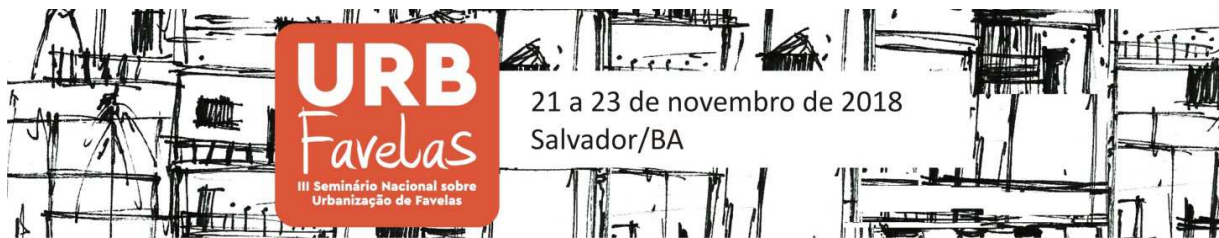
Enunciado 586 da IV Jornada de Direito Civil

O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato, admitindo-se o direito de sobrelevação, atendida a legislação urbanística.

Nesta seara, a norma prevista no Código Civil e na Lei 10.257/2001, deve ser interpretada de modo a conferir máxima eficácia ao direito de superfície, que constitui importante instrumento de aproveitamento da propriedade imobiliária. E neste aspecto, a base normativa reconhece a possibilidade de constituição de propriedade superficiária sobre o subsolo ou sobre o espaço relativo ao terreno, bem como o direito de sobrelevação.

Entretanto, com a normatização através da Lei nº 13.465/2017, e suas alterações no Código Civil, restou claro que o legislador optou por conferir autonomia ao direito de laje, constituindo em um novo direito real previsto nos Arts. 1225, XIII, e 1.510-A, com objetivo de atenuar o crescimento urbano desordenado, bem como retirar os moradores da informalidade, reconhecendo assim, a concretização da função social da Cidade e o Direito Humano à Moradia. Assim, não podemos olvidar que a Lei nº 13.465/2017, efetivou um tratamento diferenciado, declinando assim, a necessidade de se forçar uma interpretação.

Nesta perspectiva positivada no ordenamento jurídico, surge algumas indagações, quais sejam, o direito de laje encampa dupla dimensão? Isto é, um direito de fruição de coisa alheia e de outra banda tem a natureza de um direito de propriedade. A dimensão de direito de fruição de coisa alheia funda-se no sentido de que o indivíduo que construiu sobre outra moradia (edificação) tem a perspectiva de que em relação ao solo e a primeira construção o titular do direito real de laje tem um direito real de coisa alheia, uma vez que está edificando sua moradia na primeira construção e no solo. De outro modo, a própria construção sobre a laje é um autêntico direito de propriedade.

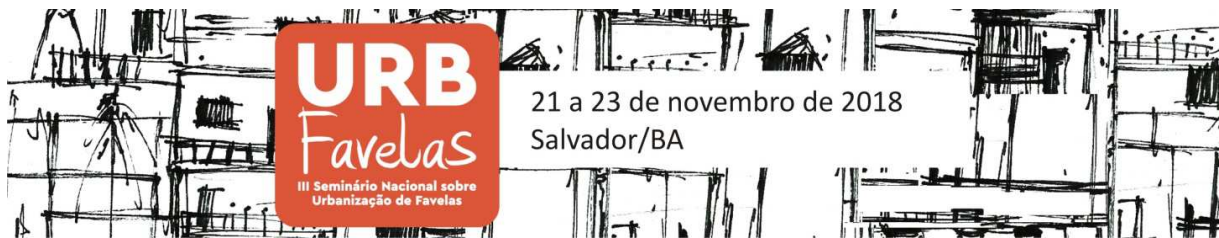


A problemática da qualificação jurídica da laje, é deveras importante, tendo em vista os efeitos jurídicos acerca dos direitos reais de coisa alheia e direitos reais de coisa própria. Pois bem. No caso de entender que o direito de laje constitui direito real sobre coisa alheia, resta evidente o afastamento do direito de sequela, e neste caso o titular do direito de laje teria apenas acesso aos interditos possessórios.

De outra lado, o Professor Vitor Frederico Kümpel, sustenta que o *direito real de laje é um direito real sobre coisa própria*, limitado externamente por uma série de deveres que incidem em outras tantas situações jurídico reais, e que em nenhuma destas situações têm o poder de neutralizar o caráter de verdadeiro proprietário atribuído ao titular.

Salienta Vitor Frederico Kümpel, que o direito real sobre coisa própria é aquele em que há uma unidade de poder, toda ela circunscrita a um único titular, que é exatamente o caso da laje. Não há uma divisão de poder, como ocorre nos direitos reais sobre coisa alheia de fruição, garantia ou aquisição. Não há dois titulares; o titular do imóvel-base não guarda vínculo jurídico real com o titular da laje superior ou inferior. O que há entre eles são direitos e deveres, na medida em que existem áreas comuns, tal qual ocorre nos direitos de vizinhança. A relação jurídica estabelecida entre o titular da propriedade da construção-base e os titulares das lajes é grandemente informada pelo negócio jurídico constitutivo do direito em discussão. Derivam-se efeitos no plano obrigacional, ordinariamente. Não se está a negar que o negócio jurídico molde uma parte da relação jurídica real. Essa questão se relaciona à ampliação dos poderes negociais em termos de modulação das situações reais, fenômeno usualmente reconduzido ao contemporâneo *enfraquecimento* do princípio da tipicidade dos direitos reais (ou ao que quer que se entenda por essa chamativa rubrica). Mas o eventual espaço para essa autorregulamentação não é capaz de influenciar decisivamente a qualificação do direito real (isto é, sua colocação junto a uma daquelas duas principais categorias dos direitos reais). Tanto menos no caso do direito real de laje. Uma vez edificada a construção sobreposta (ou subterrânea), aberta a matrícula e registrado o imóvel em nome do pretendente, consolida-se a situação jurídica marcada pelo exercício *exclusivo* de poderes sobre a unidade.

Neste contexto, nos filiamos a corrente, na qual o direito de laje é um direito real sobre coisa própria. E deste modo, tal perspectiva será o ponto nodal para as análises do direito ambiental, urbanístico e tributário. Não obstante, visualizarmos o direito de laje em três níveis frente ao direito de propriedade, quais sejam, propriedade do solo, propriedade da



primeira construção (superfideiúta) e propriedade da laje. Todavia, nos três níveis o reconhecimento do direito à moradia é latente.

De outra banda, salientamos que, a normatização do direito de laje oportunizou a abertura de matrícula autônoma decorrente da unidade imobiliária originária, bem como a permissão de constituição do direito de laje sem submissão ao regime do condomínio edilício, desburocratizando assim, os ditames da lei de registro público em detrimento de uma maior amplitude da função social da cidade e da propriedade.

O reconhecimento do direito real de laje é um avanço no que tange a função social e econômica da propriedade. Pois, não se pode olvidar que a laje também é utilizada para acrescer o aspecto econômico das famílias, seja pela venda do imóvel, seja pelo aluguel, uma vez que o valor pecuniário adquirido através do negócio jurídico pode ser utilizado na realização de melhorias do proprietário originário da construção-base e para a fomentação do direito a moradia.

Não resta dúvidas que, o processo de formalização da regularização fundiária e do direito de laje aponta um novo rumo de instrumentos jurídicos para política urbana, na qual visa adequar a realidade social ao ordenamento jurídico, bem como dar cumprimento a efetividade da função social da propriedade.

Também nesse sentido, podemos citar o Tratado sobre cidades, vilas e povoados sustentáveis, elaborado durante a ECO-92:

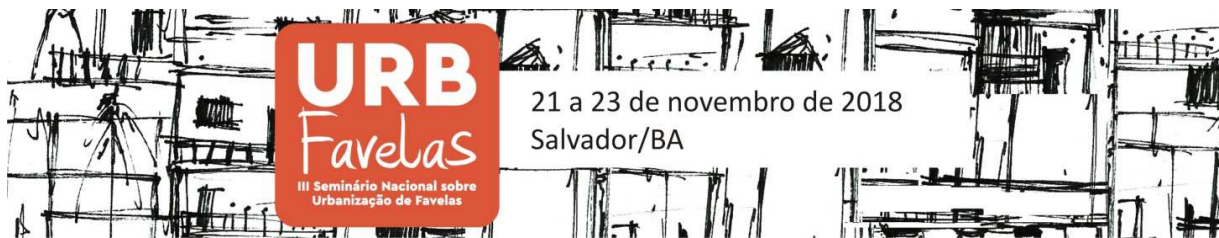
Segundo Rogério Gesta Leal (2003, p. 164): o tratado sobre cidades, vilas e povoados sustentáveis, elaborado durante a ECO-92, aponta com clareza os princípios que devem nortear a política urbana, consistindo em três fundamentos básicos: a) direito à cidadania, ou seja, a participação dos habitantes das cidades na condução de seus destinos; b) gestão democrática da cidade, esta compreendida como submissão do planejamento do espaço urbano ao controle e participação da sociedade civil e c) a função social da cidade e da propriedade.

Coerente com esse entendimento elencamos ainda o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), destacando-se do seu art. 2º:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

I – gestão democrática por meio da participação da população e de associações



representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

(...)

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente.

De outra banda, a formalização do direito real de laje no ordenamento jurídico brasileiro possibilita que o legítimo detentor da posse exerça, concomitantemente, o seu regular domínio, além de facilitar a negociação dos imóveis através de critérios definidos e sem caráter especulatório, afastando assim, os preços exorbitantes e flutuantes para quem tem a necessidade de adquirir um imóvel.

Ademais, o poder público passa a ter competência para estabelecer diretrizes básicas para a urbanização de tais centros, localizados nas periferias e favelas das cidades, através da individualização das unidades imobiliárias nos cartórios de imóveis.

Portanto, o direito de laje surge como uma real alternativa à falta de moradia da população de baixa renda, bem como representa um instrumento de inclusão urbana e econômica, não só pelo grande número de unidades comercializadas, diariamente, como também pelos valores agregados às mesmas, além de propor uma nova forma de pensar as favelas enquanto espaço regulado tanto pelas pessoas como pelo poder público.

Cabe trazer á baila, o exemplo prático de que o direito de laje é instrumento jurídico capaz de viabilizar a regularização fundiária de imóveis. Pois bem. No Estado de Pernambuco, tivemos a primeira sentença no Brasil que reconheceu o direito de laje.

O juiz Rafael José de Menezes, ao julgar simultaneamente as Ações de Usucapião⁴ nº 0027691-84.2013.8.17.0001, e nº 0071376-44.2013.8.17.0001, reunidas por força de conexão, acatou o integralmente primeiro pedido relativo a um imóvel urbano de 461,47m², localizado no bairro da Água Fria, na Capital do Estado; no segundo pedido, relativo a um imóvel menor de 38,18 m² construído sob o primeiro imóvel, ao afastar o direito à prescrição aquisitiva por se tratar de posse derivada, reconheceu, entretanto, os requisitos para a concessão do direito de laje, determinando assim o registro deste direito no Cartório de Registro de Imóveis, podendo o titular usar, gozar e dispor de seus direitos nos termos da Lei. Nas ações acima, o

⁴https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/478848629/andamento-do-processo-n-00276918420138170001-do-dia-18-07-2017-do-dipe?ref=topic_feed. Acesso em 25.07.2017.



juiz reconheceu também a situação fática dos imóveis, ao constatar que a casa da autora da segunda ação, foi construída na superfície superior ao imóvel de seu pai, autor da primeira ação, razão pela qual entendeu pela aplicação e constituição do direito de laje, previsto no art. 1.510-A do Código Civil.

Neste aspecto, a respeitável decisão levou em consideração que é fundamental a regularização das posses e propriedades para que posteriormente houvesse a constituição dos direitos de laje. Restando latente a utilização da usucapião como instrumento de regularização fundiária seguido do direito de laje como reconhecimento da moradia.

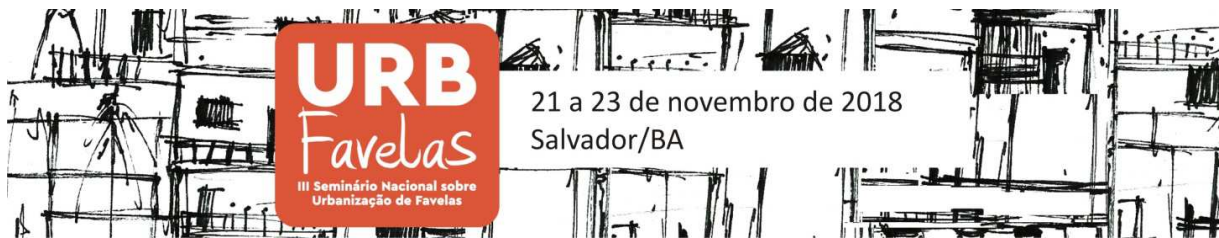
Portanto, o reconhecimento do instrumento do direito de laje potencializa o direito de moradia, consubstanciado na Constituição Federal como um direito fundamental e social ancorado nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, a erradicação da pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

4 A INTERFACE URBANÍSTICAS E AMBIENTAL NO DIREITO DE LAJE

No mundo hodierno, fomenta-se a linha do urbanismo sustentável, pautado na ideia de política integrada à política ambiental e outras políticas comunitárias. Cabe ressaltar, nessa linha de apoio aos movimentos de cidades sustentáveis: 1) em 1992: Carta Urbana Europeia (direitos urbanos fundamentais expressos na fórmula direito à cidade) e a Conferência do Rio (Agenda 21); 2) em 1994: Carta de Aalborg; 3) em 1996: Declaração Habitat II de Istambul e o Plano de Ação de Lisboa; 4) em 1998: Nova Carta de Atenas (intenção corretiva da Carta de 1993); 5) em 2000: Declaração de Hannover; 6) em 2003: Aprovação pelo Conselho Europeu Urbanístico de revisão da Nova Carta de Atenas.

Deste modo, visualizamos importantes marcos legais referentes à política urbana, precedentes aos Estatuto das Cidades, de certo modo, acompanharam a história geral em que houve uma primazia da política habitacional (titulação de propriedade e autoconstrução) sobre a política urbana e a posterior valorização da política urbana, inclinando a integração com a política habitacional.

Nesta seara o choque de leis urbanísticas espalhadas pelo Brasil desde a década de 70, através de Plano diretores, Lei do PREZEIS, Lei de Parcelamento do Solo Urbano, Estatuto das Cidades, dentre outras, fomentaram a preocupação com três aspectos fundamentais:



função social (propriedade e cidade), sustentabilidade e equilíbrio.

No aspecto da função social insere-se no capítulo das garantias individuais (art. 5º, XXIII); indica diretrizes de concreção da função social da propriedade urbana (Art. 182, § 2º), inclusive esta aferível pela compatibilidade com o plano diretor e o aproveitamento socioambiental equilibrados.

No aspecto da sustentabilidade o cerne da questão é o trato dos espaços urbanos, buscando qualidade de vida à população sem sobrecarga ambiental (Comissão Europeia, 1996). Remonta, pois um cenário multifacetado de integração de espaços urbanos, públicos e privados, em vista da necessidade de múltiplas acomodações econômicas, sociais e ambientais.

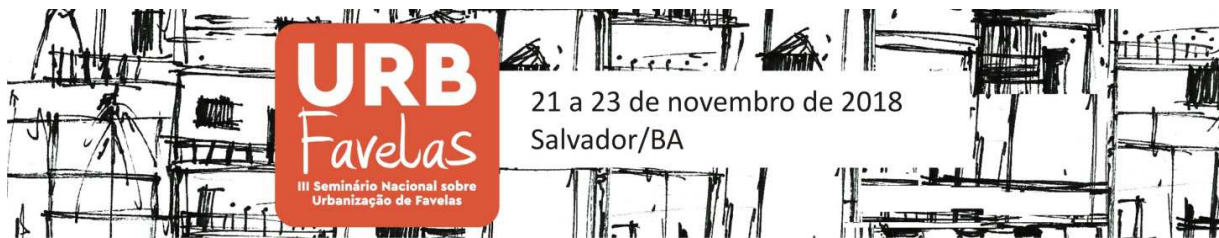
O Estatuto das cidades prescreve as diretrizes gerais da política urbana, qual seja, garantias do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

No aspecto do equilíbrio a ideia central está pautada em buscar o equilíbrio das diversas funções como a moradia, infraestrutura, saneamento, dentre outras, bem como entre a preservação do presente e a preservação do futuro, seja oriundo do estatal ou do não estatal, entre o urbano e o rural, entre as ofertas de bens urbanos e a necessidade dos habitantes, entre o emprego do solo e a infraestrutura real.

Neste contexto, o direito real de laje deve ser utilizado como um meio de adaptação da realidade à legislação brasileira, mas não poderá afastar dos princípios previstos da política urbana, isto é, não podemos apenas fomentar uma política habitacional desordenada, mas sim uma política habitacional conjugada com os princípios da política urbana.

Ocorre que, a Lei 13.465/2017, no afã de desobstruir as veias do poder público adequando a legislação à realidade brasileira, com objetivo de dar cumprimento e efetividade a função social da propriedade e o reconhecimento do direito humano à moradia não previu expressamente a tutela do direito ambiental acerca do direito de laje. E deste modo, o direito de laje não dialoga com Estatuto das Cidades e legislações ambientais.

E sendo assim, faz-se necessário aprofundamento na temática, pois a legislação precisa ser simplificada, mas não pode afastar direitos adquiridos pela sociedade. Nesta senda, cabe invocar o princípio da proibição do retrocesso social, no qual visa garantir o progresso



adquirido pela sociedade durante os períodos de mudanças e transformações, tendo como ideia central tanto a legislação como as decisões judiciais não podem abandonar os avanços que se deram ao longo desses anos de aplicação do direito constitucional com a finalidade de concretizar os direitos fundamentais.

Observa que, a partir da regulação dos direitos fundamentais, surge legítima pretensão a que a disciplina normativa não seja revogada ou, o que é caminhar no mesmo sentido, que a regulação não seja protelada indevidamente nem substituída por normas menos realizadoras dos direitos fundamentais LEIVAS (2006, p.83).

Essa eficácia impeditiva de retrocesso é uma das características funcionais dos direitos fundamentais que não admitem retrocessos, revelando-se como um marco de evolução intangível. Sobre o “legislador de configuração”, essa diretiva cria um obstáculo às mudanças de conformação que devem reproduzir, no mínimo, a efetividade ou fruição (Sampaio, 2002, .672).

Neste ponto, precisamos avançar em mecanismos de adaptação do direito de laje e a tutela ambiental, sob pena de violar os princípios previstos no política nacional do meio ambiente, os quais visam a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no país, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

Nesta perspectiva, a municipalidade deverá observar a tutela ambiental na constituição do direito de laje, desde a melhoria das condições do meio ambiente, incluindo o saneamento, o controle de risco de desastres naturais, preservação e a recuperação do meio ambiente, com vistas a sustentabilidade do meio ambiente para que todos os indivíduos integrantes da sociedade possam desfrutar de uma vida minimamente digna.

Na dimensão urbanística a constituição do direito de laje ficou a cargo dos municípios e do Distrito Federal, no que pertine à disposição de normas sobre posturas edilícias e urbanísticas.

A Lei nº 13.465/2017, apenas elencou um campo reduzido de observações na integração do núcleo urbano à cidade formal, qual seja, condições de infraestrutura; acessibilidade; vedação ao titular da laje de prejudicar com obras novas ou falta de reparação a segurança, a linha arquitetônica ou o arranjo estético do edifício; e a instituição de um sucessivo direito real de laje desde que respeitadas as normas edilícias e urbanísticas do município.

Neste aspecto da dimensão urbanística ainda merece reflexão como serão tratadas as demarcações necessárias para acesso da via pública para o titular da laje sobreposta, bem como a adequada definição de testada do imóvel para a via pública.



Outro ponto de reflexão será atinente a forma de participação da municipalidade no procedimento de aprovação do direito de laje, uma vez que é do Município a competência para regular o uso da propriedade territorial urbana, sendo plenamente possível a existência de proibição expressa de constituição deste tipo de direito real sobre imóvel, fundamentado no interesse da preservação de um menor adensamento do uso do solo urbano.

Neste contexto, a solução plausível para o reconhecimento do direito real de laje e a chancela da tutela ambiental é a implementação de um processo de regularização fundiária que viabilize interligação do instrumento do direito de laje, pois neste caso, o projeto de regularização fundiária teria aprovação urbanística e ambiental, atestando assim, a viabilidade de levantamento de nova edificação sobreposta ou sotoposta à construção-base. E no caso daquelas que já foram edificadas caberia ao poder público a avaliação das condições de infraestrutura, segurança estrutural, atestando assim, viabilidade da edificação.

Neste contexto, resta evidente que outras legislações serão produzidas com objetivo de dar viabilidade prática ao direito de laje frente aos diversos instrumentos do processo de regularização fundiária e as normatizações urbanísticas e ambientais.

Diante do exposto, aclaramos que neste momento todas as considerações são atinentes as primeiras impressões sobre as concepções civis, urbanísticas e ambiental a serem desenvolvidas, a partir do exame e interpretação das novas normas.

5. O DIREITO DE LAJE E AS REPERCUSSÕES NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

O direito não se constrói pela linguagem. O direito se movimenta, se comunica e se descreve pela mensagem entre os agentes da relação jurídica, e o canal condutor é linguagem. O direito se constrói pela busca da essência do objeto.

O objeto do presente tópico é o texto legislativo, ou seja, a Lei nº [13.465](#), de 11 de julho de 2017, mais precisamente, os aspectos tributários de tal norma. Esse será o conteúdo dogmático de referência.

O prof. Olavo de Carvalho conceitua função do interprete e da sua busca sobre o objeto a ser interpretado “ o filósofo contempla as coisas para captar a sua essência (eidos), patenteando (aletheia) o seu verdadeiro ser (ón); em seguida o filósofo dizia



(logos) o que era essas coisas, patenteando em palavras (aletheia) o verdadeiro ser (ón) que estava oculto” (CAVARLHO, pg. 144, 2015).

O direito tributário tem sua própria autonomia científica, com princípios, lei e conceitos próprios. Exemplos de termos significativos próprios do direito tributário estão: “contribuintes”, “responsáveis”, “impostos”, “taxas”, etc. Esses são termos que por necessidade didática, foram construídos semanticamente para atender as estruturas e necessidades do direito tributário.

Em parte da doutrina entende que, a ciência do direito tributário é considerada como “direito de superposição”, ou “direito de piso”. Isso significa que para alguns aspectos de incidência tributária é necessário que tal disciplina acolha conceitos pré-determinados em outros “direitos”, e assim completar o trabalho hermenêutico.

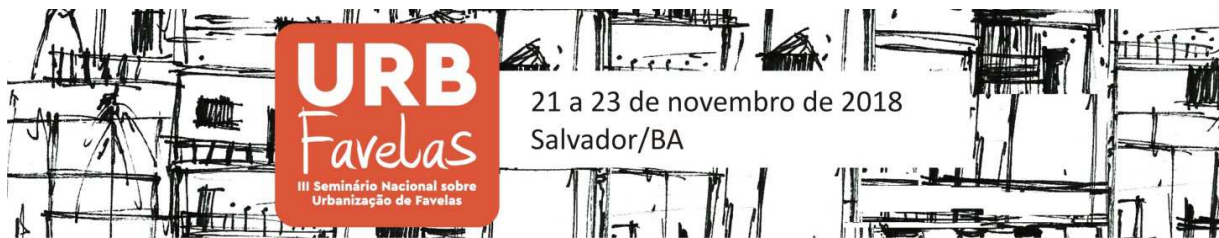
Não pode o direito tributário modificar o conceito de “propriedade”, “posse”, “mercadoria”, etc, deve o interprete de tal ramo, se utilizar dessas pré-compreensões desenvolvidas nesses outros ramos do direito (direito civil, direito do trabalho, previdenciário, etc).

A interpretação do direito tributário então é conhecida como é uma interpretação heterônoma, ou seja, que ela abarca necessariamente alguns conceitos do direito privado, contudo, não existe uma “subordinação” ou “preferência”, mas limite legislativo de aplicabilidade dos institutos. O direito tributário é subordinado unicamente a Constituição Federal.

O Código Tributário brasileiro em seu artigo 109 c/c 110 fixa esses limites interpretativos no âmbito do Direito Tributário. As normas estabelecidas pelos dispositivos do artigo 110 e 109 do CTN devem ser consideradas como normas indicadoras para o intérprete tendo em vista que a atividade interpretativa é ampla, com diversos difusores de sentidos, contudo o único que forma a coisas julgada material é a judicial.

A professora Piscitelli descreve o sentido normativo e interpretativo dos limites positivados pelo Código Tributário Nacional:

“Isso porque o referido artigo 110 inviabiliza a adoção de conceitos diversos daqueles consagrados no direito privado na hipótese de serem utilizados pelo texto da Constituição para delimitar competência tributária.” (PISCITELLI, pg.92,2007).



Para a delimitação do nosso estudo elegemos análise do novo direito instituído pela lei e denominado pelos seus propulsores como “ direito de laje”. Os aspectos históricos e elemento Direito Civil já foi analisado no presente artigo iremos nos limitar unicamente aos aspectos de relação tributária, ou seja, as incidências tributárias sobre aqueles que estão no manto desse instituto.

Contudo devemos estabelecer, ou firmar qual a natureza jurídica que envolve o denominado direito de laje. Trata-se inicialmente de um direito privado, da subdivisão de direito civil. A primeira indagação, após esse corte metodológico, é: o direito real próprio o autônomo ou um direito real sobre coisa alheia?

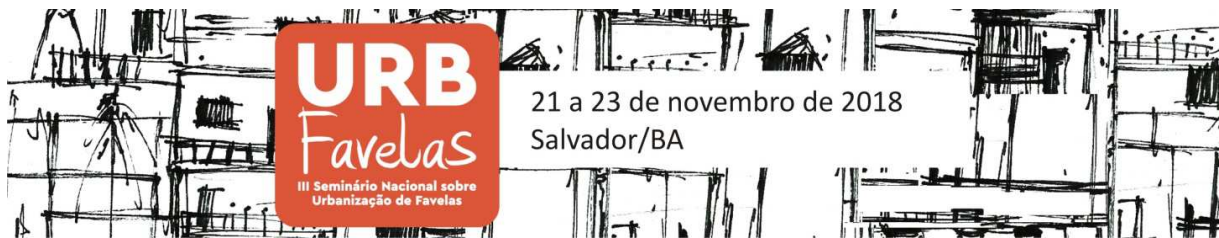
Esse corte metodológico interpretativo sobre direito civil já foi desenvolvido alhures, contudo, vamos lembrar tendo em vista a importância ímpar para o direito tributário. Isso porque, a depender da situação do sujeito na relação jurídica em que envolve o imóvel, irá alterar como consequência, a sua categoria na sujeição passiva tributária.

O conceito de sujeito passivo da obrigação tributária é assim descrito “sujeito passivo da obrigação tributária é, por sua vez, a pessoa física ou jurídica, privada ou pública, de quem se exige o cumprimento da prestação pecuniária. Esse é, em termos jurídicos, o contribuinte, ou seja, aquele que deve realizar o pagamento dos tributos eventualmente devidos” (CARVALHO, pg. 552, 2008).

O art. 1.510-A, §2 do CC lança alguns elementos preponderantes para a interpretação tributária do instituto, contudo vazia de sentido e ambíguas diante da bipartição entre contribuintes e responsáveis tributários. Pois em termos gerais ambos os sujeitos passivos da relação jurídica tributária são “responsáveis econômicos e financeiros” pelos seus fatos jurídicos tributários.

O Paulo de Barros Carvalho adverte sobre o complexo interpretativo do hermenauta tributário:

“A missão do exegeta dos textos jurídicos –positivos, ainda que possa parecer facilitada pela eventual coincidência da mensagem prescritiva com a sequência das fórmulas gráficas utilizadas pelo legislador (no direito escrito), oferece ingentes dificuldades se a proposta for de um exame mais sério, e atilado. E, sendo o direito um objeto da cultura, invariavelmente penetrado por valores, teremos, de um lado, as estimativas, sempre cambiantes em função da ideologia de quem interpreta de outro, os intrincados problemas que cercam a metalinguagem, também inçada de dúvidas sintáticas e de problemas de ordem semântica e pragmática.” (CARVALHO, pg. 184, 2008).



Se afirmarmos que o “direito de laje” é um direito sobre coisa alheia, em termos tributários poderia afirmar que ele poderá se caracterizar como responsável tributário, nos termos do art. 128 c/ c art. 130 do CTN. Contudo, se afirmar que o “direito de laje” é um direito próprio sobre a propriedade imóvel, a regra-matriz de incidência tributária em seu critério subjetivo para o proprietário como contribuinte, nos termos do art. 121, §1, I do CTN.

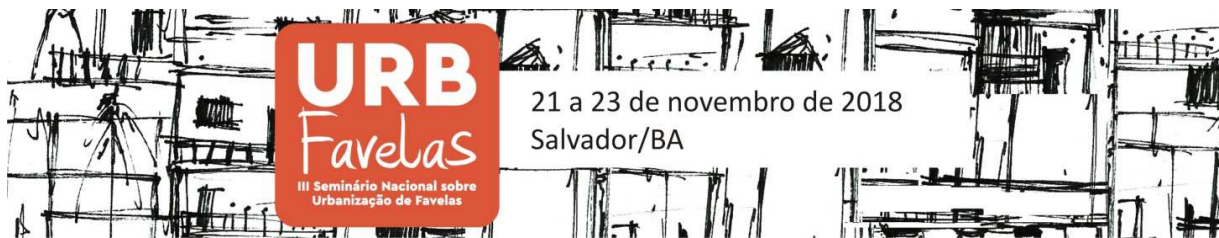
Descartamos, desde já da impossibilidade jurídica de defesa que o “direito de laje” esteja contido, no conceito jurídico de “condomínio”. O lançamento dessa categoria, condomínio, é formada de modo apressado com a análise isolada do art. 1.510C, do CC, é um sofismo abduativo⁵, pela simples percepção literal.

As mesmas exigências de preservação e condições de exercício do titular do direito são obrigadas aos imóveis que tenham a parede como elemento divisório entre o imóvel e outro, e nem por isso esses titulares são caracterizados como condôminos. A nossa negativa a classificação de condomínio é por falta dos aspectos materiais do conceito diante do nosso Código Civil.

Para uma edificação, mais precisa do instituto, nos remetemos a origem do direito ocidental, seja nos recorremos ao direito romano. Nos termos do Direito Romano a propriedade é: “A propriedade (dominium, proprietas) é um poder jurídico absoluto e exclusivo sobre uma coisa corpórea. A propriedade é considerada como uma relação direta e imediata entre a pessoa, titular do direito e a coisa”(MARKY, pg. 65, 2015).

O “uso do direito de propriedade” é diferente ontologicamente do “direito de propriedade”. O direito de propriedade é estático, o uso do direito de propriedade é dinâmico. Sobre a dinâmica, ou seja, o uso do direito de propriedade a doutrina social da igreja católica deu os primeiros passos para o conceito moderno de “função social da propriedade”, senão vejamos:

⁵“A lógica dos sinais ou lógica das aparências, que Epicuro opõe a lógica dos conceitos (que ele conhecia através de Aristóteles), sistematiza os raciocínios do tipo “onde há fumaça, há fogo”, fazendo deles o supremo critério do conhecimento. Tais raciocínios, que a lógica tradicional e moderna chama de abduativos, são abundantemente usados na vida diária, mas qualquer principiante de filosofia sabe que o valor deles é apenas retórico e persuasivo. Servem para exemplificar e comunicar ideias, não para prová-los” Carvalho, Olavo de. O Jardim das Aflições, pg. 92/93.



“Com efeito, a chamada justiça comutativa obriga a conservar inviolável a divisão dos bens e a não invadir o direito alheio, excedendo os limites do próprio domínio; mas que os proprietários não usem do que é seu, senão honestamente, é da alçada não da justiça, mas de outras virtudes, cujo cumprimento “não pode urgir-se por vias jurídicas”; Por isso, sem razão afirmam alguns que o domínio e o seu uso são uma e a mesma coisa.” (PIO XI, pg. 290, 2004).

Tais conceitos foram incorporados a nossa legislação civil no art. 1.228, XIII e de aplicabilidade tanto no direito privado, quanto no direito público, nitidamente no direito tributário, art. 182, § 4º, II da CF.

No artigo supracitado o legislador estabelece os elementos e requisitos mínimos para que um sujeito de direito esteja incluído na relação jurídica e qualificando como proprietário de algo ou alguma coisa. A dúvida sobre a natureza jurídica real do “direito de laje” é suprimida com o teor do art. 1.225, c/c art. 1.228, XIII. A interpretação dos institutos do direito devem ser feitas de forma sistemática e sempre preservando a unidade do sentido.

“A interpretação conduz ao entendimento da modalidade de aplicação da norma em determinada hipótese: se ela é obrigatória, proibida ou permitida. A teoria formal não interpreta normas isoladas. Ela apenas abstrai esses conteúdos normativos contingências, para edificar um arcabouço formal, indispensáveis à construção cientificamente autônoma que empreende.” (BORGES, pg.33, 1999).

O que se põe em cheque para os desdobramentos jurídicos tributários sobre o direito de laje é o momento da incidência real e concreta, ainda no âmbito do direito civil. E com essa premissa interrogativa, tomamos o ensinamento que “A incidência é infalível, o que falha é a sujeição à eficácia jurídica” (BECKER, pg. 54, 2004).

A legislação estabelece uma divisão imobiliária sobre o mesmo objeto, nos termos do art. 1.510-A do CC. Esse enunciado faz divisor de águas juridicamente perceptível. O termo utilizado, o verbo utilizado na regra matriz de incidência, para o nascedouro do direito de Laje é “ceder”.

Sem a cessão, a transferência, a mudança jurídica qualificada da superfície do titular da construção base, não podemos descrever ou analisar o direito de laje, e conseqüentemente não podemos destrinchar os aspectos jurídicos tributários que envolve o instituto. Até a transferência toda a propriedade imobiliária é um conjunto único, que em termos jurídicos tributários, envolve apenas um objeto de incidência normativa.

A partir desse momento a pessoa (o sujeito jurídico da relação) torna-se proprietário imobiliário de um imóvel. Sem ressaltar que tal cisão do imóvel (com a construção base),



acarreta consigo a manutenção e limites do direito de propriedade geral. Com a instituição do direito de laje após a cisão, surge de maneira simultânea a relação jurídico-tributária, agora do proprietário da laje com os entes tributantes.

Contudo para que essa relação jurídica tributária, incida e não seja meramente hipotética em termos doutrinários, se faz necessário a costura legislativa pelos instrumentos jurídicos apropriados. Por meio do exercício do poder legislativo, ou seja, não é pelo código civil que o município poderá cobrar o IPTU sobre a laje. Não é por conta única e exclusivamente da modificação do legislador nacional, que o município poderá cobrar ITBI ao se alienar a propriedade constituído pelo direito de laje.

Entendemos que a observância ao estatuto constitucional do contribuinte será necessária que todos os entes municipais publiquem as respectivas legislações normas tributárias aptas e qualificadas para atender os novos fatos jurídicos tributários. O princípio da legalidade tributária, art. 150, I da CF, deve ser interpretado de maneira restrita.

A defesa do contribuinte deve ser o foco principal, de todo poder da República. A doutrina social da igreja, com o Papa Pio XI, enunciou os limites da função estatal “é evidente, porém, que a autoridade pública não tem direito de se desempenhar arbitrariamente desta função: devem sempre permanecer intactos o direito natural de propriedade e o que tem o proprietário de legar os seus bens. São direitos estes, que ela não pode abolir, porque “o homem é anterior ao Estado” (PIO XI, pg. 292, 2004).

Toda tributação é uma forma de *agressão autorizada*, uma servidão voluntária, nas palavras de Frederick Hayek, e na doutrina social da igreja católica “Eis porque o sábio pontífice declarava, também, que o Estado não tem direito de esgotara propriedade particular com excessivas contribuições” (PIO XI, pg.292, 2004).

A interpretação equivocada de aproveitamento das normas de IPTU, por exemplo, para os novos fatos geradores, data vênua, entendemos ser inconstitucional. Primeiro inconstitucional por afrontar o princípio da legalidade restrita, art. 150, I da CF e inobservância do art. 116, II do CTN e segundo por inobservância a regra constitucional da irretroatividade, art.150, III, “a” da CF.

Diante desse contexto, algumas explicações se fazem necessárias. A interpretação do direito tributário, permite a retroação em casos específicos, art. 112 do CTN, e em nenhuma delas existe a possibilidade de retroação para a cobrança de novas hipóteses de incidência.



O princípio da legalidade no direito tributário tem como eficácia normativa a necessidade de efeitos pró futuro, essa exegese, pode ser construída de forma sistemática nos art. 114, 116, II do CTN. A da irretroatividade é uma garantia de segurança para os sujeitos passivos da relação jurídica tributária.

5.1 REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA DOS TRIBUTOS DERIVADOS DO DIREITO DE LAJE.

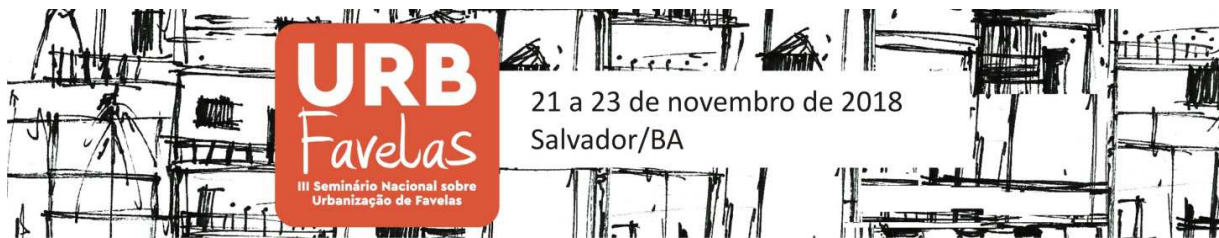
O objeto central para a análise é o “imóvel”. Derivada dessa informação, lançamos os seguintes questionamentos: i) quais os impostos que recaem sobre o imóvel? ii) quais os impostos que incidem nas operações imobiliárias de transferência do direito de laje? iii) após a aquisição do direito de laje, quais os tributos iram recair sobre o patrimônio imobiliário?

Para tanto utilizaremos a metodologia da regra matriz de incidência tributária formulada pelo professor Paulo de Barros de Carvalho. Atualmente essa metodologia tem tido uma grande aceitação acadêmica e prática, e essa união tem uma grande relevância pois “a prova de uma doutrina, filosófica ou científica ou religiosa, é sempre de ordem intelectual e lógica, e o valor de um método se mostra por seus resultados práticos” (CARVALHO, pg.63, 2015).

A regra matriz de incidência⁶ é composta por duas partes, um antecedente e um conseqüente jurídico. O antecedente normativo é composto por um critério material, um critério temporal, critério espacial, o conseqüente jurídico é composto pelo critério subjetivo e critério quantitativo.

Temos que manter a unidade do objeto, a manutenção ontológica da relação jurídica tributária, é o principal para a construção científica. A utilização da metodologia da regra matriz de incidência tributária, não desqualifica, ou reduz a relação jurídica tributária. A

⁶“Chamamos de “regra-matriz de incidência”, as normas padrões de incidência, aquelas produzidas para serem aplicadas em casos concretos, que se inscrevem entre as regras gerais e abstratas, podendo ser de ordem tributária, previdenciária, penal, administrativa, constitucional, civil, trabalhista, comercia, etc, dependendo das situações objetivas para as quais seu vetor semântico aponta. Na expressão “regra-matriz de incidência”, emprega-se o termo “regra” como sinônimo de norma jurídica, porque trata-se de uma construção do intérprete, alcançada a partir do contato com os textos legislados. O termo “matriz” é utilizado para significar que tal construção serve como modelo padrão sintático- semântico na produção da linguagem jurídica concreta. E “de incidência”, por que se refere a norma produzida para serem aplicadas.” *In*, Aurora Tomazine, Curso de Teoria Geral do Direito. São Paulo: Noeses, 2010, pg. 284.



separação em partes do mesmo objeto deixa mais claro e concentra o que compõe a incidência tributária para a formação unitária.

O professor Olavo de Carvalho ensina sobre a necessidade da integridade ontológica do objeto de pesquisa, “a teoria se interessa pelo que um ente é em si e por si, e a práxis se interessa pelo que ele não é, pelo ser secundário, às vezes pelo falso ser ou arrendo de ser que podemos fabricar com ele.” (CARVALHO, pg. 146, 2015).

Portanto os efeitos hipotéticos ou imaginários, derivados do poder político constituinte e decorrências da vontade subjetiva do interprete “do que poderia ser”, ou, “deveria ser” foge da realidade jurídica do “deve ser” implantado pelo positivismo, por isso é afastado do presente estudo. A nossa análise é unicamente sobre o modal jurídico “deve ser”.

No presente caso o estudo sobre os impostos diretos sobre o imóvel tem especial relevância para o direito de laje. No âmbito de competência tributária, o Imposto predial Urbano (IPTU), o Imposto transmissão inter vivos (ITBI) o Imposto por Doação (ITCMD) são ligados diretamente ao direito real ora em estudo.

Entenda-se para fins desse artigo que *competência tributária* como “La expresión poder tributario significa la facultad o la posibilidad jurídica del Estado de exigir contribuciones con respecto a personas o bienes que se hallan en su jurisdicción” (FONROUGE, 2011,pg.314.).

O mesmo conceito do mestre argentino é utilizado no território brasileiro, art. 6 do CTN, competência tributária é a autorização constitucional dada ao ente federativo para criar tributos, cada qual, dentro do seu âmbito de competência territorial e material. No exercício dessa competência todos os requisitos da regra matriz de incidência deve estar contido na lei, não pode haver omissão ou uso de analogia para a cobrança do tributo, art. 108, § 1º do CTN, o regulamento deve apenas descrever e instrumentalizar o que está contido na lei base.

O IPTU- Tributo da classificação real, direto e de competência municipal e distrital, nos termos do art. 156 da CF. A regulamentação complementar é firmada pelos art. 32 ao art. 34 do CTN. Caberá a legislação de cada Município e do Distrito Federal, criar e publicar por legislação própria os aspectos para a incidência.



No presente caso o critério material⁷ seria ter a propriedade da laje, já constituída em cartório e transferido pelo dono da construção base ao proprietário da laje. O critério temporal é anual, seguindo assim a pragmática e comum dos municípios nacionais. O critério espacial seria a possibilidade de cobrança dos imóveis dentro do território municipal. Até então, tais aspectos do antecedente normativo, encontra-se total referência com o que já é comum aplicado para a cobrança do IPTU do imóvel base, os dilemas e questionamentos, iniciam com o conseqüente jurídico.

Como afirmamos, o conseqüente jurídico da regra matriz de incidência é constituído por dois critérios: o critério subjetivo – sujeito ativo e sujeito passivo, e o critério quantitativo – base de cálculo e alíquota.

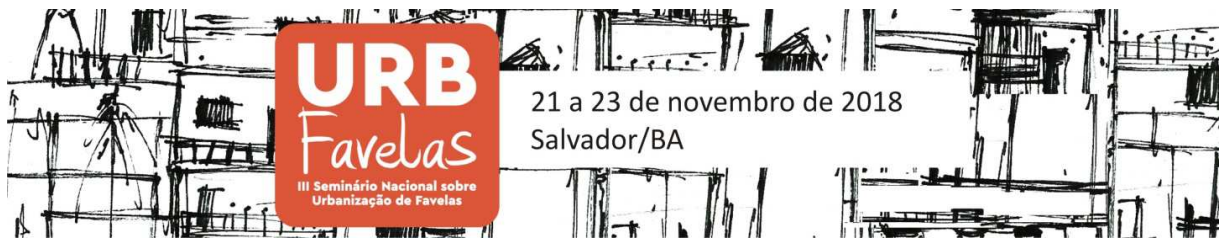
O critério subjetivo ativo será o Município ou Distrito Federal, em que o imóvel está localizado, a incidência, contudo só será possível após a criação de lei nova, não podendo ser utilizada a lei que regula o IPTU antes da possibilidade jurídica do exercício do direito de laje. O critério subjetivo passivo será do proprietário do direito da laje, ou seja, a pessoa que recebeu o imóvel transferido, podendo ser tanto pessoa física ou jurídica.

O critério quantitativo, a base de cálculo deverá ser o valor da propriedade transferida. A base de cálculo tem a função “verdadeira e autêntica expressão econômica da hipótese de incidência” (CARVALHO, pg. 546, 2008)

Esse valor deve ser apurado seguindo os parâmetros próprios e delimitações da propriedade transferida, alguns aspectos da propriedade base podem ser utilizados na nova legislação, por exemplo, a metragem e a fachada, mas outros elementos como, o pé direito ou a testada, serão impróprios por natureza ao proprietário da laje. Assim como no IPTU a avaliação deve ser conforme a natureza, destinação e valor de mercado do imóvel, podendo a administração desconsiderar o valor atribuído entre as partes do negócio, art. 116 parágrafo único do CTN.

Ressaltamos acima, que com a cessão e instituição no campo concreto do direito de laje, todo o complexo de obrigações também “brotam” no mundo jurídico, é o que professor Miguel Reale denomina “reciprocidade jurídica”.

⁷“o critério material é o núcleo da hipótese de incidência composto por verbo e complemento, que descrevem abstratamente uma atuação estatal ou um fato do particular” Paulo de Barros Carvalho, pg. 546.



Essa reciprocidade jurídica é a garantia de exigibilidade do exercício do direito subjetivo a alguém que lhe prometeu a garantia. Só existe o direito subjetivo, porque alguém prometeu ao sujeito que existe essa possibilidade. Só existe a garantia da propriedade porque o Estado prometeu a proteção, art. 5, XII e XIII da CF.

Parágrafos acima descrevemos a ideia de função social da propriedade privada e os deveres dos proprietários. Esses deveres também recaem sobre o proprietário do direito de laje. Dentre os deveres estão os encargos tributários e sociais, ou seja, o pagamento dos tributos incidentes e a função social da propriedade imobiliária.

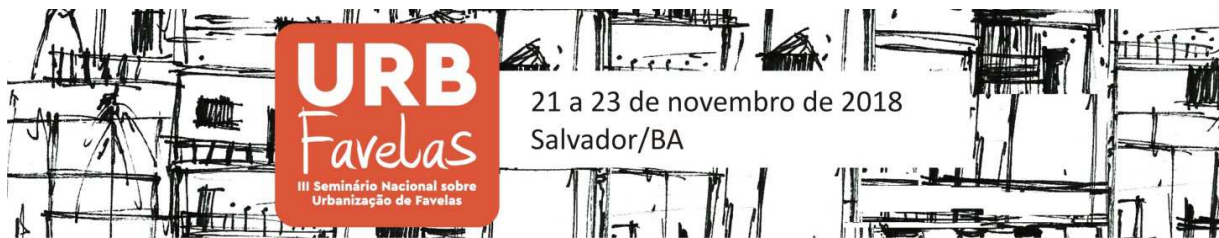
O art. 182, §4 da CF, que estabelece o IPTU progressivo. O artigo constitucional positiva uma sanção para aquele que não exerça a função social da propriedade imobiliária urbana, não nos resta dúvida, que o direito de laje é um direito imobiliário urbano.

Logo, a punição para alguém que tem um terreno sem utilidade, dever ser aplicada do mesmo modo ao proprietário da laje que não lhe der a função social adequada. O direito de laje, nos termos do Código Civil, pode ser de utilidade residencial ou comercial, sendo certo que a primeira função é mais comum nas grandes metrópoles. Ressalte-se que antes da cessão, art. 1.510-A do CC, o imóvel é uno, a partir da cessão, existirá para o mundo jurídico dois imóveis.

O direito deve ser interpretado de forma una, não podendo ser, repartida ou dividida ao “bel prazer” do hermeneuta “a interpretação das normas jurídicas tem sempre caráter unitário, devendo as suas diversas formas ser consideradas momentos necessários de uma unidade de compreensão (unidade do processo hermenêutico)” (REALE, pg.49, 1984).

O ITBI é um Imposto de competência municipal e do Distrito Federal. Positivado na Constituição Federal no art. 156, II. Regulamentado no âmbito do Código Tributário Nacional, nos art. 35 a 42. Deve-se tomar cautela na leitura de tais dispositivos, tendo em vista que o novo sistema constitucional atribui competência tributária diferente ao ITBI e ITCMD, cabendo ao interprete utilizar a técnica de *interpretação conforme a constituição*.

Classificado como um tributo real e direito, com função preponderantemente fiscal. Tem como critério material da regra de incidência, a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil. O critério temporal será no momento da transferência do registro



imobiliário junto ao cartório de imóveis. O critério especial será o município em que o bem estar localizado.

Quando tratamos do ITBI, o fato jurídico mais relevante para o estudo de tal tributo é o critério temporal. Esse critério ocorre de forma concreta apenas quando existe o registro imobiliário, como já está firmando no STJ, STJ, 1.^a T., AgRg REsp, 327.188/DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 07.05.2002, DJ 24.06.2002, p. 203 e STJ, 2.^a T., RMS 10.650/DF, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 16.06.2000, DJ 04.09.2000, p. 135.

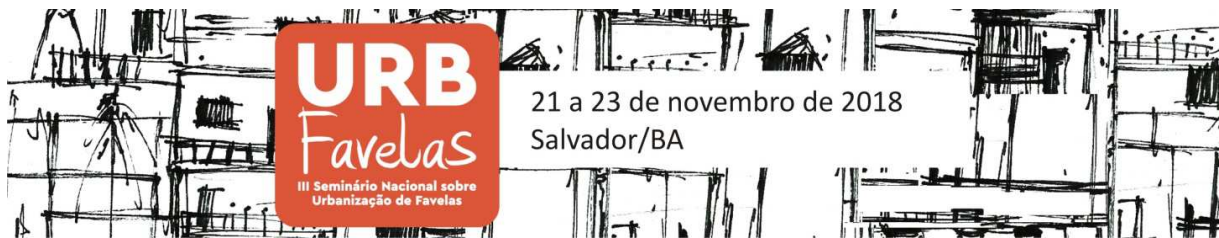
No caso do direito de laje, o registro da cessão do direito de propriedade imobiliário junto ao cartório competente, faz incidir o fato gerador do presente tributo. Isso significa que a promessa, o contrato *per si*, não faz incidir a exigência tributária, apenas o registro no cartório imobiliário.

O conseqüente jurídico, possui como critério subjetivo ativo, o Município em que o bem estar localizado, isso significa que um contrato de promessa de compra e venda pode ser firmando em São Paulo, com bem a ser transmitido em Recife, e nessa situação o IBTI será arrecadado e recolhido pelo município onde o bem estar localizado o imóvel, ou seja, Recife.

O critério subjetivo passivo será qualquer pessoa envolvido no negócio de transferência imobiliária, art. 42 do CTN, contudo, é mais frequente nas legislações municipais ser o adquirente o contribuinte do tributo. O critério quantitativo, terá como base de cálculo o valor venal do imóvel, art. 38 do CTN, e as alíquotas não podem ser progressivas nos termos da sumula 656 do STF. Ressalte-se que o “valor venal” do IPTU pode ser diverso do “valor venal” do ITBI,

O ITCMD é o imposto de competência estadual e do Distrito Federal, nos termos do art. 155, I da CF. Classificado como tributo real, com função preponderante fiscal, de fato gerador instantâneo.

Alíquotas são fixadas no limite máximo pelo Senado Federal e podem ser progressivas. Essa progressividade deve ser estabelecida por lei estadual após o julgamento do RE 562.045/RS o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a aplicação de alíquotas progressivas no ITCMD.



6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As cidades brasileiras são acometidas de uma realidade imobiliária marcada pela existência de diversas lajes (puxadinhos) informais, além de diversas áreas ausente de regularização, oriundas de um crescimento desordenado e da falta de políticas públicas adequadas.

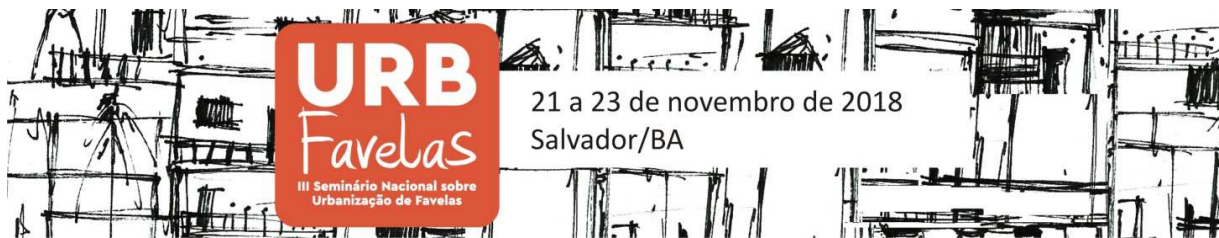
Assim, a temática do direito à moradia no Brasil é oriunda de um problema histórico cultural, no qual a favela sempre foi relacionada à condição de invisibilidade social, notoriamente observado quando se verifica que parte da população da favela apenas alcança o acesso ao solo de forma irregular, não sendo permitido desfrutar da cidadania e do direito de propriedade insculpido na Constituição Federal.

E neste aspecto, o presente artigo buscou descortinar um panorama preliminar de como é visto o Direito de Laje no ordenamento brasileiro e suas interfaces com o direito civil, urbanístico, ambiental, tributário os arranjos sociais no âmbito das favelas, mas sem a pretensão de esgotar todas as possibilidades de abordagem, diante da grande dificuldade de assim fazê-lo, tendo em vista o curto elastério prazal da norma frente ao sistema jurídico.

De outro modo, demonstramos brevemente que os instrumentos jurídicos existentes em conjunto com o direito de laje que devem viabilizar a regularização das favelas

Diante dessa situação se faz necessário estudos aprofundados, com objetivo de avançar nos procedimentos de regularização fundiária e do direito de laje, com objetivo de para garantir o desenvolvimento urbano e o reconhecimento das ocupações consolidadas de nossas cidades. Tudo isso passa pela conscientização de que as normas urbanísticas e ambientais precisam de flexibilidade para se adequar a realidade urbana, desde que respeitados as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social.

De outro lado, o poder público precisa aprofundar estudos quanto a temática do direito tributário, no que tange a imposição de impostos em um sistema de arrecadação diferenciado, tendo em vista tratar-se normalmente de população de baixa renda. O poder legislativo municipal e a prefeituras serão protagonistas neste cenário, e sendo assim, a estrutura jurídica deve ser acometida de grandes investimentos, com intuito de dar conta dos processos oriundos do direito de laje.



De mais a mais, avançamos bastante com a positivação legislativa do direito real de laje, embora a inovação trazida pela Lei nº 13.465/2017, não seja a resposta definitiva para o processo de regularização fundiária no Brasil, mas por outro lado não podemos deixar de reconhecer o esforço do legislador em disciplinar uma realidade social a norma jurídica, com escopo criar alternativas à legitimar o direito humano a moradia e o acesso formal a cidade de diversas famílias espalhadas pelo país, na qual a partir deste marco legal poderá ter sua moradia regularizada definitivamente.

Não podemos olvidar da responsabilidade do Estado em criar mecanismos ou alternativas com vistas a reconhecer o espaço urbano dessas pessoas, bem como promover políticas de habitação efetivas conjugadas com as políticas urbanas.

Pontua-se ainda que, não podemos escusarmos da reflexão quanto a capacidade administrativa e legislativa instituída aos municípios, no que tange a disposição de normas urbanísticas e edilícias para implantação do direito de laje, na qual atualmente é inexistente. Assim, a ausência de normas gerais atinentes a tutela ambiental e urbanística frente ao direito de laje, poderá ensejar em grandes obstáculos na sua inserção prática.

Portanto, a realidade é que o processo do direito de laje é complexo e novo no ordenamento jurídico. Contudo, não podemos deixar uma lacuna no que pertine a garantia constitucional do direito á moradia, e sendo assim, se faz necessário agir em etapas, com o objetivo de um processo de regularização fundiária eficaz, e dentro dos parâmetros urbanísticos, ambientais e tributários.

6. REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE Jr., Roberto Paulino de. **O Direito de Laje não é um Novo Direito Real, mas um Direito de Superfície.** Disponível no: <http://www.conjur.com.br/2017-jan-02/direito-laje-nao-direito-real-direito-superficie>. Acessado em 17 de janeiro de 2017.

AURORA, Tomazine. **Curso de Teoria Geral do Direito.** São Paulo: Noeses, 2010.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário.** 4ª ed. Noeses: São Paulo. 2007.

BRASIL. Exposição de Motivos 00020/2016 MCidades MP CCPR. Brasília, DF, 21 dez. 2016. p. 12. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP%20759-16.pdf>.



CARBONARI, Silvia Regina A. **A função social da propriedade territorial urbana e a concretização do direito de moradia digna: o novo papel do direito de superfície.** Dissertação (mestrado em Direito), Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2007.

CARVALHO, Olavo de. O Jardim das Aflições. 3ª ed. Vide Editorial:Campinas/SP. 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário Linguagem e Método. 2ª ed. Noeses: São Paulo/SP, 2008.

CARVALHO, Olavo de. O que é Direito? Site: http://old.olavodecarvalho.org/apostilas/direito.htm#_ftnref1. Acesso: 27 de nov. 2017.

CORRÊA, Cláudia Franco. Controvérsias entre o direito de moradia em favelas e o direito de propriedade imobiliária na cidade do Rio de Janeiro: “O direito de Laje” em questão. Rio de Janeiro: Topbooks, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves; NELSON, Rosenvald. **Direitos Reais.** 6. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FONROUGE, Carlos Maria Giuliani. Direito Financiero, vol.I, 10ª ed. La Ley: Buenos Aires- Argentina. 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LIRA, Ricardo Pereira. Elementos de direito urbanístico. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teoria dos direitos fundamentais sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 83.

MAGALHÃES, Alex Ferreira. Sociologia do Direito: O pluralismo jurídico em Boaventura de Sousa Santos. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2013.

MARKY, Thomas. Curso Elementar de Direito Romano. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIGUEL, Reale. Direito Natural/ Direito Positivo. São Paulo: Saraiva, 1984.

PAULSEN, Leandro, Melo, José Eduardo Soares. Impostos federais, estaduais e municipais. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. Os limites à interpretação das normas Tributárias. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PIO XI. Documentos da Igreja. São Paulo: Paulus, 2004.

RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz. Dos cortiços aos condomínios fechados: as formas de produção da moradia na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira/IPPUR-UFRJ/FASE,1997.

RODRIGUES, Arlete Moysés. **Moradia nas cidades brasileiras.** 10. ed., São Paulo:



Contexto, 2003.

TESHIMA, Márcia; PONA, Everton Willian. Do direito de laje: uma visão mitigada do direito de propriedade ao direito de moradia. *Argumentum: Estado, Democracia Econômica e Políticas Públicas*, Marília: UNIMAR, v. 12, p. 71-72, 2011