

**UNIVERSIDADE FUMEC**  
**Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde – FCH**

Gustavo Soares Lomeu

**A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA E O  
FENÔMENO DO FECHAMENTO DE BAIROS JÁ INTEGRADOS À AMBIÊNCIA  
CITADINA**

Professor orientador Dr. César Augusto de Castro Fiuza.

Belo Horizonte  
2014

Gustavo Soares Lomeu

**A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA E O  
FENÔMENO DO FECHAMENTO DE BAIROS JÁ INTEGRADOS À AMBIÊNCIA  
CITADINA**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre em Direito na Área de Concentração em Instituições Sociais, Direito e Democracia, sob a orientação do Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza.

Belo Horizonte  
2014

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

L845f      Lomeu, Gustavo Soares, 1987-  
A função social da propriedade imobiliária urbana e o fenômeno do fechamento de bairros já integrados à ambiência citadina / Gustavo Soares Lomeu. – Belo Horizonte, 2014.

172 f. : il. ; 29,7 cm.

Orientador: César Augusto de Castro Fiuza  
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2014.

1. Propriedade - Brasil. 2. Condomínios - Brasil. 3. Direito urbanístico - Brasil. I. Título. II. Fiuza, César. III. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 347.235



**NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE**  
**MESTRADO**

**BANCA EXAMINADORA:**

**ASSINATURAS:**

Prof. Dr. Cesar Augusto de Castro Fiuza

Prof. Dr. Érico Andrade

Prof. Dr. Cimon Hendrigo Burmann de Souza

**MESTRANDO: GUSTAVO SOARES LOMEU**

**TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:**

**“A FUNÇÃO SOCIAL DA  
PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA  
E O FENÔMENO DO FECHAMENTO DE  
BAIRROS JÁ INTEGRADOS À  
AMBIÊNCIA CIDADINA”.**

NOTA: ( 100 )

ASSINATURA ORIENTADOR:

DATA DA DEFESA: 23/04/2014

Agradeço a Deus pelo sustento e pela força renovada nestes anos.  
Dedico a meus Pais por me darem a educação necessária à vida,  
que nenhum título acadêmico propiciará.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao Deus misericordioso por me conceder a proteção nas viagens à Belo Horizonte, a força física e intelectual necessárias nesses anos de mestrado e ao sustento e provisão neste período, em que a imobiliária, pela graça divina, tanto cresceu na cidade de Governador Valadares.

Gratidão também pela família, aos meus pais e irmãos, sem os quais não seria possível esta empreitada; à imobiliária Minervino e a todos do trabalho, pela compreensão pelo tempo ausente; e, à Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce pelas primeiras experiências com o magistério, exercido desde o primeiro semestre do mestrado.

Agradeço aos professores da Universidade Fumec, especialmente, na pessoa do Prof. Dr. César Fiuza, pela orientação prestada na elaboração desta dissertação, por suas considerações e correções tão valiosas e prestativas, sem as quais seria impossível a conclusão deste trabalho.

Especiais agradecimentos, ainda, ao Prof. Dr. Gladston Mamede por me direcionar nas primeiras pesquisas e na definição do tema (e pelos inesquecíveis bate-papos no cafezinho); à Prof.<sup>a</sup> Dra. Maria Tereza Fonseca Dias, professora extremamente dedicada, atenciosa e competente, que tanto me ajudou na elaboração e correção do projeto de pesquisa, pelas indicações bibliográficas, noticiários e julgados; ao Prof. Dr. Érico Andrade pelas explicações sobre o direito administrativo contemporâneo, o princípio da legalidade no contexto do Estado Democrático de Direito, e quanto ao controle judicial dos atos administrativos; à Prof.<sup>a</sup> Dra. Edna Cardoso pelas instruções quanto ao Direito Urbanístico, disciplina que lecionou com dedicação durante sua estada no programa do curso; ao Prof. Dr. Eduardo Martins de Lima sobre os importantes ensinamentos da disciplina Constitucionalismo Democrático e Reordenação Jurídica; e, ao Prof. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi que, em sua disciplina Filosofia do Direito, encantou a todos por seu carisma e conhecimento.

Agradeço, por fim, a todos os funcionários da secretaria do mestrado, em especial, à Victória, pessoa de simpatia maravilhosa, que nesses dois anos tanto me ajudou, principalmente, por morar em Governador Valadares.

*“[...] a outra propriedade, que habilita o seu titular a exercer um poder sobre outrem, longe de se apresentar como direito inerente à condição humana, aparece, bem ao contrário, como um fator de opressão social, um atentado à liberdade “inviolável e sagrada”, sendo, em consequência, a causa matriz da desigualdade entre os homens”.* (Fábio Konder Comparato. *Ética : direito, moral e religião no mundo moderno.* p. 237)

## RESUMO

A cidade é o local de projeção da sociedade em que se vivenciam as diversas manifestações humanas, constituindo-se o núcleo urbano qualificado por um conjunto de sistemas político, econômico, familiar e simbólico, sede do governo municipal, construído em função do ser humano. A realização das funções sociais da cidade é a meta principal a ser atingida pela política urbana, de forma que se conclui que o Poder Público (especialmente o Municipal) deve se ater ao cumprimento do planejamento democrático urbano, contido no Plano Diretor, sendo a função social da propriedade componente essencial para a realização das funções sociais da cidade, ou seja, a concretização dos direitos à habitação, ao trabalho, ao lazer, à mobilidade e à segurança no espaço urbano; para tanto, é necessário a regulação do uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos indivíduos, bem como do equilíbrio ambiental, pressupondo-se a fixação saudável da pessoa humana no espaço urbano coletivo.

De fato, as decisões do gestor público quanto a administração dos bens públicos deve corresponder aos valores e princípios constitucionais. Sendo assim, os bens públicos compõem-se de fundamental importância à política urbana, precipuamente, na concretização das funções sociais da cidade. Desta forma, a função social da propriedade urbana pública traduz-se como o poder/dever da Administração Pública em exercer o domínio que detém sobre o seu patrimônio conforme as diretrizes do Plano Diretor, bem como, na persecução da concretização do direito fundamental à cidade e das funções sociais da cidade, em busca de se construir ambiente urbano mais humano e sustentável.

Dentro deste arcabouço de princípios e valores essenciais, não se entende possível que a cidade seja privada de seus já escassos bens públicos de uso comum provenientes de loteamentos convencionais. Bairros já integrados ao ambiente citadino, que, portanto, fornecem bens públicos fundamentais à qualidade de vida da população de toda cidade e essenciais à plenitude da vida do ser humano, principalmente, neste século, em que o mundo é majoritariamente urbano, não podem ser fechados a uso exclusivo de particulares por atentarem contra a ordem urbana constitucional e aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Palavras-chave: Função social da propriedade. Bens públicos. Uso privativo de bens públicos. Loteamentos especiais. Condomínio horizontal fechado. Fechamento de bairro.

## ABSTRACT

The city is the site of projection of the society in which themselves experience the various human manifestations, becoming qualified urban core by a set of political, economic, family, and the symbolic seat of the municipal government systems, built according to the human being. The realization of the social functions of the city is the main to be affected by urban policy goal, so that it is concluded that the public (especially municipal) authority should stick to the fulfillment of the democratic urban planning, contained in the Master Plan, and the function essential component of social property for the realization of the social functions of the city, the realization of housing rights, labor, leisure, mobility and security in urban areas, for both the regulation of the use of the property is necessary urban in favor of the collective good, safety and welfare of citizens and environmental balance, assuming a healthy fixing of the individual in the collective urban space.

Indeed, the decisions of public management as the management of public goods should correspond to the values and constitutional principles. Thus, public goods consist of fundamental importance to urban policy, primarily, that the achievement of the social functions of the city. Thus, the social function of urban public property translates to the power / duty of the Public Administration exercise dominion which he has over his assets according to the guidelines of the Master Plan, as well as in pursuing the realization of the fundamental right to the city and social functions of the city, seeking to build more humane and sustainable urban environment.

Within this framework of principles and core values, cannot understand that the city is deprived of its scarce public goods of common use from conventional subdivisions. Neighborhoods already integrated into the city, which therefore provide fundamental to the quality of life of the whole city and essential to the fullness of human life, especially in this century public goods, where the world is mostly urban, cannot be closed the exclusive use of individuals as they go against the constitutional urban order and fundamental rights of the human person.

Keywords: Social function of property. Public property. Private use of public property. Special Allotment. Impoundment neighborhood.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. - Artigo

DF – Distrito Federal

DJ – Diário de Justiça

DJe – Diário de Justiça eletrônico

MA – Maranhão

MC – Medida Cautelar

Min – Ministro(a)

MS – Mandado de Segurança

Pet – Petição

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

RN – Rio Grande do Norte

RS – Rio Grande do Sul

## **LISTA DE SIGLAS**

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CR – Constituição da República Federativa do Brasil

CE – Constituição Estadual

TJ.ES – Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo

TJ.MG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJ.MS – Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul

TJ.RJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJ.RS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

TJ.SC – Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

TJ.SP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	14
<b>2 O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE</b>	17
2.1 A propriedade absoluta, inviolável e sagrada	18
2.2 Da estrutura à função social da propriedade urbana	23
2.3 A propriedade no contexto do Estado Democrático de Direito	29
2.4 Previsão do princípio no ordenamento jurídico brasileiro	33
2.5 Regime jurídico da propriedade	36
2.6 A propriedade urbana em função da cidade	39
2.7 Função social da propriedade urbana pública	44
<b>3 BENS PÚBLICOS</b>	52
3.1 Conceito de bem público	52
3.2 Classificação dos bens públicos quanto a sua destinação	54
3.2.1 <i>Bens de uso comum</i>	57
3.2.2 <i>Bens de uso especial</i>	60
3.2.3 <i>Bens dominicais</i>	62
3.3 Uso privativo de bens públicos	63
3.3.1 <i>Instrumentos de outorga de uso de bem público por particulares</i>	64
<u>3.3.1.1 <i>Autorização de uso</i></u>	65
<u>3.3.1.2 <i>Permissão de uso</i></u>	67
<u>3.3.1.3 <i>Concessão de uso</i></u>	69
<u>3.3.1.4 <i>Concessão de direito real de uso</i></u>	71
3.4 Desafetação de bens públicos	73

<b>4 O PARCELAMENTO DO SOLO E A PROPRIEDADE CONDOMINIAL</b>	82
<b>4.1 Apontamentos sobre o Parcelamento do Solo Urbano</b>	82
<i>4.1.1 O loteamento convencional</i>	83
<b>4.2 O condomínio horizontal fechado</b>	92
<b>4.3 O loteamento especial</b>	105
<b>4.4 O fechamento de bairro já integrado à ambiência urbana</b>	123
<b>5 INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DECORRENTES DO FECHAMENTO DE BAIRRO JÁ INTEGRADO À AMBIÊNCIA URBANA</b>	133
<b>5.1 Os direitos fundamentais e os bairros fechados: considerações sobre a ilegalidade e inconstitucionalidade decorrentes deste fenômeno</b>	133
<i>5.1.1 Violações ao direito fundamental à cidade</i>	135
<i>5.1.2 Direito fundamental à segurança e mais questões urbanísticas atreladas aos fechamentos</i>	143
<i>5.1.2 O direito fundamental à livre associação e os condomínios de fato</i>	151
<i>5.1.3 Possibilidades atinentes ao fechamento de ruas e logradouros públicos sem saída consonantes ao Direito Urbanístico e Constitucional</i>	155
<b>6 CONCLUSÃO</b>	160
<b>REFERÊNCIAS</b>	164

## INTRODUÇÃO

É incompreensível a ideia de Estado de Direito distante do princípio da legalidade cujo conceito torna-se completo com a concepção de respeito à juridicidade imperante, pois acatar a legalidade não é apenas o cumprimento estrito da lei, mas sim de todo o Direito, dos seus valores e princípios constitucionais.

Diante desta realidade, o estudo, que ora se apresenta, fundamentou-se no princípio da função social da propriedade imobiliária urbana, no princípio da função social da cidade, e na balizada doutrina sobre os bens públicos, inserindo-se a pesquisa no âmbito do Direito Urbanístico e Constitucional.

Assim, o tema central desta dissertação resume-se à verificação da possibilidade jurídica do fechamento de bairro tradicional da cidade, que, portanto, integra o ambiente geográfico e cultural desta. Podendo-se emendar que este trabalho diz respeito à possível ilegalidade e inconstitucionalidade decorrentes do “fechamento” de logradouros públicos preexistentes em bairros tradicionais da “cidade formal”.

Trata-se de tema atual e dos mais controversos do Direito Urbanístico e Administrativo por conter na doutrina e na jurisprudência número expressivo de entendimentos diversos que, por vezes, acabam por embaralhar os institutos e fatos jurídicos atinentes.

Disserta-se, para tanto, em certo momento, sobre os institutos que compõem a forma de ocupação do espaço urbano, no intuito de diferenciá-los da prática, comum nas cidades brasileiras, do apossamento de bens públicos de bairro, já integrados à cidade, mormente, quando se realizam por meio da desafetação dos bens públicos de uso comum do povo, de forma que o ente público permite ou concede a grupos de moradores o uso exclusivo de parte ou totalidade de determinado bairro.

Quanto à metodologia, tendo em vista o problema exposto, a vertente dogmática jurídica condiz com o propósito apresentado, pois trabalha com elementos internos ao ordenamento jurídico em que a pesquisa se baseia, principalmente, por contrapor institutos jurídicos já fundamentados no Direito, no intuito de se descobrir se o fechamento de bairro para o uso exclusivo de particulares pode ser ou não recepcionada pela legalidade/juridicidade.

Assim, em que pese a extensa utilização do método indutivo, devido à coleta expressiva que se fez de julgados de Tribunais de Justiça e da análise de leis municipais,

adota-se, majoritariamente, o método dedutivo, necessário à compreensão do caso concreto. De forma que a pesquisa se insere dentro de arcabouço doutrinário capaz de inferir aos institutos e fatos jurídicos em análise pressupostos conceituais que encaminham o estudo dentro de referenciais já bem delimitados.

Aplicou-se, portanto, para a coleta de dados e informações, as técnicas de análise da jurisprudência dos Tribunais Estaduais, das decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, as quais possuem reflexos em toda extensão nacional, examinando, por exemplo, situações concretas com repercussões relacionadas ao tema e das discussões existentes na doutrina, utilizando, para tanto, um intenso e elaborado estudo bibliográfico – envolvendo análise das legislações e da doutrina correlatas –, preponderando o tipo de pesquisa jurídico-comparativo, por se aperfeiçoar melhor à pesquisa pretendida, porque esta tem por pressuposto a análise de diversos institutos jurídicos semelhantes, mas detentores de diferenças importantes que, por vezes, são confundidas por diversos estudos.

A pesquisa divide-se em quatro partes, além desta introdução: no segundo e no terceiro capítulos, preocupou-se em apresentar os fundamentos em que o trabalho se baseia, portanto, dissertou-se, primeiramente, sobre o princípio da função social da propriedade. Dando ênfase, no último item, à função social da propriedade imobiliária urbana pública; de forma que, no terceiro capítulo, expõe-se, dentro deste universo valorativo das funções sociais da cidade, a doutrina dos bens públicos, apresentando, pois, os conceitos de bem público, espécies, e, precipuamente, as formas de uso privativo ou exclusivo por particulares, fechando este capítulo com análise atual e cuidadosa sobre a possibilidade da desafetação de bem público de uso comum do povo.

No quarto capítulo, preocupou-se em expor os diversos institutos que compõem o uso, ocupação e parcelamento do solo urbano, com o claro intuito de caracterizá-los para depois distingui-los do fechamento de bairro que já esteja integrado à cidade, fornecendo-a, portanto, bens públicos de fundamentais funções sociais. Assim, aponta-se, neste momento, sobre o loteamento convencional/aberto (regulado pela Lei Federal nº 6.766/1979), o condomínio horizontal fechado (regulado especificamente pelo art. 8º da Lei Federal nº 4.591/1964 e leis municipais), o loteamento especial, também denominado de loteamento fechado (que se constitui, estritamente, por meio de leis locais), e, por fim, expõe sobre o problema do posterior fechamento de bairro que enclausura bens públicos de uso comum já incorporados à ambiência urbana.

No quinto e último capítulo, portanto, apresentam-se as possíveis ilegalidade e inconstitucionalidade decorrentes dos fechamentos de bairros convencionais, já integrados ao

ambiente da cidade, que são posteriormente fechados e destinados a uso exclusivo de grupo de moradores que se associam para a administração da área pública enclausurada. E, ao final, pondera-se sobre possíveis e restritas hipóteses em que o fechamento posterior de bairro seria possível sem atentar contra a ordem constitucional e urbanística.

## 2 O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O estudo atual da função social da propriedade perpassa adjacente à evolução histórica do Estado nacional e às mudanças socioeconômicas em que a propriedade comumente coadunou-se com os modelos ordenadores de determinada conjuntura histórica<sup>1</sup>.

Sabe-se que do conceito de propriedade se deduz, em verdade, enunciado de “conceitos de propriedades”, plural cabível, consoante à doutrina, ao se levar em conta os múltiplos perfis, diversas formas e conteúdos normativos advindos do texto constitucional que perpassam pelo regramento da propriedade o que, segundo Eros Roberto Grau (2005, p. 236), “[...] não constitui um instituto jurídico, porém um conjunto de institutos jurídicos relacionados a distintos tipos de bens”. Existindo, no ordenamento pátrio, a propriedade de valores mobiliários, a propriedade literária e artística, a propriedade industrial, a propriedade dos bens de produção, dos bens de consumo, a propriedade do solo rural, do solo urbano e do subsolo; de forma que, “[...] a propriedade não é sempre a mesma, uniforme e inalterável, em qualquer circunstância. Seu contorno, sua senhoria, a extensão de suas faculdades ou direitos elementares ficam na dependência da natureza do bem que lhe serve de objeto.” (LIRA, 2007, p. 2). Nisto, em tudo a ser explicitado neste capítulo, tem-se por foco o conhecimento sobre a propriedade imobiliária urbana, em especial, a função social a qual está vinculada, também, a propriedade imobiliária urbana *pública*.

O direito de propriedade se modificou ao longo do tempo. Em princípio, marcado pela extrema individualidade, destinando-se, precipuamente, de forma absoluta, ao interesse do proprietário. Posteriormente, sua evolução é determinada pela criação de inúmeras limitações ao exercício absoluto das faculdades inerentes à propriedade, até que se fixou o conceito de função social, consubstanciando elemento estrutural da propriedade, interpretado e inserido no ordenamento jurídico como princípio constitucional.

Breve análise desta evolução é necessária ser feita para real compreensão do direito individual à propriedade imobiliária, que, na atualidade, compreende-se sob a ótica do princípio da função social da propriedade e das funções sociais da cidade, que fundamentam os limites que são impostos à propriedade, evitando o uso abusivo deste direito, e dirigem-na

---

<sup>1</sup> Em estudo sobre o princípio da função social da propriedade, Helen Cristina Leite de Lima Orleans (2011, p. 103), preceitua que “O conceito de propriedade evolui através dos tempos – e essa é uma consideração inegável. Em cada época, a propriedade apresenta contornos diversos, variando conforme a complexidade das relações econômicas e sociais. Basta reconhecermos, por exemplo, que a propriedade da Antiga Roma possuía configuração totalmente diversa da atual, bem como em relação ao período feudal. Na verdade, nem seria preciso ir tão longe: podemos verificar todas as profundas alterações relacionadas aos direitos reais que ocorreram no Brasil durante o último século. Sem dúvida, apenas uma coisa se mantém estável: a propriedade permanece como fonte de altos investimentos e objeto de grandes sonhos.”

às finalidades socioeconômicas consoantes ao princípio da solidariedade, inscrito no art. 3º, incisos I e III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88), em colaboração à concretização do Estado de justiça social, desenhado pela Lei Maior. Por tanto, parte-se da compreensão da propriedade sob o manto do modelo de Estado Liberal até à formulação do paradigma do Estado Democrático de Direito.

## **2.1 A propriedade absoluta, inviolável e sagrada**

Fruto das revoluções liberais do século XVIII, o Estado Liberal se firmou como o paradigma capaz de estabelecer uma nova ordem ante ao absolutismo e ao despotismo esclarecido. Consistiu na instituição da identidade cultural e dos valores liberais burgueses que se fundamentavam na liberdade do contratante e do proprietário, baseada na plenitude do direito à autonomia da vontade e à propriedade privada. Nisto, Ana Frazão de Azevedo Lopes (2006, p. 30) preceitua que “[...] o surgimento do Estado liberal de direito está intrinsecamente associado ao reconhecimento do individualismo e à consequente aceitação do indivíduo como fim da organização política, da sociedade e do direito”.

O modelo de propriedade liberal estabeleceu-se como reação às arbitrariedades do Antigo Regime. Assim, segundo Rosah Russomano (1985, p. 264), a Escola Liberal imprimiu especial ênfase nos direitos individuais, revivendo-se concepções tradicionais, formuladas em Roma, durante a Antiguidade Clássica. Logo, os direitos individuais representaram instrumentos de resistência. Fato é que o Estado Liberal fundamentou conquistas importantes; direitos e garantias basilares para a construção de qualquer sociedade moderna, vitórias que representam a emancipação do ser humano ante os desmandos do Estado absolutista.

Em termos exemplificativos, são construções deste momento histórico, a supremacia da lei, a divisão do poder em suas funções, o direito à liberdade, à igualdade de todos perante a lei (igualdade formal), a impessoalidade na administração dos bens públicos e a divisão entre Estado e Religião.

Em uma primeira dimensão, tais vitórias foram marcantes para a proteção da pessoa humana ante o Estado, o que propiciou o respeito aos direitos individuais, notadamente, a liberdade, a segurança (representada pelo próprio Estado de Direito) e a propriedade privada, tida por sagrada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ainda parte integrante do bloco de constitucionalidade do ordenamento francês, cujos seguintes artigos destacam-se,

Art. 2º- O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

[...]

Art. 17 - Como a propriedade é um direito inviolável e *sagrado*, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização. (FRANÇA, 1789)

O conceito de sagrado, inerente à propriedade liberal, refletia a concepção antiga de propriedade, compreendida pelas religiões do culto aos mortos.

Assim como os muros passaram a proteger as casas que guardavam o fogo sagrado que representava os ancestrais das famílias, também as cercas e os muros passaram a proteger o campo que servia de túmulo para determinada família. O local era inviolável, imprescritível e jamais poderia ser destruído ou transferido. Fustel de Coulanges mostra com precisão que,

A ideia de propriedade privada estava implícita na própria religião. Cada família tinha o seu lar e os seus antepassados. Esses deuses podiam ser adorados pela família e só ela protegiam; eram sua propriedade. Os antigos vislumbravam uma misteriosa relação entre esses deuses e o solo.

[...]

Esse recinto é sagrado. Ultrapassá-lo constitui impiedade. O deus vela por ele e dá-se a esse deus epíteto de *erkeios*. Essa divisória traçada pela religião e por ela protegida é o símbolo mais claro e o sinal irrecusável do direito de propriedade. (COULANGES, 2007, p. 66)

Vê-se que a propriedade moderna<sup>2</sup> absorve o conceito de sacralidade exposto alhures e, segundo Maria Helena Ferreira Fonseca Falle (2012, p. 165), “[...] torna-se a projeção da sombra soberana do sujeito sobre a coisa”, ou, conforme Rosah Russomano (1985, p. 263), “O direito de propriedade, então, ampliou-se, distendeu-se, como alongamento da personalidade humana.”. Logo, o direito de propriedade era concebido como inviolável e absoluto, estando este caráter imperioso, em princípio, condicionado, precipuamente, às questões de ordem pública, aos costumes, aos planos higienistas e às questões de vizinhança, tratando-se, predominantemente, de limitações de natureza negativa, de um não fazer.

Neste contexto tradicional, a função social da propriedade se traduzia, utilizando-se das palavras da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na *necessidade pública*, ou seja, tratava-se, conforme ensinamentos de Pietro Perlingieri (2002, p. 226), da função social “[...] construída como o conjunto dos limites, (que) representaria uma noção

---

<sup>2</sup> Entende-se por moderna a propriedade após o marco histórico das revoluções liberais americana e, principalmente, francesa, baseadas, respectivamente, na Declaração de Independência de 4 de julho de 1776, e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovados em 26 de agosto de 1789.

somente de tipo negativo voltada a comprimir os poderes proprietários, os quais, sem os limites, ficariam íntegros e livres. Este resultado está próximo à perspectiva tradicional.”.

Sob esta ótica dogmático-jurídica conservadora, que perdurou, fundamentalmente, durante todo século XVIII e XIX, o direito de propriedade possuía precipuamente limites internos – autorreflexões – inerentes às suas faculdades, regulados pela legislação civil ao estabelecer limitações que impunham ao titular do direito um “fazer” – conservar o prédio urbano –, um “não-fazer” – não usar nocivamente a propriedade imobilizada em detrimento dos vizinhos –, ou um “suportar” –, por exemplo, o vizinho pode entrar no terreno limítrofe para reparar um muro divisório (LEAL, 2009, p. 69). A concepção de propriedade é marcada pelo caráter individualista das codificações.

O Código Napoleônico, de 1804, afirmava em seu art. 544<sup>3</sup> que o direito de propriedade é absoluto, o que inspirou previsão semelhante no Código Civil brasileiro de 1916 que possuía a seguinte redação: “art. 527: O domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário” (BRASIL, 1916).

Assim, no âmbito do Código Civil brasileiro de 1916 não se cogitava da função social da propriedade, mas tão somente de imposições de normas públicas, legalmente permitidas, que demandassem urgência e imperioso interesse público. José Afonso da Silva, em comentários sobre a função social da propriedade, afasta qualquer tentativa de confusão doutrinária entre o princípio da função social da propriedade e as limitações de polícia<sup>4</sup>, pois, segundo o jurista: “Limitações, obrigações e ônus são externos ao direito de propriedade, vinculando simplesmente a atividade do proprietário, interferindo tão só com o exercício do direito, os quais se explicam pela simples atuação do poder de polícia.” (SILVA, 2012, p. 123). Assim, a função social da propriedade não se confunde com tais limitações, que se tratam das condicionantes que afetam os elementos tradicionais do direito de propriedade tido em princípio como direito absoluto, exclusivo e perpétuo.

Neste entendimento, Maria Helena Ferreira Fonseca Falle (2012, p. 166) relembra que o “engessamento do Direito, operado pelas codificações, não equilibrava o individualismo com os demais princípios jusnaturalistas que orientavam os ideais revolucionários, tal como a

---

<sup>3</sup> O artigo 544 do Código de Napoleão assim previa que “A propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que não sejam utilizados de forma proibida pelas leis ou estatutos.” (FRANÇA, 2013).

<sup>4</sup> “Confundem o princípio da função social com as limitações de polícia, como consistente apenas no conjunto de condições que se impõem ao direito de propriedade a fim de que seu exercício não prejudique o interesse social, isto é, mero conjunto de condições limitativas. ‘Não prejudicar interesse social’ é exigência que se satisfaz com a simples atuação do poder de polícia, que, precisamente, é concebido como mecanismo destinado a condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais contrários, nocivos ou inconvenientes ao bem-estar social.” (SILVA, 2012, p. 120).

fraternidade”. Caráter individualista que perdura até a segunda metade do século XX por meio do movimento positivista em que se desejava compreender e aplicar o Direito dentro de um ambiente puro, livre de ingerências morais e políticas; reduzindo-se o Direito à Lei.

A propriedade liberal é percebida como extensão do próprio indivíduo, é tão internalizada ao ponto de ter se transformado em uma segunda natureza dos indivíduos (GROSSI, 2006), tendo por função primordial compor o patrimônio privado do qual o sujeito poderia, como bem quisesse, *na forma da lei*, usar, gozar e dispor da coisa, e reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possuísse ou detivesse. Na análise deste período e de sua evolução, Washington Monteiro de Barros prediz que,

O homem, no passado, podia usar, gozar e dispor da coisa que lhe pertencesse, como melhor lhe aprouvesse, sem que fosse lícito opor qualquer restrição ao livre exercício desse direito. *Todas as legislações, sem discrepância, proclamavam então a intangibilidade do domínio*, verdadeiro resquício da propriedade quirítária, no direito romano, *sinônima de direito absoluto*, de *propriedade absoluta*. Gradativamente, porém, modificou-se essa concepção *egoística e individualista*, que logo se tornou obsoleta, graças às tendências fundamentais da civilização atual. (MONTEIRO, 1998, p. 18, grifos nossos)

O modelo de propriedade liberal, pois, apresenta-se como a cunhagem que o estabelecimento da ordem burguesa imprimia, legitimada por constituições formais e semânticas<sup>5</sup>, que se firmavam no ideário de liberdade, segurança e presença mínima do Estado, entendido precipuamente como garantidor das liberdades individuais e da legalidade. Fato é que a burguesia, antes, classe dominada, tonou-se a classe dominante que formulou os princípios filosóficos de sua revolta social, conquanto os fundamentos da revolução – liberdade, igualdade e fraternidade –, que a legitimavam no poder, eram defendidos de maneira apenas formal, o que foi, para Paulo Bonavides,

[...] a contradição mais profunda na dialética do Estado moderno.  
A burguesia acordava o povo, que então despertou para a consciência de suas liberdades políticas. Ali estava um Direito novo, na teoria política, que mantinha princípios cuja validade indiscutível transpunha qualquer idade histórica e se situava fora de quaisquer limitações de polo [...].  
Fez, pretensiosamente, da doutrina de uma classe a doutrina de todas as classes.  
Daí o desespero e a violência das objeções que mais tarde suscitou, notadamente no século XIX, quando os esquemas de Estado jurídico puro se evidenciaram inócuos, e de logicismo exageradamente abstrato, em face de realidades sociais imprevistas e

<sup>5</sup> Raymundo Faoro assim conceitua como constituições semânticas aquelas que se limitam à fixação e à formação do Estado. Sendo carta que propicia aos regimes autoritários conviverem com a vestimenta constitucional, “sem que a Lei Maior tenha capacidade normativa, adulterando-se no aparente constitucionalismo – o constitucionalismo nominal, no qual a Carta tem validade jurídica mas não se adapta ao processo político, ou o constitucionalismo semântico, no qual o ordenamento jurídico apenas reconhece a situação de poder dos detentores autoritários”. (FAORO, 2000, p. 373).

amargas, que rompiam os contornos de seu lineamento tradicional. (BONAVIDES, 2001, p. 42)

Este era o contexto em que se formulava a propriedade liberal, dentro de uma formatação de Estado garantidor das liberdades individuais, que, como demonstra Fredie Didier Jr.:

Partia-se do pressuposto ideológico de que cada qual agindo *egoisticamente* atenderia ao interesse social: o empregador, por exemplo, pagando o salário de miséria atenderia a seu interesse (lucro) e ao coletivo (emprego). Este poder jurídico, que é o mais amplo que pode existir no campo dos direitos reais, esteve sujeito a uns poucos limites de caráter excepcional, que estabeleciam o que o proprietário não poderia fazer no exercício de seus direitos – eram, na verdade, *limites negativos*: (a) *direitos de vizinhança*; (b) *limitações administrativas*. (DIDIER, 2008, p. 12, grifos nossos)

Contudo, o modelo liberal de propriedade entra em crise, ante a impossibilidade da manutenção deste paradigma de Estado, baseado em formalismo e individualismo absolutos e egoísticos. De modo que, sob a tutela da igualdade e das liberdades formais, perpetuaram-se as desigualdades sociais alarmantes, crises econômicas, marginalização dos menos favorecidos, dos trabalhadores e das minorias sociais; desumanidades fomentadas por um capitalismo extremo e em prol da manutenção do sistema econômico liberal, culminando em duas guerras mundiais, amargadas pela História. Assim, preceitua Maria Helena Ferreira Fonseca Falle que,

A compreensão do Direito que se consolidou no paradigma do Estado Liberal era primordialmente *positivista e formalista*. O Direito foi se afastando de sua fundamentação moral jusnaturalista, até ser compreendido exclusivamente a partir da lei ou da vontade do legislador. [...] A equidade e a justiça, que até então eram categorias fundamentais para o Direito, perderam a importância com a solidificação do positivismo e do formalismo.

[...]

*A edificação do direito de propriedade como um direito absoluto e inviolável assegurou que muitos atores do sistema econômico cometessem abusos diversos em nome do desenvolvimento econômico.* No final do século XIX, se iniciou uma movimentação para a funcionalização dos direitos subjetivos, dentre os quais, o direito de propriedade, com o objetivo de romper com o seu caráter eminentemente absoluto e individual, conferindo-lhe um caráter estruturalmente social. (FALLE, 2012, p. 169, grifos nossos)

Conforme preceitua Paulo Bonavides (2001, p. 43), “Da liberdade do Homem perante o Estado, a saber, da idade do liberalismo, avança-se para a ideia mais democrática da participação total e indiscriminada desse mesmo Homem na formação da vontade estatal”, de

forma que novos tempos requereram novos caminhos, partindo-se, assim, do princípio liberal para o princípio democrático.

Deste modo, fruto das reflexões que o socialismo suscitava, o Estado e o Direito são reformulados às finalidades sociais, no propósito de compensar as assimetrias econômicas e possibilitar iguais oportunidades no exercício dos direitos positivados.

## **2.2 Da estrutura à função social da propriedade urbana**

Gradualmente, durante todo século XIX e XX, abandona-se a concepção de propriedade absoluta e inviolável, compreendida tão somente por seus elementos estruturais e limitada às questões de ordem pública.

Este período tem por marcos jurídicos a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919; que perpassam pela realidade da I Guerra Mundial (1914 a 1918) que impôs a toda estrutura estabelecida amplas e fundas alterações que “[...] exigiram, em verdade, a reformulação dos textos supremos.” (RUSSOMANO, 1985, p. 264), pois, após a Guerra, segundo Rosah Russomano (1985, p. 264), “O problema social, que permanecera oculto em nebulosa, sem contornos precisos, caracterizou-se com nitidez e demandou solução”, fazendo-se urgente a reformulação e a releitura do direito as suas finalidades sociais. Em síntese, a mesma autora prediz:

[...] tombou o Estado do *laissez faire, laissez aller*. Pontearam novos direitos, os direitos sociais, e o intervencionismo estatal, na dinamização de novo e dúplice movimento, já agora em sentido oposto: redução dos direitos individuais (ou alteração destes direitos), alargamento da esfera peculiar à ação do Estado. (RUSSOMANO, 1985, p. 264, grifos do autor)

Fato é que o direito de usar, gozar e dispor da coisa, garantido pela ordem jurídica liberal, passou a significar usar, gozar e dispor da coisa também em prol do bem-estar coletivo. O proprietário, por força de preceito normativo, não possui apenas o dever de não exercitar seu direito em detrimento de outrem, como sucedia anteriormente; possui, de modo imperativo, igualmente, o dever de exercitar aquele direito em favor de outrem (RUSSOMANO, 1985, p. 265). De forma que, conforme ensinamento de Orlando Gomes, a propriedade que não cumpri sua função social se configura como uso abusivo do direito: “O exercício dos poderes inerentes a um determinado direito, *sob pena de configurar a hipótese*

*do abuso previsto no art. 187 do Código Civil,<sup>6</sup> está limitado ao fim econômico ou social.* Essa percepção teleológica confere à função social uma chancela finalística [...]” (GOMES, 2004, p. 110, grifos nossos).

Reveste-se, pois, o conceito de propriedade em função do propósito constitucional acordado. A propriedade passa a ser entendida dentro do pacto de realização das aspirações e dos valores constitucionais, daí estar condicionada também ao elemento de cumprimento à sua função social. Em respeito aos fundamentos da república – tais como, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa –, a propriedade se posiciona dentro da conjuntura democrática, pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Sobre este momento histórico de formulação do modelo de Estado Social, Ana Frazão de Azevedo Lopes assevera que,

Cumpram-se, pois, as novas discussões que surgiam a respeito de *igualdade material e da justiça* obviamente exigiam, em uma ruptura com o formalismo até então existente, uma maior abertura do direito para considerações de natureza ética e moral. Segundo HABERMAS (2001, p. 319)<sup>7</sup>, foi exatamente essa ideia de “*remoralização*” do direito que permitiu a formação do novo paradigma do Estado Social, tornando a argumentação jurídica receptiva a argumentos concernentes a objetivos políticos que flexibilizam a vinculação linear da justiça ao que fora previamente estabelecido pelo legislador político e possibilitavam uma nova redefinição da interpretação do direito. (LOPES, 2006, p. 106, grifos nossos)

Assim, a propriedade, entendida no contexto liberal, destina-se a garantir e prover ao indivíduo sua subsistência e de sua família. Não obstante, segundo Regina Maria Macedo Nery Ferrari, “[...] a função social se justifica por seus fins, por seus *serviços*, quando, então, se pode falar de um *dever-poder*, vale dizer, do condicionamento do poder a uma finalidade” (FERRARI, 2008, p. 54). Neste entender, Francisco Eduardo Loureiro conceitua que,

A função social é um poder-dever do proprietário de dar ao objeto da propriedade determinado destino, de vinculá-lo a certo objetivo de interesse coletivo. Não pode ser encarada como algo exterior à propriedade, mas como elemento integrante de sua própria estrutura. Os limites legais são intrínsecos à propriedade. Fala-se não mais em atividade limitativa, mas conformativa do legislador. (LOUREIRO, 2008, p. 1148)

<sup>6</sup> Segundo José Afonso da Silva, “o caráter absoluto de propriedade [...] foi sendo superado pela evolução, desde a aplicação da teoria do abuso do direito, do sistema de limitações negativas e depois também de imposições positivas, deveres e ônus, até chegar-se à concepção da propriedade como função social, e ainda à concepção da propriedade socialista, hoje em crise.” (SILVA, 2012, p. 754)

<sup>7</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

De fato, a propriedade deixa de ser mero direito ou faculdade para se tornar um direito/dever. Assim, já bem instituía a Constituição de Weimar do ano de 1919, em seu art. 153: “A propriedade é garantida pela Constituição. Seu conteúdo e seus limites serão fixados em lei. *A propriedade acarreta obrigações. Seu uso deve ser igualmente no interesse geral.* (ALEMANHA, 2013, grifos nossos). Segundo Rosah Russomano (1985, p. 264), “A cultura jurídica ocidental, acatando o direcionamento da Lei Suprema de Weimar, de 1919, acolheu, pois, os direitos sociais. Não negou, porém os tradicionais direitos individuais.”, direitos estes que são, como visto, conquistas históricas contra os desmandos de Estados absolutos.

A função social constitui, pois, elemento da propriedade e atinge justamente a faculdade de uso, limitando-a (condicionando-a) e impondo-a agir conforme os preceitos constitucionais, de forma que, se não seguido o princípio constitucional em estudo, poderá restar configurado o abuso de direito<sup>8</sup>, e mais, a propriedade que não cumpre sua função social não merece o mesmo amparo e proteção constitucionais, havendo no texto constitucional a possibilidade, por exemplo, da desapropriação sancionatória. Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 233), “Vale dizer que a função social da propriedade privada cria para o particular um dever de utilização de seu patrimônio. Cria um ônus para o particular.”. Anderson Schreiber e Gustavo Tepedino, em análise desta evolução do direito de propriedade, reiteram,

A idéia da função social, como se sabe, vem romper com a concepção individualista e liberal do direito de propriedade. Inspirado pelo modelo do Code Napoléon, que define a propriedade como o direito de usar e dispor da coisa “de la manière plus absolute”, o *Código Civil brasileiro de 1916 tratou da propriedade apenas sob o seu aspecto estrutural, como um feixe de poderes atribuídos ao proprietário. Era natural, por isso e por razões históricas, que se visse na propriedade um direito cuja única função era atender aos interesses particulares do seu titular.* Ainda que abusos mais visíveis no exercício deste direito viessem coibidos por figuras como o abuso do direito ou a teoria dos atos emulativos, é certo que, em um país de formação essencialmente latifundiária, como o Brasil, os excessos do poder do proprietário passavam muitas vezes despercebidos, sobretudo se praticados em face de interesses não-proprietários. (SCHREIBER; TEPEDINO, 2005, p. 108, grifos nossos)

Os mesmos autores acima (2005, p. 122), em conclusão, predizem não existir, no texto constitucional brasileiro, “[...] garantia à propriedade, mas tão somente garantia à propriedade que cumpre a sua função social”. Conquanto, não se depreende desta afirmativa que a função social se traduz em coletivização da propriedade privada, de cunho socialista. Teresa Ancona Lopez assim também entende que “[...] a propriedade da forma que foi concebida pela

<sup>8</sup> Cf; MONTEIRO FILHO; Ralpho Waldo de Barros. Função social da propriedade: conteúdo e diretrizes para a sua compreensão. *Revista Forense*. v. 104, n. 397, maio/junho 2008.

Constituição Federal evitará, por mais paradoxal que seja, a entrada de qualquer tipo de socialismo. [...] A propriedade *atenderá*, ou seja, observará sua função social e *nunca* a propriedade é função social<sup>9</sup>.” (LOPEZ, 2009, p. 147). Neste mesmo entendimento, Juliana Altmann Berwig (2011, p. 223) esclarece que não se trata de por meio do princípio da função social usurpar o direito fundamental de propriedade; o que se pretende é uma releitura desta propriedade, tratando-se, pois, segundo a autora “[...] de limitação à livre iniciativa, mas não a propriedade privada, pois a função social da propriedade não pode ser confundida com a extinção do direito de propriedade, apenas se desperta para a necessidade desta vincular outros interesses, se submetendo aos objetivos sociais da cidade”. Igualmente, o princípio não tem por fim tyrannizar propriedades alheias, tolhendo as faculdades do proprietário vizinho.

Neste entendimento, tem-se, por exemplo, julgado do Supremo Tribunal Federal sobre querela em que vizinho, convencido de que a construção anexa a sua propriedade iria tolhê-lo da vista da lagoa Rodrigo de Freitas (cartão postal do Rio de Janeiro), pressupõe afronta ao seu direito de propriedade. No caso, o STF afastou possível entendimento de que a função social da propriedade estaria a compor este tipo de condicionamento à propriedade alheia; estabelecendo que o princípio da função social não está a servir questões de deleite pessoal: “O proprietário do prédio vizinho não ostenta o direito de impedir que se realize edificação capaz de tolher a vista desfrutada a partir de seu imóvel, fundando-se, para isso, no direito de propriedade” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 145.023, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ. 18.12.92).

De fato, não é o propósito da Constituição Federal de 1988 *socializar* a propriedade, como bem elucida José Afonso da Silva:

O certo, contudo, é que a *Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito*, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um *Estado de justiça social*, fundado na dignidade da pessoa humana. (SILVA, 2007, p. 120, grifos nossos)

Hely Lopes Meirelles enuncia semelhante conclusão quanto ao modelo de Estado desenhado pela Constituição de 1988; para o autor,

Modernamente, o Estado de Direito aprimorou-se no Estado de Bem-Estar (*Welfare State*), em busca de melhoria das condições sociais da comunidade. Não é o Estado Liberal, que se omite ante a conduta individual, nem o Estado Socialista, que

<sup>9</sup> Como, inclusive, defendia León Duguit, pioneiro no debate sobre a função social, negando a propriedade como direito subjetivo.

suprime a iniciativa particular. É o Estado orientador e incentivador da conduta individual no sentido do bem-estar social. Para atingir esse objetivo o Estado de Bem-Estar intervém na propriedade e no domínio econômico quando utilizados contra o bem comum da coletividade. (MEIRELLES, 2013, p. 674)

Portanto, conforme se preceituou alhures, Vicente de Abreu Amadei (1993, p. 22) assevera que “[...] se, por um lado, a Idade Moderna apoiou sua construção jurídica, projetando a visão da plena liberdade individual no contrato e na propriedade privada, por outro lado, nota-se, na Idade Contemporânea, a projeção do crescente enfoque social sobre esses mesmos institutos.”. E, conclui Maria Sylvia Zanella Di Pietro que,

[...] o princípio da função social, *inspirado na doutrina social da Igreja*, representa uma *reação* contra a concepção individualista do direito de propriedade privada e corresponde às concepções ideológicas que veem na propriedade não apenas um direito individual, *mas também uma função – a de servir de instrumento para a consecução do bem comum*. (DI PIETRO, 2012, p. 232, grifos nossos)

A inspiração advinda da doutrina social da Igreja é pungente no Brasil, segundo a qual sobre toda propriedade pesa uma hipoteca social<sup>10</sup>. O Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de controle abstrato de constitucionalidade, assim já decidiu:

O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave *hipoteca social*, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria CR. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23.4.04, grifos nossos)

O direito de propriedade, pois, é interpretado como instituto complexo que resulta de normas jurídicas de direito público e de direito privado. Assim, conforme Anderson Schreiber e Gustavo Tepedino (2005, p. 120), “[...] A propriedade é, ao menos neste sentido, função social, como todo instituto é o *complexo* que resulta de sua estrutura e de sua função”. Como bem elucida Norberto Bobbio:

O direito considerado como combinação de normas primárias e secundárias, pode ter as mais diversas funções, assim como a mesma função, por exemplo, aquela, comumente atribuída ao direito, de tornar possível a coesão e a integração do grupo, pode realizar-se mediante diversas estruturas normativas. (O que não quer dizer que

<sup>10</sup> Cf. CNBB. *Solo urbano e ação pastoral*. Disponível em: <<http://migre.me/fNdQV>>. Acesso em 17. Ago. 2013

a estrutura e a função sejam independentes: modificações da função podem incidir sobre modificações estruturais, e vice-versa). (BOBBIO, 2007, p. 105)

A relação jurídica complexa, segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2009, p. 201), “[...] sintetiza exatamente esta dimensão plural de *direitos e deveres recíprocos*, derivados de um mesmo fato jurídico, [...] O proprietário se encontrará em situações ativa e passiva e só poderá demandar abstenção da coletividade se, a seu turno, conceder função social”. Corrobora do mesmo entender, Francisco Eduardo Loureiro (2008, p. 1028), segundo o qual “se a propriedade é um direito – ou uma situação jurídica complexa – atribuído pela ordem jurídica a um titular, nada mais natural que essa mesma ordem jurídica [...] fixe um objetivo social [...]”. Tal entendimento coaduna-se com o firmado, no começo do século XX, por León Duguit<sup>11</sup> que, apesar de críticas<sup>12</sup> ao seu pensamento e na admissão integral ou não de sua doutrina (principalmente, quanto ao entendimento de que a propriedade não é direito subjetivo, mas função social), mostra-se contemporâneo, pois não há dúvidas de que a propriedade atual está investida de preeminente função social e nela deve se harmonizar um só todo, o interesse individual e o público.

Neste mesmo entendimento, Melhim Namem Chalhub (2009, p. 105) reitera que, “[...] embora garantido o direito de propriedade individual, é o interesse da coletividade que determina o modo de exercício das faculdades a ele inerentes.”.

Entende-se, pois, que a propriedade é direito subjetivo ao qual se aglutinou, todavia, função social. Em conclusão, Rosah Russomano (1985, p. 265) prediz que,

A realidade jurídica, pois, ao evolver do liberalismo até nossos tempos, amoldou, compatibilizando-os, direito subjetivo e função.  
[...]

<sup>11</sup> "En cuanto a la propiedad, no es ya en el Derecho moderno el derecho intangible, absoluto, que el hombre que posee riqueza tiene sobre ella. Ella es y debe ser; es la condición indispensable de la prosperidad y la grandeza de las sociedades y las doctrinas colectivistas son una vuelta a la barbarie. *Pero la propiedad no es un derecho; es una función social*. El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus tactos de propietario están protegidos. Si no la cumple o le cumple mal, si por ejemplo no cultiva su tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino." (DUGUIT, s/d, p. 179)

<sup>12</sup> Segundo Valter Nazareno Farias (2007, p. 296), “O crítico mais enérgico contra a concepção da propriedade-função foi Jean Dabin, que observou que a doutrina de Duguit afirmava que mesmo a norma conferindo um benefício ao indivíduo, afirma não existir um direito subjetivo. [...] Assim, quando Duguit afirma que a propriedade é uma coisa e não um direito, Dabin objeta-lhe afirmando que o proprietário tem uma coisa, neste sentido ele a possui; a coisa lhe pertence e outro não pode possuí-la, nem a coletividade, ou seja, é seu direito possuí-la, e esse direito é oponível *erga omnes*, e se o aparato estatal o protege é porque ele tem um direito. Logo, o que Duguit apresenta não passaria de um jogo de palavras. Ademais, quando Duguit afirma que o homem é um ser social e assim, tem uma tarefa a cumprir, alerta Dabin, esquece que o homem antes de ser um ser social é um ser individual. Este homem social é um homem individual, bem como aqueles com quem trará contato são homens individuais”.

Não se contrapõem, é certo, direito subjetivo e função. Em realidade, harmonizam-se, desde que os embasemos, nos momentos estático e dinâmico da propriedade. No primeiro, expressa-se a situação jurídica do proprietário, que tem o direito de, em sua condição de titular, manter o que é seu em nível intocável a pretensões alheias. No segundo, traduz-se a função, que se vai agilizar de acordo com o fim socialmente visado.

Quanto aos aspectos estático e dinâmico da propriedade, Helen Cristina Leite de Lima Orleans (2011, p. 104) preceitua que,

Diante dessa evolução no conteúdo do direito de propriedade, é possível identificar dois aspectos distintos vinculados ao instituto. Por um lado, temos a estrutura do direito de propriedade, que corresponde ao seu aspecto *estático*. Dentro desta noção, destacam-se as faculdades de usar, fruir e dispor do bem – ou seja, o conteúdo econômico do direito –, bem como a possibilidade de defesa da propriedade – que consubstancia o conteúdo jurídico do direito –, efetivada classicamente por intermédio das ações possessórias.

O segundo aspecto seria o *dinâmico*, que corresponde à função social da propriedade. Críticas foram feitas à sua afirmação, sobretudo sob o argumento de que a função social seria um princípio contrário à propriedade e seus poderes tradicionalmente reconhecidos. Contudo, uma visão mais moderna – e, também, festejada pela doutrina – defende uma relação de complementariedade.

Neste sentido, Gustavo Tepedino (2009, p. 137) afirma que é a função social que confere legitimidade jurídica à propriedade. Assim, para Edésio Fernandes e Betânia Alfonsin (2010, p. 18), mais do que tratar do direito *de* propriedade, a Constituição Federal de 1988 trata do direito *à* propriedade e asseveram que “[...] a propriedade urbana é explicitamente reconhecida como direito fundamental *desde que* cumpra funções sociais”. Este também é o entendimento de Celso Bandeira de Mello segundo o qual “o direito de propriedade é a expressão juridicamente reconhecida à propriedade. É o perfil jurídico da propriedade. É a propriedade, tal como configurada em dada *ordenação normativa*” (BANDEIRA DE MELLO, 1987, p. 39), na qual se insere a propriedade imobiliária urbana no cumprimento aos preceitos do planejamento urbanístico democrático instituído pelo plano diretor.

### 2.3 A propriedade no contexto do Estado Democrático de Direito

Na contemporaneidade, o texto constitucional possui ampla normatividade<sup>13</sup>. A Constituição não se identifica apenas como a lei maior formadora do Estado e de um plano

<sup>13</sup> Cf; HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 34.

governamental, trata-se de um projeto que enuncia diretrizes à sociedade como um todo e, também, ao Estado<sup>14</sup>.

Durante décadas de construção da política constitucional, as constituições possuíam supremacia apenas formal, todavia passaram, com advento do neoconstitucionalismo, tendo por marco histórico a II Guerra Mundial<sup>15</sup>, a “desfrutar, além da supremacia formal que sempre detiveram, também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios” (BARROSO, 2006, p. 83). Porque, conforme Konrad Hesse (1997, p. 34), se a Constituição de um país existisse apenas como simulacro legal, “[...] o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes”. Nisto, segundo o mesmo autor (HESSE, 1997, p. 55), subsiste para o Direito uma enorme tarefa – a concretização plena da força normativa (meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional) que “cumpre seu mister de forma adequada não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões do poder, mas quando envida esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder”.

Assim, a Constituição da verdade deve corresponder integralmente aos anseios e valores presentes na sociedade que ela pretende disciplinar, ou seja, deve ser um texto normativo íntegro e veraz, onde haja uma identidade entre o que se escreve e o que se faz, devendo haver uma correspondência entre a Constituição Jurídica em face da Constituição Real, conferindo efetividade ao ordenamento prescrito.

Nisto, o constitucionalismo é marcado pela coexistência conturbada do ser humano em sociedade o que impõem limitação e controle do poder dos governantes, estabelecendo marcos políticos e sociais na história de uma nação capazes de construir uma nova ordem a fim de projetar o país à fundamentação do controle democrático do poder. Luis Roberto Barroso, em estudo sobre o neoconstitucionalismo, afirma que,

---

<sup>14</sup> Neste entendimento, Florestan Fernandes expõe, em importante discurso parlamentar à Assembleia Constituinte, análise da dimensão jurídica, política e econômica das constituições brasileiras, que há muito eram vistas como projetos das classes dominantes. “Portando, a sociedade civil e o Estado são vistos *em seu conjunto*, como uma totalidade em movimento histórico e a constituição é concebida como um conjunto de normas que aponta para o vir a ser, uma sociedade civil civilizada e um Estado capitalista democrático” (FERNANDES, 1989, p. 50, grifos nossos)

<sup>15</sup> É importante esclarecer que o advento das monstruosidades da Segunda Guerra Mundial de 1945 impuseram ao mundo jurídico, de forma contundente, urgentes reformulações para construção de sistema jurídico verdadeiramente preocupado com as realizações da pessoa humana, proteção e valorização da dignidade do ser humano. Contudo, conforme ensinamento de Paolo Grossi (2013, p. 611), pode-se determinar que o novo constitucionalismo, pelo menos na Europa, apresenta suas bases de mudança paradigmática, traduzindo-se na descontinuidade com o modelo constitucional anterior, logo ao final da Primeira Grande Guerra Mundial, portanto, tendo por marco jurídico a Constituição de Weimar de 1919.

Ao longo do século XX, com o advento do Estado social e a percepção crítica da desigualdade material entre os indivíduos, o direito civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da *autonomia da vontade*. Em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de *normas de ordem pública*. (BARROSO, 2006, p. 83, grifos nossos)

Assim, o pós-positivismo, marco filosófico jurídico da segunda metade do século XX, imprimiu no Direito uma nova perspectiva para a construção do Estado, no sentido de que a existência do Estado só se justifica se este estiver em função do ser humano, na valorização de sua dignidade. Qualquer outro fundamento e porquê da existência do Estado, senão a pessoa humana, deve ser considerado atentatório às conquistas da pós-modernidade, vitórias estas conseguidas por muito sangue e por séculos de lutas e batalhas.

Nelson Saldanha preleciona sobre a forma em que se configura o poder estatal contemporâneo que este se baseia no equilíbrio entre a vida pública e privada:

Um dos ideais por assim dizer implícitos do *liberalismo* consistiu precisamente - sob certo aspecto - na procura de um equilíbrio entre a ordem privada e a pública. Este equilíbrio terá sido mais uma das conciliações visadas ou propiciadas pelo relativismo liberal, porquanto o anarquismo repudiava a esfera pública, ao recusar todo governo e todo comando exterior ao indivíduo, e o socialismo (com seus diversos gêneros) se inclinava a preocupar-se muito mais com o social e com sua reordenação do que com os indivíduos. É certo que o equilíbrio visado pelo credo liberal veio logo cedo a romper-se por força da concentração do capital e dos processos desigualitaristas que o capitalismo implicava e que veio a ensejar; é certo que a fórmula do Estado liberal, concebido como "mínimo" e como coonestador da harmonia entre liberdades, era impraticável; é certo que o mundo burguês envolveria uma série de injustiças sociais. *Foi porém a imagem burguesa do equilíbrio entre o lado público e o lado privado do viver, que preservou as melhores configurações de cada um destes lados, na experiência histórica contemporânea.* (SALDANHA, 1983, p. 118, grifos nossos)

De fato, o Direito é ciência que se aplica às relações humanas para a promoção do ser humano aqui considerado como um fim em si mesmo, como emblematicamente ensinou Immanuel Kant no século XVIII<sup>16</sup>, nisto, percebe-se que o Direito contemporâneo se reveste de imprescindível conteúdo ético. Segundo os ensinamentos de Luís Carlos B. Gambogi e Bernardo Olive dos Santos,

É insustentável crer numa Ciência amoral e apolítica, como se as ciências nada tivessem a ver com a sociedade. Não por outra razão quer o positivismo quer cientificismo repelem qualquer teoria que queira aproximar o fenômeno jurídico da sociedade, da moral e da política. É por tal razão que somente após se superar a leitura positivista ou cientificista do Direito será possível ver, com clareza, a índole

<sup>16</sup>Cf. KANT, Immanuel. *A Metafísica dos costumes*. Tradução: Edson Bini. - 1.ed. - São Paulo : Folha de São Paulo, 2011.

ética e política do fenômeno, virada fundamental e inadiável se se quer construir a genuína realidade democrática, vez que o Direito é consciência normativa do agir humano, elemento disciplinador das ações humanas na *polis*, e que, portanto, tem natureza pública. (GAMBOGI; SANTOS, 2012, p. 35-36)

Nisto, pergunta-se qual é a função do Direito? A quem e para que serve? Luiz Edson Fachin inquirindo-se sobre estas perguntas responde que,

Se a resposta for encontrar uma sociedade justa, fundada na igualdade material, na superação dos dogmatismos conceituais e da rigidez dos códigos, e que leve seriamente em conta a tutela efetiva dos direitos fundamentais, sem recitar o neolegalismo positivista revestido de teorias que, no presente, se prestam a encobrir velhos matizes, estaremos de acordo. (FACHIN, 2008, p. 20)

Este é o espírito da Constituição de 1988, conforme também enuncia Eros Grau: “[...] Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos arts. 1º, 3º e 170.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1.950, Rel. Min. Eros Grau, Dj. 2.6.06).

Desta forma, o que hoje se discute não é mais a influência da Constituição no direito de propriedade (historicamente compreendido à luz dos preceitos do direito privado), mas sim a amplitude e o modo como se dá essa incidência, especialmente dos princípios constitucionais e conceitos abertos.

Portanto, no Estado Democrático de Direito, os institutos do Código Civil – à época moderna, tratado como Constituição do homem comum<sup>17</sup> – são reinterpretados, pelos valores da dignidade da pessoa humana, da justiça social e demais princípios constitucionais. A Constituição ocupa o lugar no Direito que sempre deveria lhe pertencer, mas que fora, por longo tempo, tomado pelo Direito Civil. Este novo paradigma é realidade recente, surge em parte limitada do mundo e representa em certa medida a fundamentação de conquistas da modernidade (CASSESE, 2013).

O Direito, como um todo, é iluminado pelos valores e princípios constitucionais de forma efetiva, numa busca incessante em corresponder à realidade e estabelecer o consenso entre as forças dominantes do poder temporal. De forma que “[...] o que importa considerar, no momento, é que o Direito, contemporaneamente, não é apenas um singelo instrumento de

---

<sup>17</sup> “O Código Civil, lei burguesa por definição, era *a constituição das relações privadas*, esteio das relações econômicas, nas quais não devia interferir o Estado, mesmo para não alterar a ‘ordem natural das coisas’ e dos seus mecanismos de apropriação”. (MATTIETTO, 2005, p. 159.)

composição de conflitos intersubjetivos, mas sim um significativo e relevante instrumento de transformação social.” (LIRA, 2007, p. 3).

De fato, a propriedade, o contrato e a família<sup>18</sup> não podem mais funcionar como instrumentos de dominação. Estão todos dentro do projeto constitucional do Estado Democrático de Direito, paradigma em construção, em que se busca a difícil concretização dos direitos fundamentais da pessoa humana.

#### **2.4 Previsão do princípio no ordenamento jurídico brasileiro**

Neste contexto, a Constituição da República de 1988 assegura em seu art. 5º, inciso XXII, o direito de propriedade, e determina, no inciso XXIII, do mesmo artigo, que “a propriedade atenderá a sua função social” (BRASIL, 1988). Janaína Rigo Santin e Ricardo Quinto Mattia (2007, p. 131) relembram que a função social da propriedade está presente no ordenamento nacional desde a Constituição de 1934. Não obstante, apenas na Constituição de 1946, firmou-se de forma explícita o conceito da função social da propriedade, mencionando-o, claramente, pela primeira vez, no constitucionalismo pátrio, em que condicionou, em seu art. 147, o uso da propriedade ao bem-estar social.

Contudo, conforme salientado pelos mesmos autores, “[...] este princípio jamais foi eficaz. Apenas com o advento da Carta política de 1988 que a função social da propriedade passa a ser elemento da propriedade [...] o direito de propriedade passa a ser tratado como um assunto dentro do campo das normas de ordem pública [...]” (SANTIN; MATTIA, 2007, p. 131).

A Constituição de 1988 preceitua a propriedade que atende sua função social como norma fundamental e cadencia no art. 170 a função social como princípio da ordem econômica e reserva capítulo específico quando trata da propriedade urbana (art. 182, CR/88) e da propriedade rural (art. 186, CR/88). Havendo, no texto constitucional, claras penalidades à propriedade que não cumpri sua função social, cujo descumprimento autoriza a imposição de sanções pelo poder público tais como o parcelamento, edificação e utilização compulsórios, a instituição do IPTU progressivo no tempo, ou mesmo a desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública, nomeada pela doutrina como desapropriação-sanção.

---

<sup>18</sup> Na visão do professor Luiz Edson Fachin, tais elementos compõem o vértice do Direito Privado, tal como pode ser apreciado na essência de sua obra. (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.)

Por outro lado, o ordenamento evidencia e fortalece a proteção da propriedade que cumpri sua função social, evitando, por exemplo, que a pequena e média propriedade rural, bem como a propriedade produtiva sejam objetos de desapropriação para a reforma agrária (art. 185, CR/88).

O Código Civil brasileiro de 2002 também preceitua em seu art. 1228, § 1º que, “[...] O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais [...]”, e veda, no art. 2.035<sup>19</sup>, qualquer estipulação contratual contrária à função social da propriedade. Tal dispositivo da lei permite perceber os fundamentos em que o Código atual se situa, quais sejam, eticidade, socialidade e operabilidade, tal como preceituado por Miguel Reale, em consonância com os preceitos constitucionais.

Observam-se, ainda mais, mesmo na minuciosa análise da legislação infraconstitucional, os reflexos desta concepção da propriedade, como salienta Gustavo Tepedino (2008, p. 324), a redação do art. 1228 do Código Civil de 2002 (CC/02) substituiu a locução antiga do Código de 1916 – “a lei *assegura* ao proprietário” – para a expressão “o proprietário tem *faculdade*”, por se tratar a primeira de matriz nitidamente jusnaturalista, em que a norma legal se limita a reconhecer o poder a ela pré-existente, o que, de fato, representava o pensamento liberal e patrimonialista da época.

Em outro exemplo do texto civil, tem-se julgado do Superior Tribunal de Justiça que utiliza como fundamento para o acórdão o princípio da função social da propriedade como justificação da extinção de usufruto pelo não uso da coisa:

[...] 4- O usufruto encerra relação jurídica em que o usufrutuário - titular exclusivo dos poderes de uso e fruição - está obrigado a exercer seu direito em consonância com a finalidade social a que se destina a propriedade. Inteligência dos arts. 1.228, § 1º, do CC e 5º, XXIII, da Constituição.

5- *No intuito de assegurar o cumprimento da função social da propriedade gravada, Código Civil, sem prever prazo determinado, autoriza a extinção do usufruto pelo não uso ou pela não fruição do bem sobre o qual ele recai.*

6- A aplicação de prazos de natureza prescricional não é cabível quando a demanda não tem por objetivo compelir a parte adversa ao cumprimento de uma prestação.

7- Tratando-se de usufruto, tampouco é admissível a incidência, por analogia, do prazo extintivo das servidões, pois a circunstância que é comum a ambos os institutos - extinção pelo não uso - não decorre, em cada hipótese, dos mesmos fundamentos.

8- *A extinção do usufruto pelo não uso pode ser levada a efeito sempre que, diante das circunstâncias da hipótese concreta, se constatar o não atendimento da finalidade social do bem gravado.*

9- No particular, as premissas fáticas assentadas pelo acórdão recorrido revelam, de forma cristalina, que a finalidade social do imóvel gravado pelo usufruto não estava

---

<sup>19</sup> Assim dispõe o art. 2035: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos” (BRASIL, 2002)

sendo atendida pela usufrutuária, que tinha o dever de adotar *uma postura ativa de exercício de seu direito*.

10- Recurso especial não provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1179259 / MG. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ. 24 maio 2013. grifos nossos)

No mesmo sentido, o art. 1276 do CC/02 preceitua a perda da propriedade imobiliária urbana pelo abandono de seu proprietário, autorizando a arrecadação deste imóvel pelo Município, consistindo, talvez, na derogada do último dogma ligado a propriedade, qual seja, a de que a propriedade não se perde pelo não uso. Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, exposto em julgamento de Agravo contra acórdão de Recurso Especial,

[...] O cumprimento da função social exige do proprietário uma postura ativa. A função social torna a propriedade em um poder-dever. Para estar em conformidade com o Direito, em estado de licitude, o proprietário tem a obrigação de explorar a sua propriedade. [...]

Todavia, a função social da propriedade não se resume à exploração econômica do bem. A conduta ativa do proprietário deve operar-se de maneira racional, sustentável, em respeito aos ditames da justiça social, e como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos uma existência digna.

Há, conforme se observa, uma nítida distinção entre a propriedade que realiza uma função individual e aquela condicionada pela função social. Enquanto a primeira exige que o proprietário não a utilize em prejuízo de outrem (sob pena de sofrer restrições decorrentes do poder de polícia), a segunda, de modo inverso, impõe a exploração do bem em benefício de terceiros. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1138517 / MG. Rel. Min. Humberto Martins. DJe. 01 set. 2011)

A função social da propriedade permeia o ordenamento de sentido valorativo, evitando que a lei se transforme em estorvo para realização das plenitudes humanas. Assim, não pode, noutro exemplo, a cláusula de inalienabilidade instituída por testador imperar sobre as necessidades financeiras do herdeiro. Assim entendeu, em recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa transcreve-se:

DIREITO DAS SUCESSÕES. REVOGAÇÃO DE CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE, INCOMUNICABILIDADE E IMPENHORABILIDADE IMPOSTAS POR TESTAMENTO. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL DE NECESSIDADE FINANCEIRA. FLEXIBILIZAÇÃO DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 1.676 DO CC/16. POSSIBILIDADE.

1. Se a alienação do imóvel gravado permite uma melhor adequação do patrimônio à sua função social e possibilita ao herdeiro sua sobrevivência e bem-estar, a comercialização do bem vai ao encontro do propósito do testador, que era, em princípio, o de amparar adequadamente o beneficiário das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.

2. A vedação contida no art. 1.676 do CC/16 poderá ser amenizada sempre que for verificada a presença de situação excepcional de necessidade financeira, apta a recomendar a liberação das restrições instituídas pelo testador.

3. Recurso especial a que se nega provimento.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1158679 / MG. Rel. Min. Nancy Andrighi. Dj. 07 jul. 2011. grifos nossos)

Percebe-se, pois, que a função social da propriedade constitui princípio constitucional, sendo núcleo ordenador da interpretação e da aplicação da lei, fundamental para o estudo deste trabalho, tendo em vista que o conteúdo da Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade, que regulamentou os arts. 182 e 183 da CF/1988 – perpassa, nos termos do seu art. 1.º, parágrafo único, no estabelecimento das “normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”. Por fim, o princípio da função social da propriedade serve ao ordenamento como postulado normativo (princípio de interpretação), bem como possui eficácia imediata, dotado de normatividade capaz de regular o uso da propriedade imobiliária pública e privada e, principalmente, vincular os atos de gestão dos bens públicos imobiliários.

## 2.5 Regime jurídico da propriedade

A introdução do conceito de função social no sistema que reconhece e garante a propriedade privada implica a superação, ou, ao menos, o abrandamento da contraposição entre público e privado, isto é, implica a evolução da propriedade em sentido social, numa verdadeira metamorfose qualitativa do direito na sua realização concreta, destinada à satisfação de exigências de caráter social (MALUF, 2009, p. 147).

O Direito dividido entre duas grandes áreas<sup>20</sup> – direito público e direito privado – permeia, ainda hoje, debates jurídicos que perpassam pela concepção de que institutos do direito, necessariamente, inserem-se de forma excludente no âmbito ou do direito privado ou do público. Segundo Norberto Bobbio (2007, p. 142), “Um dos sinais pelos quais é possível reconhecer uma grande dicotomia é exatamente esta capacidade potencial de uma e de outra classe para assumir o papel de classe universal.”, tendendo preponderar no decorrer do tempo (da historiografia), seu conteúdo axiológico.

A tensão existente entre estes dois grandes campos do direito é reflexo do que se compreende por ideal para a organização social, trata-se do antagonismo existente entre indivíduo e sociedade; vê-se este conflito no direito de propriedade que ora é identificada

---

<sup>20</sup> Diz-se *grande* dicotomia no sentido, atribuído por Norberto Bobbio, de *totalidade*, “Uma vez que todos os entes, sem excluir nenhum, aos quais atual e potencialmente a disciplina se refere devem poder nela se inserir”. (BOBBIO, 2007, p. 140.)

como um fator de liberdade, como instituição essencial à realização do ser humano e ao desenvolvimento econômico; ora é associada à corrupção moral e à injustiça social, a causa de todos os males sociais (MENEZES, 2009, p. 20). Nelson Saldanha preceitua que, no decorrer da história, o privado ora preponderou sobre o público e este ora se sobrepôs ao privado e, em certas ocasiões, os dois mundos se misturaram:

Certas “divisões” que a ciência do Direito tem sustentado se acham ligadas, por sua vez, a condicionamentos concretos. A divisão do Direito em Público e Privado, referida a textos romanos, não subsistiu em certas épocas, como na Idade Média, em que a ordem política e a social, bem como a pública e a privada, não se achavam tão separadas como posteriormente. Com o Estado moderno e burguês a ordem político-jurídica e a jurídico-privada foram de novo separadas, com reflexos patentes nos conceitos e na sistemática. A própria divisão entre Direito objetivo e subjetivo serviu de certo modo (e Kelsen é que observou) aos interesses da burguesia interessada em salvaguardar a subjetividade, e a atividade individual, de ingerências estatais (SALDANHA, 2008, p. 67, grifos do autor).

De um lado, o entendimento privatista do Direito, para o qual apenas os institutos do direito privado tutelam a pessoa humana contra os mandos do Estado – o direito em função, precipuamente, do indivíduo. E, de outro lado, dimensão universalista, comunitária, o direito público como o ramo jurídico que prima pelo interesse público e pelo bem comum, tendo o Estado por guardião maior destes ideais, sendo estes superiores aos indivíduos, pois a subsistência da pessoa humana em todas suas necessidades dependeria do uso racional de bens produzidos coletivamente.

Consoante a este último entendimento, todavia mais ponderado, preceitua José Afonso da Silva (2007, p. 273) que o direito de propriedade se insere no regime jurídico público e critica que a primeira concepção transcrita acima “[...] é uma perspectiva dominada pela atmosfera civilista, que não leva em conta as profundas transformações impostas às relações de propriedade privada, sujeita, hoje à estreita disciplina de direito Público, que tem sua sede fundamental nas normas constitucionais.”. Segundo o mesmo autor, o regime jurídico privado seria atinente às relações civis inerentes à propriedade, concluindo que “[...] a Constituição assegura o direito de propriedade [...] de tal sorte que o *Direito Civil não disciplina a propriedade*, mas tão somente as *relações civis* a ela inerentes”. Conquanto, elucida Bobbio que tais concepções podem ser levadas ambas em consideração,

[...] a *função social do direito* é relevante para os governantes, isto é, para quem ele é um instrumento de governo; a *função individual do direito* é relevante para os governados, isto é, para quem vê nele um instrumento de proteção, garantia, libertação, etc. de cada um dos membros da sociedade. *Essas duas perspectivas não são inteiramente incompatíveis: antes considero que uma análise funcional que*

*pretenda ser completa deveria levar ambas em consideração.* (BOBBIO, 2007, p. 152, grifos nossos)

A História apresenta exemplos de confluência ou de momentos de potencialidade privatista ou publicista, mas que representam dois pontos distintos do mesmo objeto. Por isso, para Bobbio (2007, p. 153), “aquele que se coloca do ponto de vista do direito como regra de convivência, é extremamente difícil inserir o direito penal no direito público, como se torna impossível, para quem se coloca do ponto de vista do direito como organização, inserir o direito de família no direito privado.”

Faz-se necessário, pois, em vista dos valores que congregam o Estado Democrático de Direito, principalmente, em vista do direito à propriedade urbana, superar tradicional dicotomia, tendo por supedâneo o macroprincípio da dignidade da pessoa humana, que projeta no direito contemporâneo a necessidade de se construir em sua função de dois elementos basilares, a segurança jurídica (representando o estado de direito) e a justiça (ou seja, o estado de justiça material), componentes que devem ser lidos em busca de equilíbrio e de consenso, sempre na concretização do ordenamento constitucional, que se perfaz, necessariamente, num ambiente de diálogo democrático.

Nisto, Ricardo Pereira Lira (2007) enfatiza que a configuração da propriedade imobiliária urbana deve ser planejada segundo os critérios urbanísticos que visam ordenar a magnitude das cidades atuais, portanto, a edificação e a utilização do solo urbano não podem ser ditados pelas realizações privadas, ocorriáveis ao sabor da conveniência do dono do lote ou da gleba urbana. Segundo o autor, “esses fatos são realizações públicas, fatos coletivos por excelência, devendo ser sempre vistos através do prisma da qualidade de vida não apenas individual, mas predominantemente da comunidade.” (LIRA, 2007, p. 3).

Conquanto, frisa-se que a propriedade não se configura como instituto puro, ou seja, atinente apenas ao Direito Civil, mas, como salientado, de um “complexo de normas administrativas, urbanísticas, empresariais e civis (certamente), sob fundamento das normas constitucionais.” (SILVA, 2012, p. 121). Conforme ensina Pietro Perlingieri (2002, p. 223),

O aspecto funcional é certamente prevalente na propriedade vista como *relação*; entre proprietário e terceiros, entre proprietário e vizinhos, entre proprietário e Estado, entre proprietário e entes públicos, existe relação – não de subordinação –, mas de *cooperação*. O regulamento da propriedade às vezes dá prevalência ao interesse do proprietário, outras vezes àqueles de outros sujeitos.

Assim, de todo modo, os institutos típicos do direito privado devem ser entendidos em relação de cooperação com os objetivos da Lei Maior.

## 2.6 A propriedade urbana em função da cidade

O direito de propriedade está direta ou indiretamente vinculado à concretização dos valores constitucionais. Em cooperação, pois, ao projeto de construção de um Estado de justiça social, a Constituição da República de 1988 institui, no art. 170, a função social da propriedade como princípio norteador da ordem econômica e social e, estatui no art. 182 que a propriedade imóvel urbana cumpre sua função social, “quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. O ordenamento constitucional é regulado, em linhas gerais, pela Lei nº 10.257 de 2001, denominada Estatuto da Cidade, tendo por fundamento o citado art. 182 que determina a ordenação de diretrizes gerais para o pleno desenvolvimento da política urbana.

A competência legislativa em matéria de Direito Urbanístico é concorrente, conforme prediz o art. 24, I, da CR/88, que conjugado com seu § 1º enuncia ser da União, nestes casos, a competência para legislar normas gerais.

Quanto ao direito urbanístico, Ricardo Pereira Lira (2007, p. 4) conceitua-o como “[...] o conjunto de normas destinadas a dispor sobre a ordenação da Cidade, sobre a ocupação do espaço urbano de maneira justa e regular, procurando as condições melhores de edificação, habitação, trabalho, circulação e lazer.”. Portanto, para o mesmo autor, o direito urbanístico tem por objeto “[...] organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade.” (LIRA, 2007, p. 4). No mesmo sentido, segundo Hely Lopes Meirelles (2006, p. 278), o direito urbanístico consiste no “[...] conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade”.

Portanto, no art. 21, inciso XX, a Constituição Federal define ser competência da União instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos, o que enseja autonomia ao Município, no âmbito destas diretrizes, determinar suas próprias normas. Nisto, resta aos Municípios a competência para legislar sobre assuntos locais (art. 30, I, CR/88), em que a Constituição prediz, especificamente, no art. 30, inciso VIII, ser de competência do Município o adequado ordenamento territorial, “mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”; assim, concorda-se com Carlos Ari Sundfeld (2003, p. 52) quando afirma que “[...] a lei federal não pode reduzir ou condicionar o exercício de competências que a Constituição Federal outorgou diretamente aos Municípios”. Desta forma, preceitua o Estatuto da Cidade, em seu art. 39:

A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no *plano diretor*, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no artigo 2º desta Lei.

Cumprir a função social da propriedade urbana é obedecer ao planejamento democrático ordenado pelo plano diretor, que, segundo Regina Maria Macedo Nery Ferrari, destina-se a ser mais do que um plano de obras “[...] seu objetivo é a melhoria da qualidade de vida da população, em decorrência da expansão e do aproveitamento adequado do solo [...], com vistas a prevenir o crescimento desordenado” (FERRARI, p. 56). Sobre este planejamento urbanístico, Washington Peluso Albino de Souza e Giovani Clark (2008, p. 87) ensinam que,

Por este enunciado vê-se que não se trata de um planejamento apenas urbanístico, com vistas ao traçado da cidade ou à edificação, mas amplia-se abrangendo gama muito maior, na qual menciona as “necessidades econômicas”, onde podemos encontrar a interface com o Direito Econômico, o mesmo se dando com os demais ramos do Direito tais como o Constitucional, o Administrativo, o Civil, o Penal, o Ambiental e outros, buscando o ajustamento à chamada “qualidade de vida” e à própria “justiça social”.

Esta é a dimensão do Estatuto da Cidade, definida pelo instrumento básico, o Plano Diretor.

O Plano Diretor compõe-se como instrumento básico do planejamento urbano e da concretização do direito fundamental à cidade sustentável, tendo por supedâneo os preceitos constitucionais das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, que compõem o núcleo essencial do Direito Urbanístico.

Edésio Fernandes, em lições sempre valiosas, preceitua que tais princípios inauguram, com o advindo da Constituição de 1988, novos direitos coletivos, essenciais à qualidade e à plenitude da vida do ser humano, principalmente, neste século, em que o mundo é majoritariamente urbano. Assim, segundo o autor,

O mais importante desses princípios é certamente o da função socioambiental da propriedade e da cidade, que por sua vez é uma expressão do princípio de que o urbanismo é uma função pública no sentido mais amplo, isto é, a ordem urbanística não é determinada tão somente pela ordem dos direitos individuais, não sendo reduzível tão somente à ordem dos interesses estatais.

*Trata-se na verdade de uma noção antiga e já repetida em várias constituições brasileiras, mas que, pela primeira vez, na Constituição de 1988, e especialmente com a aprovação do Estatuto da Cidade, se tornou uma noção consistente e não uma mera figura de retórica sobretudo na medida em que esse princípio se traduz, na ordem constitucional brasileira em direitos coletivos novos e inter-relacionados. Como consequência, tal como se verifica no Brasil no texto da Constituição Federal de 1988, toda uma leva de direitos coletivos tem sido discutida e gradualmente*

aceita pelas ordens jurídicas de vários países latino-americanos no sentido de constituir um *nova ordem jurídico urbanística* que permita a devida disciplina e o controle jurídico dos processos de uso, ocupação, parcelamento e desenvolvimento urbano. Os principais de tais direitos coletivos, sempre inter-relacionados, são: direito ao planejamento urbano; direito social de moradia; direito à preservação ambiental; direito à captura das mais-valias urbanísticas; e direito à regularização fundiária de assentamentos informais consolidados. (FERNANDES, 2006, p. 11, grifos nossos).

A cidade é o local de projeção da sociedade em que se vivenciam as diversas manifestações humanas. No Brasil, ressalta José Afonso da Silva (2008), o centro urbano só adquire a categoria de cidade quando seu território se constitui em Município, assim, a cidade é o núcleo urbano qualificado por um conjunto de sistemas político, econômico, familiar e simbólico, sede do governo municipal, construído em função do ser humano; portanto, a política urbana tem por objetivo o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

A realização das funções sociais da cidade é a meta principal a ser atingida pela política urbana, de forma que se conclui que o Poder Público (especialmente o Municipal) deve se ater ao cumprimento do planejamento democrático urbano, contido no Plano Diretor, sendo a função social da propriedade componente essencial para a realização das funções sociais da cidade, ou seja, a concretização dos direitos à habitação, ao trabalho, ao lazer, à mobilidade e à segurança no espaço urbano; para tanto, é necessário a regulação do uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental, pressupondo-se a fixação saudável do indivíduo no espaço urbano coletivo. Nisto, Carlos Alberto Carmello Junior e Gilberto Passos de Freitas (2012, p. 154) concluem que,

A atividade urbanística está intimamente ligada aos aspectos de planejamento, compreendido como um caminho para racionalização do uso dos espaços, a fim de disciplinar aspectos diversos, que vão desde o conforto e estética até coordenação do sistema de circulação.

Esta atividade de racionalizar a utilização dos espaços de fixação do homem é condicionada pela necessidade de resguardo do meio ambiente, em todas as suas acepções, passando, então, pelo meio ambiente natural, cultural, artificial e do trabalho.

Assim, o Plano Diretor normatiza o cumprimento da função social da propriedade urbana, tendo por núcleo gravitacional as exigências fundamentais de ordenação da cidade previstas na Constituição Federal, observando-se, ainda, as diretrizes gerais de política urbana

veiculadas pelo Estatuto da Cidade dentre as quais cabe ressaltar, dada a sua relevância, o art. 2º do Estatuto da Cidade<sup>21</sup>.

Para que a cidade cumpra sua função social é necessário que a propriedade esteja, como dito, em consonância com os preceitos constitucionais, cooperando na concretização dos direitos fundamentais, buscados na realização das funções sociais da cidade; a realização do paradigma de sustentabilidade urbana se apoia na propriedade privada, de forma que, segundo Juliana Atmann Berwig (2011, p. 221), percebe-se,

[...] que a concepção de função social da propriedade não se aparta das funções sociais da cidade, pois ambas são provenientes do mesmo ordenamento urbanístico, estando o princípio da função social inserido em sua essência. Assim sendo, tanto as diretrizes ao cumprimento das funções sociais ou socioambientais da propriedade e da cidade estão submetidas ao bem-estar da coletividade e, não somente do

---

<sup>21</sup> 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 *idades 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; II – *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; III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social; 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; V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais; VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar: a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos; b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana; d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como polos geradores de tráfego, sem a previsão da infraestrutura correspondente; e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização; f) a deterioração das áreas urbanizadas; g) a poluição e a degradação ambiental; h) a exposição da população a riscos de desastres. (Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012) VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência; VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência; IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização; X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais; XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos; XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico; XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população; XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais; XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais; XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social. XVII - estímulo à utilização, nos parcelamentos do solo e nas edificações urbanas, de sistemas operacionais, padrões construtivos e aportes tecnológicos que objetivem a redução de impactos ambientais e a economia de recursos naturais. (Incluído pela Lei nº 12.836, de 2013).

individual. Isso ocorre, pois sendo a propriedade parte integrante da cidade esta contida em um mesmo complexo, a cidade como um todo. Impõe-se ressaltar, assim, que o plano diretor da cidade, não pode contentar-se em ser apenas uma disciplina determinante do crescimento físico ou da dotação de serviços, mas sim, incluir uma clara preocupação com a dinâmica global da cidade, buscando orientá-la no interesse das maiorias, alcançando o pleno desenvolvimento de suas funções sociais.

Nisto, o plano diretor é a lei municipal fundamental para a ordenação e planejamento efetivos da cidade e preceito básico para a aferição da função social da propriedade urbana. Pois, conforme Ricardo Pereira Lira (2007, p. 5),

[...] a ocupação do espaço urbano não se pode fazer aleatoriamente, impondo-se, como inafastável, a formulação de um plano diretor, consubstanciando um *planejamento essencial* à apropriação equilibrada do dito espaço, sem exclusões e segregações sociais, buscando boa qualidade de vida, editado em nível legislativo assecuratório de sua não modificação por influência de interesses subalternos ou conjunturais.

Hely Lopes Meirelles (2006, p. 393) conceitua o plano diretor como “[...] o complexo de normas legais e diretrizes técnicas para o desenvolvimento global e constante do Município, sob os aspectos físico, social, econômico e administrativo, *desejado pela comunidade local*.”. O que impõe, para a formulação do plano diretor, extenso debate e diálogo com a população cidadina.

Para tanto, o Estatuto da Cidade institui a *Gestão Democrática da cidade*, que consiste na 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.

Desta forma, estabelece o art. 43 do Estatuto instrumentos mínimos que deverão ser utilizados para garantir a gestão democrática da cidade, em que são elencados: i) órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal; ii) debates, audiências e consultas públicas; iii) conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal; e, iv) iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano. Sendo, também, o orçamento participativo (art. 4º, III, *f*; Lei n. 10.257/01) instrumento fundamental para se garantir o desenvolvimento sustentável da cidade, que, conforme prediz o art. 44 deste Estatuto, o orçamento participativo “[...] incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal”.

Tais instrumentos de tutela tem por objetivo o controle direto, democrático, das práticas legislativas e executivas que dizem respeito a ordenação, planejamento e execução do espaço urbano, tanto no que diz respeito ao que a cidade é, ou seja, na avaliação do que a cidade necessita de fato, bem como, quanto ao que se deseja que seja o ambiente citadino.

Portanto, a construção do que se planeja deve ser a efetiva realização do querer dos moradores da urbe, o que impõe o cumprimento da gestão democrática da cidade.

Estes instrumentos, inclusive, incorporam o plano diretor de relevante legitimidade popular que lhe concede papel fundamental no planejamento urbano, constituindo-se de verdadeiro princípio do Direito Urbanístico, denominado de *reserva do plano* que, nas palavras de Victor Carvalho Pinto (2010, p. 217) “[...] consiste na exigência de que as medidas que possam vir a afetar a transformação do território constem dos planos urbanísticos, como condição para que possam ser executadas”.

Desta forma, a propriedade imobiliária urbana, tanto pública quanto privada, independentemente da pessoa que exerça a titularidade do domínio, não importando se pessoa jurídica pública – União, Estados federados, Distrito Federal, Municípios, fundações e autarquias públicas –, ou mesmo, como visto, pessoas naturais ou entes privados; todos, de fato, devem exercer o direito fundamental de propriedade, cumprindo sua função social.

## **2.7 Função social da propriedade urbana pública**

A propriedade pública deve, assim como a propriedade privada, estar em consonância com os preceitos constitucionais, de forma que a propriedade imobiliária pública deve atender a sua função social, para que o próprio planejamento urbanístico municipal não seja desfalcado. Portanto, mesmo não estando consagrado de forma explícita na Constituição (DI PIETRO, 2012), a função social da propriedade pública está diretamente ligada ao cumprimento das diretrizes firmadas pela política de desenvolvimento urbano, pois, o objetivo deste planejamento é ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182, CR/88).

Conquanto, é atual, na doutrina, a dúvida quanto à possibilidade de se falar em função social da propriedade pública; porque, primeiramente, alega-se que se cogitaria de pleonasmos, haja vista que, estando o poder público vinculado ao cumprimento do interesse público, ao bem comum, não há dúvidas de que todo o patrimônio público deve estar vinculado às finalidades sociais e, por outro lado, a propriedade pública pelo simples fato de estar sob o domínio do ente público cumpriria função social, pois, em que pese a titularidade destes bens

ser da pessoa jurídica estatal, os mesmo se submetem ao regime jurídico público, precisamente com o intento de se tutelar a sua utilização para fins de interesse geral.

Porém, refutam-se estes argumentos, pois se entende que o princípio da função social impõe ao ente público a utilização do bem ao qual está afetado, perquirindo à *melhor* utilidade que dele se pode extrair. E, o simples fato de determinado bem ser de propriedade do ente público não legitima, de início, que este cumpra a sua função social. Neste entendimento, Floriano de Azevedo Marques Neto (2009, p. 396) exemplifica que,

Um imóvel público afetado a um uso especial pode não cumprir sua função social se a alocação espacial dele for incompatível com a preservação ambiental, por exemplo. Por mais que a destinação final de resíduos seja um problema sério a merecer adequado tratamento pelo poder público, não será aderente à função social da propriedade pública se transformar uma área de reserva de Mata Atlântica em aterro sanitário. Num outro exemplo, um bem público pode não mais prestar, por condições urbanísticas, àquela atividade correspondente ao uso especial. É o que constantemente ocorre com aeroportos ou aeródromos que, por conta do crescimento da urbe, acabam envolvidos em adensamentos urbanos [...].

Pode-se cogitar, também, do imóvel abandonado pelo ente público (como por exemplo, prédios urbanos afetados ao uso especial de autarquias), ou mesmo ruas e praças (bens públicos afetados ao uso comum) abandonadas, em claro descumprimento da função social da propriedade, fato inclusive comum na realidade das cidades brasileiras. Por isso, reitera o mesmo autor alhures que,

De outro lado, o bem integrante do patrimônio público ao qual não se dá qualquer uso direta ou indiretamente de interesse da coletividade (ou seja, bem desprovido de utilidade pública), não pode ser tido como consentâneo à função social da propriedade pelo simples fato de ser de domínio do ente público. [...] o crescimento populacional, o fenômeno da urbanização e a multiplicação de demandas sociais por prestações e utilidades aliados à multiplicidade de possibilidades de uso trazidas pela evolução tecnológica, tudo isso nos coloca, cada vez mais, diante de escassez de recurso, o que torna a ociosidade de qualquer bem, inclusive público, absolutamente contrária ao cânone da função social. (MARQUES NETO, 2009, p. 396)

Portanto, em que pese a vinculação de todos os bens do patrimônio estatal ao cumprimento do interesse público, entende-se que a função social da propriedade pública evidencia e exige o bom uso desta propriedade, compondo-se como dever do estado. Sobre este dever, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 233) prediz que,

Desse modo, enquanto o princípio da função social da propriedade privada impõe um dever ao proprietário (e, de certo modo, exige a atuação do poder público para garantir o cumprimento do princípio), o princípio da função social da cidade impõe

um dever ao poder público e cria para os cidadãos direito de natureza coletiva, no sentido de exigir a observância da norma constitucional.

O uso da propriedade pública deve ser de modo a garantir e efetivar a construção da cidade sustentável, que se compõem como direito de natureza coletiva, 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, de forma que, “[...] extrapolando o escopo meramente físico, a cidade apresenta-se como cadinho de trocas, de reações, de funcionalização de seus elementos componenciais e, sobretudo, como o patamar de acesso universalizado a direitos.” (PIRES; COSTA, 2012, p. 5). Para tanto, Maria Coeli Simões Pires e Mila Batista Leite Corrêa da Costa (2012, p. 7) defendem a concepção de um “paradigma de sustentabilidade” em que,

*A função social do espaço urbano, percebida sob influxos de sustentabilidade, pressupõe, portanto, a articulação de políticas econômicas, sociais e urbanas para, ao mesmo tempo coibir a segregação sócio espacial, atenuar a privatização do espaço público e, sobretudo, incitar a conscientização acerca da assunção de responsabilidades pelas cidades. (grifos nossos)*

Por conseguinte, se quanto à propriedade privada há um dever de colaboração diante do projeto constitucional de construção do Estado de Justiça social (SILVA, 2007), muito mais está presente a função social na propriedade pública, sendo inerente ao seu conceito e mais, institui direito coletivo à cidade sustentável, o que significa aos cidadãos o direito de ação, especialmente pela via da ação popular e ação civil pública, contra os abusos na utilização da propriedade, de modo que, reitera-se, “[...] falar em função significa falar em dever para o poder público: dever de disciplinar a utilização dos bens públicos, de fiscalizar esta utilização, reprimir as infrações, [...] para fins de interesse geral, ou seja, para garantir uma cidade sustentável.” (DI PIETRO, 2012, p. 243).

Firma-se, pois, que a função social é, assim como salientado à propriedade privada, elemento estrutural da propriedade pública, conformando-a, impondo à administração pública a utilização de seus bens em postura ativa, o que, na propriedade pública imobiliária urbana, notadamente, é seguir o planejamento urbanístico que busca a difícil concretização da cidade sustentável. Neste mesmo entendimento, Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2005, p. 139) preceitua que a função social da propriedade “[...] informa e conforma o conteúdo de todas as propriedades, inclusive as públicas, [...]”, e destaca que o Estatuto da Cidade em nenhum de seus artigos diferencia a propriedade pública da privada quanto à vinculação ao princípio da função social.

É notável a importância que os bens públicos possuem na concretização do sucesso do plano diretor. A construção de uma cidade sustentável perpassa pela boa utilização dos bens públicos, que exige a sua conformação às finalidades sociais.

A boa utilização dos bens públicos nada mais é senão o direito fundamental à boa Administração Pública deste patrimônio, que consiste na gestão dos bens públicos com fundamento nos princípios e regras constitucionais. Juarez Freitas conceitua o direito fundamental à boa administração como sendo “[...] o direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.” (FREITAS, 2007, p.20).

Em lições sobre o conteúdo jurídico do direito fundamental à boa administração, na Constituição Espanhola de 1978 (carta de grande influência na formulação da Constituição brasileira de 1988), o espanhol Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, em síntese, assevera que a boa administração é aquela que sempre atua a serviço objetivo do interesse geral (2012, p. 136), o mesmo autor, então, prediz que,

Os cidadãos [...] têm direito a que a gestão dos interesses públicos se realize de maneira consonante com o livre desenvolvimento solidário das pessoas. Por isso é um direito fundamental da pessoa, porque a pessoa enquanto tal exige que o público, que o espaço em geral esteja atendido de forma que lhe permita realizar-se, em sua dimensão de liberdade solidária, como pessoa humana a partir de diferentes dimensões. (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, 2012, p. 156)

Nisto, assevera Victor Carvalho Pinto (2010, p. 226) que “[...] no direito urbanístico, o que importa não é a natureza pública ou privada da propriedade. O que importa é a transformação no território, que precisa ser planejada independentemente de quem seja seu promotor.”. De fato, conforme ensinamentos de Alexandre Levin (2010, p. 209),

[...] a construção de obras públicas que promova alterações importantes no ordenamento do território do Município deve resultar de regular planejamento urbanístico, que é consubstanciado, como visto, na lei que institui o plano diretor municipal. Atendidas as prescrições do plano diretor quanto ao respectivo processo de planejamento/construção, os bens públicos resultantes desse processo estarão cumprindo, de fato, sua função social. E aqui estão incluídas a projeção e construção de sistemas viários, sistemas de pontes e viadutos, sistemas de esgoto e canalização de córregos, portos e aeroportos, dentre outros.

Portanto, é de fundamental importância que os bens públicos de todas as esferas da Administração Pública cumpram com função social, conformando-se ao planejamento municipal.

Contudo, é importante salientar que a imposição das penalidades advindas do descumprimento do princípio da função social da propriedade (parcelamento, edificação e utilização compulsórios, a instituição do IPTU progressivo no tempo e a desapropriação-sanção) é restritíssima quando se cogita aplicá-los sobre bens públicos. Alguns instrumentos para imposição do cumprimento da função social são, inclusive, de aplicações impossíveis, porque o seu descumprimento não acarreta nas mesmas penalidades impostas à propriedade privada, por exemplo, entre os entes públicos o princípio da imunidade recíproca – que decorre do princípio federativo – veda a instituição e cobrança de IPTU progressivo no tempo (art. 150, inc. VI, alínea “a”, CR/88), assim como o Decreto Lei n.º 3.365/1941 proibi em seu art. 2º a desapropriação dos bens da União ou do Estado federativo pelo Município<sup>22</sup>.

Nisto, para Nilma de Castro Abe (2013, p. 69), não se poderia cogitar que os bens públicos estivessem condicionados ao cumprimento do princípio da função social, pois a admissão do princípio aos bens públicos faria surgir a possibilidade de punições que seriam de difíceis aplicações práticas. Assim, prediz a autora que, em que pese estarem os entes públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) obrigados a cumprirem os deveres de boa gestão, estes não se coadunam com os deveres advindos da função social, concluindo que “[...] as sanções jurídicas previstas para o descumprimento da função social da propriedade urbana são imputáveis principalmente aos particulares, sendo inadequadas para punir os entes públicos pelo descumprimento desse dever [...]” (ABE, 2013, p. 69), sendo, pois, difícil delimitar a função social da propriedade pública, de forma que, segundo a mesma autora,

[...] a caracterização da função social como um dever jurídico a ser atendido pelo ente público esbarraria na imposição de uma responsabilização ao ente público, que seria ineficaz do ponto de vista prático, isto porque a responsabilização da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não alcança efetivamente o agente público (o administrador do imóvel público), que, via de regra, foi quem deixou de

<sup>22</sup> Alexandre Levin, contudo, defende ser possível a aplicação desses instrumentos, em restritas hipóteses, também, às entidades da Administração Indireta sujeitas ao regime de direito público – autarquias e fundações públicas. Para tanto, o autor disserta em análise minuciosa do texto constitucional e em linhas conclusivas assevera: “[...] sobre o imóvel de propriedade da entidade da Administração Indireta que não esteja vinculado às suas atividades essenciais, ou que esteja vinculado a atividade econômica típica do setor privado, o Imposto Predial e Territorial Urbano pode incidir. Tratar-se-ia, neste caso, de tributo com função nitidamente fiscal, ou seja, arrecadatória. Ora, se o IPTU pode ser cobrado das autarquias e fundações públicas com relação aos imóveis de sua propriedade que não estejam vinculados às suas finalidades essenciais, bem como sobre os imóveis cuja utilização esteja vinculada a atividade típica setor privado, para fins puramente *fiscais*, nada impede que seja cobrado sobre imóveis de forma progressiva, nos termos do art. 7º do Estatuto da Cidade. Por exemplo, o imóvel urbano abandonado de propriedade de autarquia ou fundação pública certamente não está sendo utilizado de forma vinculada às finalidades essenciais desses órgãos, e sobre ele podem recair as sanções previstas nos artigos 5º a 8º do Estatuto. Da mesma forma, sobre o imóvel dessas entidades vinculado à realização de atividade econômica regida pelo direito privado podem recair as mesmas consequências, caso seja utilizado em desacordo com sua função social.” (2010, p. 251, grifos do autor)

cumprir diversos deveres em relação à gestão do patrimônio imobiliário público. (ABE, 2013, p. 74)

Nilma de Castro Abe (2013) defende, portanto, que as sanções decorrentes do descumprimento da função social da propriedade pública não são efetivamente hábeis e concretas contra o Ente Público, porque se entende que a penalidade deve ser imposta ao agente público, “[...] tendo em vista que o imóvel público possui um titular (ente público) totalmente distinto do administrador (agente público) e do beneficiário (coletividade) [...]”, o que ensejaria, dentro deste entendimento, “[...] mais eficiente os deveres e as sanções jurídicas imputáveis aos administradores dos imóveis públicos, e a eles atribuir as consequências jurídicas decorrentes do descumprimento dos deveres de gestão.” (ABE, 2013, p. 75).

Em que pese os argumentos contrários, não se entende, como visto alhures, ser possível afastar a aplicação do princípio da função social da propriedade pública, principalmente, tendo por pressuposto a dificuldade prática da imposição das penalidades. Pois, ao se admitir este postulado, permitir-se-ia a interpretação da norma com intuito de conformá-la às consequências jurídicas, como se fosse possível manipular a interpretação do ordenamento tendo em vista os resultados ou os efeitos advindos da concretização da norma. Seria, por exemplo, inverter a ordem de um processo e começar o julgamento olhando se a punição será adequada, havendo, neste caso, o risco de se condenar alguém por algo muito mais grave do que o que realmente foi feito – se achar que a punição prevista na lei é muito branda –, ou, deixar de condenar o culpado, por concluir que a punição prevista é muito severa. Em ambos os casos, vê-se que ocorre injustiça.

Desta forma, é de suma importância para a concretização do plano diretor que os bens públicos da União, do Estado e do Município cumpram sua função social, para tanto, deve, primeiramente, o Município resguardar e fiscalizar o cumprimento do plano diretor pelos demais Entes Públicos, de forma que havendo descumprimento das normas urbanísticas, o Município deve notificar à pessoa de direito público infratora para que se conforme às diretrizes do plano (LEVIN, 2010), não havendo solução, deve o Município se socorrer ao Poder Judiciário para que se cumpra a determinação legal e constitucional ora desrespeitada.

Isto se impõe, pois, como dito alhures, não é possível, tendo em vista o princípio da imunidade recíproca, as penalidades típicas aplicadas aos particulares quando utilizam a propriedade em desrespeito às normas urbanísticas. Portanto, torna-se instrumento de grande importância para a realização do direito coletivo à cidade sustentável a Ação Civil Pública e a Ação Popular, e nestas situações os Ministérios Públicos Estaduais e Federais têm sido agentes atuantes na tutela deste direito.

Neste entendimento, Alexandre Levin (2010, p. 199) ainda destaca que as consequências advindas do descumprimento da função social da propriedade pública “[...] independem da responsabilização do agente público competente [...]. Tal agente pode ser responsabilizado [...] independentemente da utilização do instrumental legislativo disponível para fazer a propriedade pública cumprir, de fato, sua função social.”, como, por exemplo, por meio da ação de improbidade pública (Lei nº 8.429/92).

De fato, não há nada de inovador e útil à proteção da ordem urbanística, tão somente, a responsabilização do agente público pela ação ou omissão de que resultara a má gestão do patrimônio público, sendo os meios dispostos à punição destes atos insuficientes, pois, “[...] não resolve a questão relativa à adequação do imóvel ao plano diretor municipal. A função social desse imóvel continuará a ser descumprida, em prejuízo do planejamento urbano e da realização das funções sociais da cidade.” (LEVIN, 2010, p. 199). Em síntese, em discurso quanto às dificuldades de se aplicar as sanções advindas da violação da função social, o mesmo autor preceitua que,

No que se referem às sanções decorrentes do descumprimento da função social da propriedade pública, as dificuldades jurídicas para a sua aplicação não impedem o reconhecimento da existência do princípio. Na realidade, podem existir determinados impedimentos constitucionais para a aplicação de certas sanções em caso de descumprimento da função social pela propriedade imobiliária pública [...], mas isso não impede que outras consequências advenham em virtude da desobediência a tal princípio, consequências essas provenientes da legislação ordinária ou do próprio Texto Constitucional. (LEVIN, 2010, p. 200)

Como visto, para Nilma de Castro Abe, não seria possível a aplicação prática satisfatória do princípio da função social da propriedade pública, conquanto, para a mesma autora, isso não afastaria os deveres do Poder Público em relação ao seu patrimônio. Portanto, evidencia que os deveres dos entes públicos na administração de seus bens públicos estariam firmados não na função social da propriedade, mas no cumprimento e no exercício da função administrativa. Preceitua, pois Nilma de Castro Abe que,

[...] o Poder Público deve administrar os bens públicos a fim de atender apenas e tão somente os interesses da coletividade, lembrando que a coletividade não é a titular dos bens públicos, nem a administradora, e sim a beneficiária obrigatória de toda atuação estatal relacionada aos bens públicos. Esse dever decorre para a Administração Pública do próprio regime de Direito Público, inerente ao exercício da função administrativa. (ABE, 2013, p. 75)

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a função administrativa consiste na “[...] função que o Estado, ou quem lhe faça às vezes, exerce ‘na intimidade de uma estrutura e

regime hierárquicos’ e que [...] se caracteriza pelo fato de ser ‘desempenhada mediante comportamentos infralegais’ [...] submissos todos a controle de legalidade do Judiciário” (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 34). De forma que a função administrativa evidenciaria o conjunto de deveres da Administração Pública na utilização e conservação dos bens em proveito da coletividade. Este plexo de deveres são, precipuamente, os deveres de guarda (vigilância e tutela da integridade e finalidade do bem público), conservação (cuidados para mantê-lo com as características de uso e fim) e aprimoramento (medidas de valorização) desses bens (GASPARINI, 2003, p. 724).

Por outro lado, sem afastar qualquer dos deveres da administração pública na obrigação da boa gestão dos bens públicos, que tem por fundamento a função administrativa; adere-se ao entendimento de Alexandre Levin segundo o qual,

[...] os deveres relativos à gestão do patrimônio público imobiliário, a serem atendidos pelo Poder Público através do exercício da função administrativa, decorrem, de fato, de diversos dispositivos legais e constitucionais aplicáveis à espécie. Mas isso não impede a prevalência, também, do princípio da função social da propriedade pública, a ditar o comportamento do proprietário do bem, no caso o próprio Estado. (LEVIN, 2010, p. 202)

Tem-se que o princípio da função administrativa não é o bastante para tutelar o direito coletivo à cidade sustentável, pois não conforma a utilização dos bens públicos ao plano urbanístico desenhado pelo plano diretor e outras normas urbanísticas, desta forma, é necessário que “[...] além de todos os preceitos legais e constitucionais que estabelecem deveres para a Administração em relação à gestão do seu patrimônio, [...] devem ser observadas, também, as prescrições do plano diretor instituído através de lei municipal.” (LEVIN, 2010, p. 203), a fim de que o imóvel público cumpra sua função social.

A função social da propriedade é, portanto, norma fundamental, dotada de eficácia normativa imediata; servindo-se, também, de postulado normativo que ditará os pressupostos da interpretação legal; bem como, princípio ponderador da ordem econômica e princípio basilar da ordem urbanística, tratando-se de poder/dever tanto de particulares quanto, principalmente, do Estado que deve perquirir, na gestão de seus bens, precipuamente, no exercício de sua função administrativa, os preceitos ditados pelo planejamento urbanístico, respeitando o princípio de reserva do plano.

Portanto, é importante tecer mais elaborado estudo sobre os bens públicos, precipuamente, quanto aos conceitos e classificações, a fim de que se delimitem os preceitos legais e constitucionais em que cada espécie de bem público se encontra, no intuito de assim

esclarecer, posteriormente, quanto à possibilidade ou não da utilização privativa ou até exclusiva dos bens de uso comum, provenientes de parcelamento do solo urbano (loteamento ou desmembramento de gleba), pois se presencia, nas cidades brasileiras, a prática reiterada do fechamento de parte ou totalidade de bairro já incorporado à ambiência urbana – o que já se denominou, coloquialmente, de “privatização de bairros”<sup>23</sup>.

### 3 BENS PÚBLICOS

Antes de abordar diretamente sobre a outorga a particulares do uso exclusivo de bens públicos de loteamento, é necessário explorar a teoria dos bens públicos, incansavelmente dissertada pela doutrina, sempre lembrada ou mesmo atualizada às novas demandas sociais e econômicas.

Para tanto, apresentar-se-á as classificações legais e os conceitos jurídicos das diversas espécies de bens públicos, tendo por foco o critério de classificação que se baseia na destinação ao qual o bem está consagrado a cumprir sua utilidade pública (afetação); bem como, tratar-se-á dos instrumentos jurídicos de disponibilização de bens públicos a particulares.

#### 3.1 Conceito de bem público

Para José Cretella Jr. (1984, p.19), “[...] bens públicos são as coisas materiais ou imateriais, [...], pertencentes às pessoas jurídicas públicas, objetivando fins públicos e sujeitas a regime jurídico especial, de direito público [...]”.

Lúcia Valle Figueiredo disserta semelhante conceito, definindo como bens públicos:

[...] todos aqueles, quer corpóreos, quer incorpóreos, portanto imóveis, móveis, semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, à União, Estados, Municípios, respectivas autarquias e fundações de direito público. Configuram esses bens o patrimônio público e se encontram sob o regime de direito público. (FIGUEIREDO, 2004, p. 555)

Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 779) amplia esta conceituação, de forma que, “[...] bens públicos são todos os bens que pertencem às pessoa jurídicas de Direito

---

<sup>23</sup>Cf. NÓBREGA, Mônica. *Bairros “privatizados” acumulam problemas*. Disponível em: [http://www.diarioweb.com.br/editorial/corpo\\_noticia.asp?IdCategoria=62&IdNoticia=40754&IdGrupo=1](http://www.diarioweb.com.br/editorial/corpo_noticia.asp?IdCategoria=62&IdNoticia=40754&IdGrupo=1). Acesso em: 10 out. 2013.

Público, [...], bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público.”.

Assim, para a doutrina de Celso Antônio, são bens públicos não só os bens corpóreos ou incorpóreos de titularidade dos entes públicos mas também os quais estejam afetados ao serviço público.

A temática sobre bens públicos é tratada tradicionalmente pela legislação civilista. De acordo com magistério de Floriano de Azevedo Marques Neto (2009, p. 91), isto ocorreu devido ao fato de, no Brasil, a constituição do domínio estatal ter se firmado às avessas, pois, no passado, segundo o mesmo autor, “[...] tudo era do Estado; quase tudo foi franqueado ao apossamento pelos privados; ao fim deste processo, o que restou (não foi ou não podia, por circunstâncias naturais, ter sido apropriado por particulares) passa a constituir o patrimônio do Estado”. Fato que o jurista e historiador Raymundo Faoro (2000) denominou de “feudalismo anacrônico”<sup>24</sup>. Nisto, reitera Floriano de Azevedo Marques Neto (2009, p. 91) que, “[...] diferentemente do que ocorreu em vários países europeus, a demarcação do patrimônio público não foi uma preocupação concomitante à afirmação do nosso Estado constitucional”. Segundo o mesmo autor,

Pode-se constatar que à afirmação do Estado brasileiro não correspondeu, como, por exemplo, ocorreu na França, uma preocupação central por delimitar o que constituiria o patrimônio público. Ressalvada a preocupação com a titularidade das terras devolutas, o direito público brasileiro, as Constituições aí incluídas, não vai se debruçar exaustivamente sobre o tema. Não será por outra razão que nossa doutrina sobre os bens públicos será marcada pela concepção dos civilistas, especialmente a partir das discussões que culminaram no Código Civil de 1916. (MARQUES NETO, 2009, p. 92)

O Código Civil de 2002 prediz, em seu art. 98 (mesma redação do art. 65, Código Civil de 1916), que “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”. Portanto, o Código Civil utiliza-se de classificação, eminentemente, subjetiva, que tem por critério determinar como bem público segundo o titular do domínio, ou seja, se proprietário for um ente público, logo, o bem é de mesma natureza.

---

<sup>24</sup> “O feudalismo (brasileiro) teria caracteres atípicos – sem as cores tradicionais do sistema europeu, antes de anacronismos e arremedos e mais de tendências. [...] Não se negue, todavia, os efeitos descentralizadores, dispersivos das donatarias. Efeitos inevitáveis, decorrentes do isolamento geográfico, da extensão da costa, capazes de gerar núcleos de autoridade social, sem que a administração real permitisse a consolidação da autonomia política. [...] Tudo está longe do feudalismo, da aristocracia territorial, dos monarcas latifundiários. [...] O rei esta atento ao seu negócio”. (FAORO, 2000, p. 149-152).

Este critério é utilizado pelo Código Civil em claro intento de resguardar e delimitar os bens particulares, de forma que o artigo citado cuidou de diferenciar, primeiro, bens públicos de bens particulares. Assim, o mesmo diploma legal, quanto aos bens públicos, preocupa-se, segundo Fernando Rodrigues Martins (2010, p. 127), “[...] com o caráter subjetivo do bem na cadeia dominial, e não com o perfil objetivo do bem, ou seja, qual a sua finalidade no mundo jurídico, se serve ao privado ou se serve à coletividade”.

Em contrapartida, para se classificar os bens públicos, adota-se, neste trabalho, majoritariamente, o critério funcionalista ou objetivo, aliando-se, pois, com conceito já exposto, mais próximo ao Direito Administrativo e consoante à ordem constitucional.

### **3.2 Classificação dos bens públicos quanto a sua destinação**

A classificação dos bens públicos quanto à sua destinação fundamenta-se no critério funcionalista/objetivo que atribui como público os bens consagrados à utilidade, emprego, serviço e função públicos, ou seja, consoante ao interesse público, coletivo, social e comunitário. “Por aí admitir-se-ia a existência de bem público ainda que integrante do patrimônio privado, como é o caso dos bens de particulares utilizados na prestação de serviços públicos, sejam meros cedentes de prédios onde funcionem instalações ou repartições da Administração” (MARQUES NETO, 2009, p. 117). É necessário explicitar que o entendimento funcionalista figura como o critério mais acertado aos preceitos constitucionais. E é adotado maciçamente pelos administrativistas, pois tal concepção estaria relacionada à função de interesse geral que esses bens devem cumprir.

Conquanto, alerta Floriano de Azevedo M. Neto que esta visão objetiva dos bens públicos não é suficiente para exata classificação. Pois, segundo o mesmo autor, “[...] Todos os bens, de uma forma ou de outra, se prestam a alguma necessidade coletiva. Não é por outra razão que a Constituição consagra a função social da propriedade. [...]” (MARQUES NETO, 2009, p. 120). Portanto, o autor determina três requisitos essenciais para determinação do bem como público, seguindo a teoria funcionalista,

O enquadramento de um bem como público pelo viés de sua finalidade depende da sua “essencialidade” e “indispensabilidade” para o exercício de uma função de interesse geral atribuída ao Estado. Identificamos, então, três requisitos: *primeiro*, a utilidade do bem deve corresponder a uma atividade cometida ao poder público por lei ou pela Constituição ou então cujas características tornem imperativo que ela seja realizada pelo Estado; *segundo*, o bem deve ser essencial para aquela atividade, de modo a que dele não se possa prescindir sem prejuízo do exercício desta função pública; *terceiro*, ainda que a necessidade recaia não sobre um bem individualizado

mas sobre um determinado gênero de bens, aquele bem específico deve ser, ao menos naquelas circunstâncias, insubstituível ou, se substituído por outro equivalente, a este bem substituinte será transferida automaticamente a natureza de bem público. (MARQUES NETO, 2009, p. 120-121)

Assim, tendo por critério de classificação o da destinação ou afetação dos bens, estabelece o art. 99 do Código Civil brasileiro as espécies de bens públicos:

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Da redação do Código se percebe que as duas primeiras espécies, bens de uso comum do povo e bens de uso especial, estão nitidamente afetadas ao cumprimento de suas funções públicas, por esta causa, a doutrina estabelece que tais bens compõem o domínio público do Estado, portanto bens indisponíveis. Enquanto os bens dominicais comportam função patrimonial ou financeira, destinando-se a assegurar rendas ao Estado, por isso, compondo o domínio privado deste, exercendo senhorio semelhante ao particular, contido, obviamente, por normas derogatórias provenientes do regime jurídico público. Neste sentido, José Cretella Júnior explicita:

Ao lado dos bens do patrimônio indisponível, os bens do patrimônio disponível ou dominicais constituem os bens do domínio privado do Estado; os primeiros, afetos aos serviços públicos, não se alienam, enquanto durar a afetação, os outros, não afetados aos serviços públicos, são suscetíveis de serem alienados, mediante a forma que a lei especial autorizar. (CRETELLA JR., 1984, 336-337)

Mesmo entendimento é exposto pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, da qual se extrai o precedente segundo o qual “[...] Os bens de uso comum e os de uso especial estão destinados a fins públicos; acham-se afetados a uma finalidade pública; enquanto que os dominicais não ostentam destinação pública definitiva.” (REsp 799765, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Dj. 27.8.2009). Nisto, reitera-se que a afetação é o elemento central na classificação funcionalista dos bens públicos. Entendendo-se por afetação a atribuição de finalidade específica, imposta pela lei ou pela própria natureza da

coisa, ao bem público, “[...] funcionalizando-o a determinada destinação pública a bem da coletividade” (MARTINS, 2010, p. 143).

Por não estarem destinados especificamente a determinado uso coletivo, afirma-se que os bens públicos dominicais estão desafetados, enquanto os bens públicos de uso comum e os de uso especial estão afetados.

Em decorrência desta afetação, prediz-se que os bens de uso comum e os de uso especial não se sujeitam ao âmbito de aplicação das normas de direito privado, portanto, segundo Maria Zanella Di Pietro (2012, p. 9), nestas duas espécies de bens, as faculdades de uso, gozo e disposição são sensivelmente modificadas. Nisto, afirma a mesma autora que,

Dessa forma, o *uso* do bem público, condicionado à consecução de fim pré-definido, é exercido pelo povo ou pela própria pessoa jurídica de direito público a que pertence, mas em benefício de toda coletividade. Quanto à *fruição* como ensina Marcello Caetano, “nuns casos confunde-se com o uso (é o rendimento em utilidade pública), noutros casos é independente dele e consiste na faculdade de cobrar taxas pela utilização dos bens, ou na colheita dos seus frutos naturais” (DI PIETRO, 2012, p. 9).

Por fim, conclui a autora que os bens de domínio público do Estado não são de livre disposição, exigindo-se para sua alienação prévia desafetação.

Todos os bens públicos, segundo Floriano de Azevedo M. Neto (2009, p. 127), “[...] têm aplicação direta (caso dos bens de uso comum e de uso especial) ou remota (no caso dos bens dominicais, *v.g.*, a geração de receitas) no atendimento das necessidades coletivas [...]”. Por isso, deve-se conjugar a classificação funcionalista com o critério subjetivista, pois, considerando apenas o critério objetivo, ter-se-ia todos os bens como públicos haja vista que todos devem cumprir função social.

### **3.2.1 Bens de uso comum**

Os bens de uso comum estão destinados ao benefício de qualquer indivíduo, à coletividade – *uti universi* –, sem restrições, exceto a de observar a ordem legitimamente constituída pelo Direito. Assim, reitera Nilma de Castro Abe (2013, p. 36) que “[...] o usuário dessa espécie de bem é genérico, é o povo, toda a coletividade, não sendo possível a sua individualização. [...] a pessoa tem o direito de usufruir a coisa comum [...]”, portanto, independentemente de qualquer titulação especial e do cumprimento de qualquer condição prévia, excetuando-se, como dito, a observância das regras de ordenação deste próprio uso.

Segundo José Cretella Jr. (1984, p. 57), [...] “Os usos comuns do domínio público são os que todos os homens podem realizar, em virtude de sua condição humana, única e exclusivamente, sem nenhum outro requisito mais do que a observância das disposições regulamentares de caráter geral, ditadas pela autoridade”. Desta forma, esta espécie perpassa por infinidade de bens, tais como, praças, ruas, estradas, praias, rios e mares, como, inclusive, de forma exemplificativa, sugere o Código Civil.

Quanto à natureza jurídica do uso comum do povo, Alfredo Buzaid (1965, p. 36) apresenta três linhas doutrinárias principais, baseando-se na obra de Guido Zanobini;

A primeira teoria considerava o uso comum como o exercício de um direito real do indivíduo sobre a coisa. Esta concepção, que apresenta algumas variantes ao sabor das opiniões dos autores, corresponde a uma idéia do Estado, totalmente superada na atualidade, a saber, isto é, que o Estado exerce sobre os bens um direito de propriedade privada, limitado pela destinação ao uso público (Regelsberg, “Pand.”, II, pág. 422; Meucci, “Ist.”, p. 400), ou um direito, de índole corporativa ao uso dos bens públicos em favor dos particulares enquanto membros da coletividade a que aqueles pertencem (Salemi, op. cit., p. 80).

Consoante a segunda teoria, o uso comum não seria outra coisa senão uma manifestação da liberdade dos indivíduos; liberdade essa que, no sentir de alguns, é simplesmente natural (Mayer, op. cit., II, p. 77; Jellinek, “Verwaltungsrecht”, pág. 490; Jèze, “Rev. Droit Public”, 1900, p. 700; Hauriou, “Précis”, p. 857); e no de outros, direito verdadeiro e próprio (cf. Romano, “La Teoria dei Diritti Pubblici Subbiettivi”, p. 188; Presutti, “Ist.”, I, p. 230).

A terceira e última teoria inclui o uso comum entre os chamados direitos (ou interesses) cívicos, tendo por objeto a prestação de utilidade e de serviço por parte do Estado. O direito dos indivíduos ao uso de estradas não difere do que lhe toca no gozo do serviço de comunicação, transporte e outros que o Estado põe à disposição dos particulares (Ranelletti, “Princ.”, p. 464; Forti, “Diritto Amministrativo”, I, pág. 162; Ferrara, “Trattato”, p. 316).

Das teorias apresentadas, firma-se no direito atual o entendimento de que o ente estatal é o proprietário dos bens de uso comum os quais se destinam à coletividade, sendo esta sua beneficiária direta, enquanto ao agente público incube-lhe a boa e responsável gestão deste patrimônio. Nisto, esclarece Floriano de Azevedo Marques Neto (2009, p. 202) que,

[...] uso comum, quando afetado a um bem, gera um direito do membro da coletividade a acessar este uso (nada próximo a ser titular do domínio deste bem), direito este que não se afirma em moldes individuais, mas com típico direito coletivo de ordem pública ou um direito público subjetivo, na medida em que não integra o plexo de direito individuais do sujeito, nem é por ele renunciável.

O uso comum se caracteriza por quatro elementos principais, quais sejam, (i) a generalidade, na qual se determina pela possibilidade do bem público ser usado por todos; (ii) a impessoalidade, em que o bem serve a todos de forma indistinta, ou seja, independente de

qualquer titulação específica<sup>25</sup>; (iii) a impregnação nas características do bem, da qual se extrai que o bem pode estar consagrado ao uso comum por sua própria natureza (rios e mares) ou por ato do poder público (ruas, praças), criado pela Administração para cumprir a função administrativa correspondente ao uso comum; e, por último, o uso comum é marcado (iv) pela incondicionalidade, que implica na não subordinação do administrado ao cumprimento de qualquer condição subjetiva<sup>26</sup> para o acesso ao uso, conquanto não se depreende da incondicionalidade do uso comum a proibição deste uso a título oneroso.

Conforme a redação do art. 103 do Código Civil, “[...] O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem”. Quanto à possibilidade do uso oneroso do bem afetado ao uso comum, Floriano de Azevedo Marques Neto afasta alegações de que o uso retribuído iria de encontro a incondicionalidade do bem de uso comum do povo, pois, conforme o autor,

Quando falamos que o uso comum é incondicionado, estamos a dizer que cada qual, para se utilizar do bem, não deverá ter de atender a uma condição específica, subjetiva e individual prévia. O que determina a característica da incondicionalidade do uso comum é a ausência de subordinação do uso a requisito ou condição de ser atendida por alguns usuários e não por outros. Não é o caso da onerosidade, nem da ordenação do uso do bem.

*O uso retribuído não descaracteriza o uso comum*, desde que o pagamento seja exigido indistintamente de todos os usuários do bem, é dizer: uma oneração que atinja a todos, de modo impessoal, não é oposta ao caráter comum do uso. Não se configura como prévia habilitadora ao uso, mesmo porque o pagamento exigido é imposto de forma universal a todos os usuários (MARQUES NETO, 2009, p. 205-206).

Para Maria Zanella Di Pietro o uso retribuído não descaracteriza o uso comum, mas se trata de subespécie deste, denominado de uso comum extraordinário, pois tais exigências legais limitam o uso destes bens pelo administrado “[...] sem desnaturar o uso comum e sem transformá-lo em uso privativo; uma vez cumpridas as imposições legais, ficam afastados os obstáculos que impediam a utilização.” (DI PIETRO, 2012, p. 22). Para a autora não se pode cogitar, nesses casos, de uso privativo, por não possuir este uso caráter de exclusividade, nem mesmo de uso comum ordinário, pois seu uso está sujeito à remuneração ou ao consentimento da Administração, daí, como visto, denominá-lo de uso comum extraordinário. Nisto, por

<sup>25</sup> Conquanto, como se verá adiante, não é vedado a outorga de uso privativo a particulares, quando possível outros potenciais usos no mesmo bem, desde que não destitua o uso principal ao qual está afetado.

<sup>26</sup> A incondicionalidade do uso comum, segundo Floriano de Azevedo (2009, p. 204), “[...] decorre da impessoalidade, mas com ele não se confunde. Isso porque pode existir situação em que o uso de um bem, embora impessoal, dependa de condição, como ocorre, por exemplo, com parque nacional em área de preservação ambiental. A visitação não está condicionada a uma titulação pessoal do visitante, mas pode depender de uma autorização específica da autoridade gestora do parque em função do número de visitantes tolerados, de condições climática, entre outros”.

exemplo, a lei pode exigir do administrado autorização do ente público competente quando necessário for o transporte de carga acima do limite da via, trata-se de imposição do poder de polícia do Estado, concedendo, provisoriamente, o uso comum extraordinário, que não se confunde com o uso privativo, pois este pressupõe grau de exclusividade do uso por particular em detrimento dos demais administrados.

Pode-se, em síntese, afirmar que os bens públicos de uso comum do povo são aqueles de titularidade das pessoas jurídicas de direito público, afetados, pela lei (v.g bens públicos de loteamento) ou por sua própria natureza (v.g., mar), a uso indistinto e impessoal da coletividade, portanto, para fruição dos indivíduos, seu uso é, em princípio, incondicionado a qualquer título específico (v.g. autorização, permissão ou concessão), podendo ser gratuito (uso comum ordinário) ou remunerado (uso comum extraordinário), os quais são para os administrados direito público subjetivo.

### ***3.2.2 Bens de uso especial***

Os bens de uso especial são todos aqueles destinados ao uso da Administração, para a realização de suas atividades e cumprimento de seus fins. Neste mesmo entendimento, José Cretella Jr. (1984, p. 330) define que, “[...] os bens de uso especial são utilizados, regra geral, pelas respectivas pessoas jurídicas públicas, a que pertencem, pessoas que os usufruem, de maneira direta, imediata, contínua, [...] que os integra na classe dos chamados bens do patrimônio indisponível”.

O Código civilista apropria-se de critério exemplificativo para a conceituação desta espécie, daí dispõe que são de uso especial, dentre outros bens, os “[...] edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias”.

Salienta-se que a nomenclatura “uso especial” é utilizada por parte da doutrina (CRETELLA JR., 1984) como sinônimo de uso privativo, que, por vezes, é deferido aos particulares por meio de algum instrumento de outorga de uso, tais como, a autorização, a permissão e a concessão públicas; das quais se tratará mais adiante.

Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto (2009, p. 216), os bens de uso especial “[...] diferentemente do que ocorre com os bens consagrados ao uso comum, [...] não possuem, em regra, características inerentes que prediquem já sua afetação”.

Conquanto, tanto os bens afetados ao uso comum, quanto aos consagrados ao uso especial se caracterizam como *inalienáveis, imprescritíveis, impenhoráveis e impossíveis de*

*serem onerados*, elementos decorrentes do *regime jurídico público* aos quais estão subordinados.

A inalienabilidade é a qualidade do que não pode ser alienado, transferido ou transmitido a terceiro, ou seja, tratam-se de bens dos quais o ente público não pode se dispor. Salienta-se que, contudo, isso não significa que os referidos bens estejam, de forma total, fora do comércio, pois, como visto alhures, estes podem ser outorgados a usos privativos ou mesmo a usos exclusivos, obedecendo sempre às regras do direito administrativo.

A alienação dos bens destinados ao uso comum ou especial exige, portanto, a desafetação destes bens, para que, por este ato, venha compor o patrimônio privado do ente público, tornando-se bem de seu domínio como objeto de direito pessoal, ou real, ou seja, transmutem-se à espécie de bens dominicais.

Portanto, estas duas categorias de bens públicos são inalienáveis, como bem prediz o art. 100 do Código Civil, “enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar”.

A imprescritibilidade inerente aos bens de uso comum e de uso especial resulta na impossibilidade da aquisição deste bens por particulares por meio do instituto da usucapião, tradicionalmente, compreendida como prescrição aquisitiva. Tal assertiva encontra-se disposta no direito positivo, precisamente, no art. 182, § 3º; e, no art. 191, parágrafo único, ambos da Constituição Federal mas também presente no art. 102 do Código Civil vigente, que assim dispôs que “Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião”. Trata-se, pois, de elemento imposto a todas as espécies de bens públicos.

A impenhorabilidade impede que os bens públicos possam ser alienados em praça ou leilão públicos para a satisfação dos direitos de credores, portanto, é vedada a constrição judicial (penhora) de bens públicos, nos processos executivos, tratando-se de elemento constitucional inerente a todas as classes de bens públicos. Assim, aplica-se à execução contra a Fazenda pública regras especiais para a satisfação dos direitos dos exequentes, classificada na doutrina como execução especial, de forma que o cumprimento da condenação judicial transitada em julgado se concretiza por meio dos precatórios ou pelas requisições de pequeno valor (RPV), na forma do que prediz o art. 100 da Constituição Federal.

Em última nota, os bens públicos de uso comum e de uso especial são determinados pela impossibilidade de oneração, pois estes bens, como visto, não são de livre disponibilidade. Logo, nenhum ônus real pode recair nestas espécies, pois é traço marcante desses bens públicos a inalienabilidade.

### 3.2.3 *Bens dominicais*

Os bens dominicais, também chamados de dominiais, são aqueles não afetados a alguma destinação pública específica, como, por exemplo, terrenos de marinha, terras devolutas, prédios de renda, títulos da dívida pública etc. Compondo, desta forma, o patrimônio disponível da Administração Pública. Fato que os aloca no âmbito do regime jurídico privado com determinadas derrogações impostas em razão do interesse público. Assim, tais bens podem ser alienados por meio de institutos típicos do direito privado, tais como, compra e venda, doação, permuta; cumprindo, contudo, quando hajam, os ditames advindos do regime jurídico administrativo, como, por exemplo, a exigência de prévio procedimento licitatório.

Em que pese não estar afetado a alguma utilidade pública específica, o bem dominical não se aparta do cumprimento do interesse público, tendo por dever o cumprimento de sua função social. Este é o entendimento de Floriano de Azevedo Marques Neto (2009, p. 221), segundo o qual,

Em regra, os bens dominicais, ainda que não possuam uma destinação de ordem geral ou específica ao uso do administrado, não deveriam deixar de ter uma função. Não de ser consagrados a uma finalidade de instrumentalidade da ação estatal, no sentido de que se prestam a gerar receitas que sejam empregáveis no cumprimento das crescentes demandas da sociedade.

Reitera o mesmo autor que a abstenção do poder público da boa administração de seus bens, não destinando os bens dominicais a algum uso público, mesmo que no sentido de geração de receitas, afronta o princípio da função social; assim, prediz que este patrimônio “[...] deve ser administrado de forma a propiciar resultado econômico (rendas para a Administração) ou a permitir que os particulares o façam, preferencialmente com reversão de ônus em favor do poder público” (MARQUES NETO, 2009, p. 222). Neste mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 574) assevera que “já se entende que a natureza desses bens não é exclusivamente patrimonial; sua administração pode visar, paralelamente, a objetivos de interesse geral”.

Da mesma forma, Nilma de Castro Abe (2013, p. 100) conclui que “encontra-se mitigada a concepção de que os bens dominicais constituem categoria jurídica dotada de função patrimonial ou financeira [...], pois os bens dominicais devem ter uma destinação pública compatível com os objetivos constitucionais”.

Vê-se, pois, que o Estado deve cumprir, sempre, o dever imposto pelo princípio constitucional de destinação da propriedade a sua função social, seja qual for a espécie de bem público.

### 3.3 Uso privativo de bens públicos

Inseridos dentro do patrimônio público do Estado, porquanto estarem afetados a específico uso público de interesse geral, os bens de uso comum e os de uso especial sujeitam-se a regime jurídico público que impõe série de garantias a este patrimônio, resguardando estas categorias da ampla liberdade do proprietário estatal, enquanto estiverem consagradas a determinada utilidade pública, advinda da lei ou de sua própria natureza.

Não há, porém, uma única utilidade advinda destas espécies, mesmo que estejam destinadas *especificamente* a determinado uso de interesse público. De fato, diversos outros possíveis usos podem coexistir com o uso primário ao qual esteja afetado<sup>27</sup>.

Este também é o entendimento de Floriano de Azevedo Marques Neto (2009, p. 324), que segundo o qual “[...] a afetação não implica em reserva do bem exclusivamente ao uso afetado, podendo haver a aplicação deste a outros usos compatíveis com a afetação primária”. Desta forma, por exemplo, o passeio público, que se destina ao trânsito de pessoas, pode ser parte dele destinado ao uso privativo de determinado particular para o estabelecimento de banca de jornal, pois tal empreendimento é de interesse dos demais administrados e não degenera o uso comum ao qual esta espécie de bem público está consagrada.

Portanto, preceitua o mesmo autor que o particular, em relação aos demais administrados, pode fazer uso ordinário, privativo ou mesmo exclusivo do bem público.

Será seu uso denominado ordinário quando o administrado utilizá-lo de forma isonômica com os demais particulares e condizente com o uso ao qual o bem esteja por lei afetado. Este uso também é denominado de uso normal.

O uso será privativo quando estiver “[...] marcado por um traço diferenciador, que confere ao administrado seu titular uma prerrogativa de uso não desfrutável pelos demais.” (MARQUES NETO, 2009, p. 326).

---

<sup>27</sup> Em sentido contrário se manifesta Hely Lopes Meirelles, segundo o qual, quanto, especificamente, ao uso comum do povo, “[...] os usuários são anônimos, indeterminados, e os bens utilizados por todos os membros da coletividade – *uti universi* – razão pela qual ninguém tem o direito ao uso exclusivo ou a privilégios na utilização do bem: o direito de cada indivíduo limita-se à igualdade com os demais na fruição do bem ou no suportar os ônus dele resultantes.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo : Malheiros, 2013. p. 436).

O uso exclusivo, por sua vez, pressupõe o uso pelo particular de forma privativa mas também visando a exclusão dos demais no uso do mesmo bem. Por isso, para Floriano de Azevedo Marques Neto (2009, p. 324), “[...] o uso exclusivo confere ao usuário um direito excludente e não admite a afetação do bem a usos secundários”. Entendendo-se por uso secundário a possibilidade de afetação do bem além da qual esteja consagrado primariamente, assim, “[...] haverá afetação secundária quando, além do uso objeto da afetação principal, recair sobre o bem uma outra destinação permanente e concreta.” (MARQUES NETO, 2009, p. 324).

Reconhece-se que a divisão teórica entre uso exclusivo ou privativo é tênue, de forma que para Maria Zanella Di Pietro o conceito de uso privativo pressupõe exclusividade do uso por particular, assim conceitua a autora que “[...] o uso privativo é o que a Administração Pública confere, mediante título jurídico individual, a pessoa ou grupo de pessoas determinadas, para que o exerçam, com exclusividade, sobre parcela de bem público.” (DI PIETRO, 2012, p. 29).

Conquanto, Floriano de Azevedo Marques Neto (2009, p. 327) reitera que “o uso privativo não importa obrigatoriamente a exclusividade integral do uso do bem”, para tanto, fundamenta a assertiva em dois casos concretos, a concessão de rodovias e a concessão de museu à iniciativa privada.

De toda forma, conclui-se que o mais importante não reside na exclusividade como critério indispensável ou não para o exato conceito do uso privativo, mas sim na amplitude deste uso exclusivo, principalmente, no que diz respeito aos bens consagrados ao uso comum e, em menor peso, ao uso especial. Por isso, concorda-se com Floriano de Azevedo M. Neto (2009, p. 327) quando afirma que “[...] quando o direito de uso privativo recair sobre bem de uso comum ou especial, a exclusividade decorrente da privatividade não poderá ser absoluta. Já nos caso dos bens dominicais, [...] poderá haver sim exclusividade, como ocorre com o direito real de uso especial de moradia”.

Assim reitera-se, nas palavras de Maria Zanella Di Pietro (2012, p. 24), que “o uso de bem público por particular nem sempre tem por objeto o mesmo fim a que ele se destina, embora deva ser sempre com ele compatível”.

Diante dessas possibilidades de usos acessórios compatíveis com o uso ao qual o bem está afetado, a mesma autora conceitua que “[...] o uso normal é o que se exerce de conformidade com a destinação principal do bem e uso anormal é o que atende a finalidades diversas ou acessórias, às vezes em contraste com aquela destinação” (DI PIETRO, 2012, p. 25). Assim, o uso comum de uma rua se manifesta precipuamente na livre circulação de

pessoas e veículos; e, seu uso anormal se configuraria, por exemplo, no fechamento dela para festas ou feiras públicas, fato que exigiria dos particulares instrumento público autorizador deste uso incomum, outorgando a determinadas pessoas ou aos particulares organizadores do evento o uso privativo do bem público, que neste caso deverá ser obrigatoriamente temporário, pois inviabilizaria totalmente o uso comum.

Maria Zanella Di Pietro salienta que, no exame de determinados casos concretos, tanto o uso comum como o privativo admitem a distinção entre uso normal e anormal, nisto preceitua a autora que, “[...] quando uma pessoa obtém permissão para ocupar determinado *box* em mercado público, tem-se *uso privativo normal*, já que essa é a finalidade precípua desse bem; no entanto, se a permissão visa a instalação de terraço de café sobre a calçada, o uso privativo passa a ser *anormal*.” (DI PIETRO, 2012, p. 24).

Este uso privativo deve se mostrar compatível com o interesse público, pois com este se conforma. Assim, no exemplo do fechamento de rua para eventos públicos, tem-se que a outorga do uso privativo será condizente desde que o fechamento da rua traga efetivo benefício à cidade, ou, por exemplo, quando atende às manifestações da cultura e tradição locais. Nisto, conclui-se que,

Diante dessa multiplicidade de formas de uso incidentes sobre um bem público, cabe à autoridade administrativa que exerce a respectiva gestão optar por aquelas que maiores utilidades proporcionem à população, imprimindo-lhes maior estabilidade na medida em que se revelem mais compatíveis com o uso comum do povo. (DI PIETRO, 2012, p. 26)

Para tanto, a Administração Pública possui os instrumentos necessários para a outorga de uso privativo a particulares, que são, tradicionalmente, a autorização, a permissão e a concessão de uso.

### ***3.3.1 Instrumentos de outorga de uso de bem público por particulares***

As três classes de bens públicos estão sujeitas aos instrumentos típicos do Direito Administrativo para a outorga de uso privativo ou, em casos específicos, uso exclusivo de bem público a particulares, bem como a outorga do uso anormal do bem público, circunstância que, dada sua exceção, regra geral, se dará por ato unilateral, precário e temporário. Salienta-se, conquanto, que apenas aos bens dominicais podem-se aplicar os instrumentos do direito privado (tais como, locação, arrendamento, comodato, doação, compra e venda, etc.), estando vedados tais institutos civilistas aos bens de uso comum e aos de uso especial.

### **3.3.1.1 Autorização de uso**

A doutrina, tradicionalmente, conceitua a autorização de uso como o ato administrativo, de natureza unilateral, que se perfaz com a exclusiva manifestação volitiva da Administração; precário, porque pode ser revogado a qualquer momento pelo Poder Público, se constatada a incompatibilidade do ato consentido com o interesse geral; e discricionário, uma vez que pressupõe a análise do ente público da oportunidade e conveniência da autorização. Tais características prosperam como regra do instituto, o que não veda, porém, que a autorização de uso se perfaça de elementos próprios.

Assim, a doutrina admite a autorização simples ou qualificada, consistindo a primeira de autorização por prazo indeterminado, ressaltando, assim, a precariedade do instituto; e, a segunda, de autorização aprazada, o que ensejaria na vinculação do ente público à obediência deste prazo determinado; o que não afasta a possibilidade de revogação extemporânea do ato por força de interesse público impositivo, fundando-se, neste caso, na supremacia do interesse público sobre o particular, conquanto, ficará o Poder Público sujeito à indenização decorrente de danos porventura causados.

Quanto ao uso de bem público autorizado à particular, Maria Zanella Di Pietro (2012) distingue a autorização de uso comum extraordinário e a autorização de uso privativo, baseando-se, para tanto, no que já se afirmou no item 3.3. Assim, reitera a autora que a Administração Pública, fundada no poder de polícia a ela outorgada, pode afastar, eventualmente, alguma limitação ao uso comum, imposta pela lei, autorizando, pois, o uso extraordinário de determinado bem, sendo este, inclusive, a concepção tradicional do instituto dada pelo direito italiano que segundo o qual “[...] a autorização não cria direito novo, mas apenas afasta os obstáculos que impediam o exercício de um direito preexistente” (DI PIETRO, 2012, p. 79).

Portanto, em termos exemplificativos, a lei pode determinar que para o trânsito de carga pesada em vias públicas seja imprescindível a autorização da Administração Pública, podendo, se for o caso, exigir contraprestação pecuniária, haja vista que a regra que limita o peso dos veículos se baseia em questões de ordem pública, que visam a proteção e a conservação do bem.

Distintamente, a autorização de uso privativo se manifesta na outorga de exclusividade de uso do bem público por particular, conferindo-lhe uma faculdade; segundo Maria Zanella Di Pietro (2012, p. 89) esta utilização do bem público não é conferida “com vistas à utilidade pública, mas no interesse privado do usuário, que não poderá utilizar-se do bem para fim

diverso daquele que motivou a outorga”. Neste mesmo sentido, reitera Floriano de Azevedo Marques Neto (2009, p. 337) que a doutrina é uníssona em determinar que a autorização destina-se “[...] a conferir uso privativo nas hipóteses em que haja interesse predominante do particular, quando *inexistir* uma razão forte de interesse público [...]”. O mesmo autor alerta, contudo, que este entendimento não conclui que o uso autorizado ao particular “[...] possa ser incompatível com o uso para o qual o bem está consagrado”. Este também é o entendimento do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (2013) que, baseado no princípio constitucional da moralidade (art. 37, *caput*, CR/88), prediz ser inconcebível a autorização de uso dissonante com a finalidade pública ao qual o bem dever estar em função:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL QUE AUTORIZA UTILIZAÇÃO DE MÁQUINAS, VEÍCULOS E EQUIPAMENTOS POR PARTICULAR. AUSÊNCIA DE LIMITES RELEVANTES, COMO PRAZO, PROCEDIMENTO, DEVERES DO USUÁRIO ETC. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL CARACTERIZADA. De amplo alcance conceitual, a moralidade ganhou contornos constitucionais, vingando como princípio concretizado em diversos pontos da Constituição da República Federativa do Brasil, especialmente a ser observado em todas as atividades praticadas pela Administração Pública. Como já foi dito antes na CORTE SUPERIOR do TJMG, o princípio da moralidade impõe ao administrador público uma conduta pautada pela honestidade e pela boa-fé no trato da coisa pública. Impõe, assim, ao legislador que, ao editar diploma legal, não fomente favoritismos ou discriminações odiosas. Tal como prevista, a norma questionada viola os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e razoabilidade (art. 13 da CEMG). *Sua simples previsão vulnera objetivo prioritário do Município, que é o de preservar a moralidade administrativa (art. 166, VI, da CEMG), tido como 'pressuposto de legitimação e validade constitucional dos atos estatais' (ADI 4.125/TO, Tribunal Pleno do STF, Rel. Cármen Lúcia. j. 10.06.2010, unânime, DJe 15.02.2011), eis que permite que, pela via discricionária, o Chefe do Poder Executivo autorize a utilização gratuita ou onerosa de bens públicos (máquinas, veículos e equipamentos) a terceiro interessado, em serviços particulares em sua propriedade, sem qualquer finalidade de ordem pública.* Pressupõe, em princípio, situação precária, transitória e irrelevante para o Poder Público, mas sem definir qualquer procedimento formal prévio, de modo a criar espaços para que, por simples ato administrativo, supostamente marcado por conveniência e oportunidade, haja favoritismos ou perseguições. (TJMG. ADI nº 1.0000.11.015597-5/000. Rel. Des. Armando Freire. Dj. 24 jul. 2013, Dje. 23 ago. 2013, grifos nossos)

Em síntese, Maria Zanella Di Pietro identifica os efeitos caracterizadores da utilização exercida no interesse do particular, beneficiário de autorização do uso de bem público:

a) a autorização reveste-se de maior precariedade do que a permissão e a concessão de uso; b) é outorgada, em geral, em caráter transitório; c) confere menores poderes e garantias ao usuário; d) dispensa licitação (salvo a hipótese de outros possíveis interessados, a exigir competição) e autorização legislativa; e) não cria para o usuário um dever de utilização, mas simples faculdade. (DI PIETRO, 2012, p. 89)

Fato é que as diferenças entre a autorização, a permissão e a concessão de uso privativo são tênues, consistindo-se, no direito brasileiro, em espécie de gradação na conferência do uso privativo, fundando-se, para tanto, no grau de precariedade de cada instituto; em que a autorização possui menor estabilidade e maior discricionariedade na conferência do uso; e, a permissão como meio-termo entre a autorização (ato mais informal) e a concessão, que possui natureza, indubitavelmente, contratual.

### 3.3.1.2 Permissão de uso

Assim como a autorização de uso de bem público, a permissão se consubstancia no ato administrativo unilateral, discricionário e precário que confere a particular ou a grupo de particulares o uso privativo de bem público, podendo ser de forma gratuita ou onerosa, por prazo determinado ou não, possuindo efeito constitutivo, ou seja, confere uso exclusivo que ultrapassa as prerrogativas do uso ordinário do bem, *uti universi*.

Por vezes, é realmente difícil a distinção entre autorização e permissão, trata-se de divisão “[...] que se faz no plano teórico, mas que, na prática, é difícil de aplicar porque a distinção, quanto à precariedade, é apenas quantitativa.” (DI PIETRO, 2012, p. 99). Mesmo entendimento de Floriano de Azevedo M. Neto:

De nossa parte, entendemos que a permissão é um instrumento bastante dútil, podendo tanto se apresentar com uma feição próxima à autorização (quando for veiculada por ato administrativo unilateral, discricionário e precário), como pode assumir configuração qualificada, quando adquire maior estabilidade, é outorgada por prazo certo e, destarte, assume configuração que a aproxima da concessão de uso. (MARQUES NETO, 2009, p. 344)

Em que pese estas considerações, no plano teórico, a permissão se constitui, em regra, no ato próprio para a conferência de uso privativo, quando este trazer utilidade pública, ou seja, “[...] Ainda que o uso traga também vantagens para o permissionário, a permissão só deve ser outorgada quando disso resultar atendimento de algum interesse público.” (DI PIETRO, 2012, p. 98). Portanto, Hely Lopes Meirelles (2013, p. 533) entende que “se não houver interesse para a comunidade, mas tão somente para o particular, o uso especial não deve ser permitido nem concedido, mas simplesmente autorizado, em caráter precaríssimo”. Nisto, Maria Zanella Di Pietro (2012, p. 98) reitera que,

A permissão, como ato precário, revela-se mais adequada nos chamados usos anormais, em que a utilização privativa, embora conferida com vistas a fim de

natureza pública, está em contraste com a afetação do bem ou com sua principal destinação. É o que ocorre, principalmente, nos casos de uso privativo incidente sobre bens de uso comum do povo. É precisamente esse contraste do uso privativo com a afetação do bem que exige seja imprimida precariedade ao ato de outorga.

Assim, a permissão do uso privativo deve gerar algum benefício de caráter geral, sendo vedado o uso para fins exclusivamente de interesse particular, o que não afasta determinada vantagem que o permissionário poderá obter do seu uso privativo; disto percebe-se, por exemplo, a permissão de uso privativo de logradouro público para a instalação de bancas de jornais, ou mesmo de permissão de pontos de táxi, etc.

Havendo mais de um particular interessado no uso privativo do bem público, será necessária a realização de prévio procedimento licitatório para que se garanta a isonomia na escolha (art. 2º da Lei nº 8.666/1993). Segundo Nilma de Castro Abe (2013, p. 96),

[...] em regra, a transferência de uso de imóvel público para particular poderá ser feita a título gratuito ou oneroso, porém se for a título oneroso, para fins de exploração comercial pelo particular, é necessária a realização de prévio procedimento licitatório, porque neste caso fica evidenciado que o Poder Público está transferindo o uso de bem público como fim exclusivo de obter receita patrimonial, pois a atividade a ser realizada atende ao interesse exclusivo do particular, pois não caracteriza atividade de interesse coletivo.

Estas características próprias que identificam a permissão não são, obrigatoriamente, inerentes ao instituto, podendo a permissão se afastar de seu conteúdo teórico típico, aproximando-se, em muitos casos, da concessão de uso quando, por exemplo, é outorgada por prazo determinado, que a doutrina classifica como permissão qualificada. Este foi o entendimento da segunda turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao reformar acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso que julgara que, comprovado o interesse público na utilização do imóvel, devidamente justificado e amparado por decreto estadual, inexistiria direito líquido e certo à permanência do particular no uso do bem público, mesmo sob argumento de caráter vinculado da permissão, pois, para o Tribunal, o ato administrativo da permissão é precário, unilateral e revogável pela discricionariedade.

O STJ, em contrário, determinou que a permissão de uso com prazo certo não pode ser rescindida por interesse público sem processo prévio<sup>28</sup>. Desta forma, consoante a doutrina e a

<sup>28</sup> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PERMISSÃO DE USO DE IMÓVEL POR ASSOCIAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS E DE UTILIDADE PÚBLICA. RESCISÃO QUALIFICADA PELA FIXAÇÃO DE PRAZO. NECESSIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO PRÉVIO, MESMO EM CASO DE RESCISÃO POR INTERESSE PÚBLICO. PRECEDENTE.

1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou o pleito mandamental de anulação do termo unilateral de rescisão de permissão de uso de imóvel público por associação; alega a recorrente que deveria ter havido a observância do devido processo legal e da ampla defesa no caso.

jurisprudência majoritária, o aprazamento resultará para o permissionário maior estabilidade e segurança quanto à possibilidade de revogação extemporânea do título pelo ente público, mesmo quando por exigência de interesse público, fato que dará ao permissionário, porventura, direito à indenização por perdas e danos.

### **3.3.1.3 Concessão de uso**

A concessão de uso se trata de contrato de direito público e, por isso, melhor se presta a conferir maior estabilidade ao uso privativo outorgado a particular. Segundo definição de Maria Zanella Di Pietro (2012, p. 110), a concessão de uso “[...] é o contrato administrativo pelo qual a Administração faculta ao particular a utilização privativa do bem público, para que a exerça conforme sua destinação”. Hely Lopes Meirelles (2013, p. 279) possui semelhante definição para a concessão de uso, conceituando-a como contrato “[...] destinado a outorgar ao particular a faculdade de utilizar um bem da administração segundo a sua destinação específica [...]”. É um típico contrato de atribuição, pois visa mais ao interesse do concessionário que ao da coletividade.” Assim, predomina, no direito brasileiro, o caráter contratualista da concessão. Maria Zanella Di Pietro ratifica este entendimento majoritário, expondo que a natureza da concessão de uso é “[...] de contrato de direito público, sinalagmático, oneroso ou gratuito, comutativo e celebrado *intuitu personae*.”, a mesma autora, conseqüentemente, aponta os seguintes elementos caracterizadores:

“a) existe acordo de vontades sobre determinado objeto – o uso de bem público par fins de interesse público; esse acordo se processa mediante oferta de determinadas condições, aceitas pelo particular; b) os interesses do concedente e do concessionário são contraditórios e condicionantes, pois a Administração outorga o uso, sob a condição de que o particular o exerça para atender a determinado fim preestabelecido; do mesmo modo, a fixação do prazo (e a estabilidade que dela decorre) constitui, muitas vezes condição sem a qual o particular não aceita a concessão; c) do acordo resultam efeitos jurídicos para ambas as partes: o

---

2. *As permissões de uso são, em geral, precárias, unilaterais e discricionárias, porém os autos demonstram que o termo de permissão foi firmado com prazo determinado de 10 (dez) anos (fl. 28), condicionando-o, pois assim se induziu legítima expectativa da associação de fruição do imóvel pelo prazo estabelecido. A situação enseja a aplicação do parágrafo único do art. 78 da Lei n. 8.666/93, obrigando a Administração Pública a ofertar processo administrativo prévio à rescisão, com a observância do contraditório e da ampla defesa.*

3. "Ao outorgar permissão qualificada ou condicionada de uso, a Administração tem que ter em vista que a fixação de prazo reduz a precariedade do ato, constituindo, em conseqüência, uma autolimitação ao seu poder de revogá-lo" (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito Administrativo, 21 ed. São Paulo, Atlas, 2008, p. 657).

4. "Na hipótese de rescisão por interesse público (art. 78, XII, da Lei n. 8.666/93), deve haver oportunidade de manifestação ao contratado, motivação e caracterização do interesse público, bem como a apuração de perdas e danos - se for do interesse do contratado ". Precedente: RMS 27.759/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 24.9.2010. Recurso ordinário provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 43.300 MT. Rel. Min. Humberto Martins. DJe. 29.10.2013, grifos nossos).

concessionário adquire o direito de uso de bem público, com a obrigação de cumprir as condições estipuladas no contrato; a Administração assume a obrigação de respeitar e não perturbar o uso concedido, reservando-se os direitos e prerrogativas decorrentes de seu poder de império, inclusive a possibilidade de alterar ou rescindir unilateralmente o contrato, desde que assegurado o equilíbrio econômico-financeiro. Sendo onerosa a concessão, o concessionário torna-se devedor, e o concedente, credor da remuneração estipulada no contrato.” (DI PIETRO, 2012, p. 112)

Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto (2009, p. 349), “[...] pela concessão se confere ao particular um direito ao uso privativo do bem público com alguma estabilidade e garantia de uso e gozo daquela propriedade”. Desta forma, passa-se ao concessionário a *posse* do bem público, cuja propriedade é do ente público.

Assim como dito quanto à permissão de uso, havendo mais de um particular interessado no uso privativo do bem público, será necessária a realização de prévio procedimento licitatório para que se garanta a isonomia na escolha (art. 2º da Lei nº 8.666/1993), que segundo Hely Lopes Meirelles (2013, p. 599) “depende de autorização legal e de concorrência prévia, admitindo-se a dispensa desta nos termos do art. 17 da Lei n. 6.766/1993”.

Destaca-se que o uso concedido no contrato deve estar em consonância com o uso principal do bem, de forma que o uso ao qual o bem esteja afetado não se desconstitua totalmente, ou seja, a concessão deverá ser conforme o uso afetado.

Trata-se de alegação fundamental a este trabalho, pois, conforme a teoria do uso dos bens públicos, não poderá ser objeto de contrato de concessão de uso, por exemplo, a outorga de uso exclusivo de logradouro público (bem de uso comum) que retire dos demais administrados o livre acesso àquele espaço público. Neste caso, é salutar que a concessão não seja, jamais, da totalidade do bem, o que poderia implicar no total desvirtuamento do uso afetado, contrário, portanto, ao interesse público. Conforme ensinamentos de Maria Zanella Di Pietro,

Quando a concessão implica utilização de bem de uso comum do povo, a outorga só é possível para fins de interesse público. Isso porque, em decorrência da concessão, *a parcela* do bem público concedida fica com sua destinação desviada para finalidade diversa: o uso comum a que o bem estava afetado substitui-se, *apenas naquela pequena parcela*, pelo uso a ser exercido pelo concessionário. (DI PIETRO, 2012, p. 113, grifos nossos)

A doutrina tem preferido que os bens de uso comum do povo não sejam outorgados a uso privativo por meio de concessões, principalmente na omissão de lei, pois esta espécie de bem se destina, precipuamente, ao uso coletivo, igual para todos, *uti universi*.

Em razão desta afetação e a discrepância ocasionada por outorga de uso privativo de bem de uso comum (neste caso, patente uso anormal) deve o ente público “[...] preferir as utilizações precárias, sem prazo estabelecido, sem qualquer direito à indenização em caso de revogação” (DI PIETRO, 2012, p. 118).

Desta feita, reitera-se, a concessão de uso exclusivo deve estar de acordo com o uso principal do bem ou a outro fim coletivo (isto se aplica também aos bens dominicais, conforme se viu no item 3.2.3<sup>29</sup>), o que afasta do concessionário o uso do bem para fins exclusivamente particulares.

Por fim, há que se falar ainda na última modalidade importante a este estudo que se trata da concessão de direito real de uso.

### **3.3.1.4 Concessão de direito real de uso**

A concessão de direito real de uso se trata de contrato administrativo que transfere o direito real resolúvel de uso (distinto da concessão de uso, pois esta não institui direito real, mas apenas relação de natureza obrigacional), a título remunerado ou gratuito de terreno público ou do espaço aéreo que o recobre, para que seja utilizado com fins específicos, normalmente de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra exploração de interesse social. Quanto a essas características, vê-se que o instituto é marcado pelos mesmos elementos estruturais de qualquer direito real, a oponibilidade *erga omnes*, o direito de sequela, a proteção das ações reais<sup>30</sup>.

O instrumento é disposto, na legislação, pelo Decreto-Lei n° 271/1967 em seu art. 7°, em que a redação é dada pela Lei n° 11.481/2007, cujo *caput* assim dispõe:

É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, *urbanização*, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas,

<sup>29</sup> Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto (2009, p. 352), “Poderá ocorrer, ainda, da concessão recair sobre um bem dominical. Neste caso, a outorga poderá estar clausulada à obrigação de que o particular dê ao bem um uso de interesse comum ou simplesmente poderá conceder o uso privativo sem finalidade específica, com vistas apenas a gerar receitas para o Estado”. Conquanto, de toda forma, a Administração Pública deverá obedecer aos preceitos normativos da função social da propriedade.

<sup>30</sup> Desta feita, Celso Antônio Bandeira de Mello preceitua que a concessão de direito real de uso terá por características inerentes, “[...] sua imediata adesão à coisa e o chamado direito de sequela, que enseja a persecução do bem. É exclusivo, vale dizer, sobre o bem em que recai não incidirá outro direito da mesma espécie, é protegido por ação real, graças ao quê “prevalece contra qualquer que detenha a coisa”. É oponível *erga omnes*, ou seja, contra todos, pois confere ao titular a prerrogativa de vê-lo respeitado por quaisquer sujeitos, os quais ficam impedidos de opor-lhe qualquer embaraço.” (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 948).

preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de *interesse social* em áreas urbanas. (grifos nossos)

A concessão de direito real de uso somente poderá incidir sobre bem público dominical. E não se constitui como contrato personalíssimo, de forma que, salvo disposição contratual em contrário, transfere-se por ato intervivos, ou por sucessão legítima ou testamentária (art. 7º, §4º, do Dec. Lei n. 271/67). Evandro Martins Guerra preceitua que a concessão de direito real de uso se dá de forma exclusiva, segundo o autor, “[...] o poder público não poderá firmar mais de um contrato, com pessoas distintas, tendo o mesmo bem como objeto; o direito de sequela, que permite a persecução do bem; e o efeito *erga omnes*, garantindo o concessionário contra a ação de todas as demais pessoas.” (GUERRA, 2013).

Ademais, o concessionário deve dar ao bem dominical a destinação especificada no contrato de concessão, sob pena de resolução do contrato antes de seu termo. Assim, havendo o descumprimento da finalidade atribuída no contrato, o bem reverterá à Administração.

Trata-se de condição assecuratória do cumprimento do interesse público, garantindo-se o respeito à finalidade a qual o ente público destinou determinado bem. Nesse mesmo entender, para Hely Lopes Meirelles esta determinação legal (art. 7º, § 3º, do Dec. Lei n. 271/67) é a expressão da garantia do ente público “[...] quanto à fiel execução do contrato, assegurando o uso a que o terreno é destinado e evitando prejudiciais especulações imobiliárias dos que adquirem imóveis públicos para aguardar valorização vegetativa, em detrimento da coletividade” (MEIRELLES, 2013, p. 599).

Alude o mesmo autor que a concessão de direito real de uso é importante instrumento em substituição a maioria das alienações de bens públicos, portanto, preferível às vendas e doações de terrenos públicos, pois não retira do ente público bens de seu patrimônio, detendo a Administração o controle destes bens, destinando-lhes específicas atribuições sociais. Rômolo Russo Júnior possui mesmo entendimento, segundo o qual,

É certo que a concessão de direito real de uso pode ser festejada como *uma possibilidade única de dar uso social a terrenos públicos*, sem dissipar o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público a que os imóveis pertencem, frustrando-se o eventual desvirtuamento das finalidades para as quais estes imóveis são destinados, [...], vivificando-se, assim, seu correlato fim social. (RUSSO JR., 2003, p. 118, grifos originais)

Segundo Ricardo Pereira Lira (1997), a concessão de direito real de uso se assemelha, estruturalmente, ao usufruto, de forma que são direitos do concessionário “[...] a posse, uso, administração e fruição do terreno, durante o prazo da concessão, para os fins constantes do

título, um daqueles fins específicos configuradores da fruição social de que trata a lei” (LIRA, 1997, p. 243). A concessão de direito real de uso se constitui em importante meio para a regularização de ocupações irregulares, permitindo às populações destes locais as titulações de suas posses e determinando a ambas as partes, poder público concedente e população concessionária, claros direitos e deveres na utilização e fruição do bem público.

### 3.4 Desafetação de bens públicos

A afetação, como visto, é a consagração de um bem a um dado destino categorial de uso comum ou especial; e, a desafetação é a retirada de referida destinação. Fernando Rodrigues Martins expressa mesmo conceito, segundo o qual: “[...] a desafetação é a modificação do destino de bens públicos de uso comum ou de uso especial.” (MARTINS, 2010, p. 145).

É fato que qualquer que seja a espécie de bem público, todas estão sujeitas à desafetação. Assim, os bens públicos de uso comum podem ser desafetados, passando para a categoria de bens especiais ou dominicais, bem como, os bens públicos especiais também podem ser desafetados de sua destinação e transformados na categoria de bens dominicais, ou mesmo de uso comum.

Intenta-se, neste tópico, conquanto, expor quais são os critérios para a desafetação de bem público, principalmente, quanto aos bens de uso comum, uma vez que estes possuem evidente uso em favor da coletividade, sua real beneficiária, e o interesse público em mantê-los é, *a priori*, maior do que destiná-los a outro uso.

O primeiro requisito para qualquer desafetação de bem público é a autorização legislativa. Trata-se de permissivo legal contido no Código Civil, art. 100, que assim preceitua: “Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, *enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar*”. Somente a lei, em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo, tem o condão de permitir a mudança de finalidade do uso de determinado bem público, bem como, a sua reclassificação e destinação como bem dominical.

A lei que autoriza a desafetação deve ser específica a determinado bem, ou conjunto de bens, não é lícito que o legislativo decrete lei genérica sobre o tema, permitindo, porventura, que o executivo desafete bens públicos de forma aleatória<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> Leis genéricas que autorizam a desafetação de bens públicos são comuns. Por exemplo, no município de Belo Horizonte, a Lei Municipal n. 8.768/2004 (com redação atualizada pela Lei n. 10.068/2011) dispõe sobre

Não pode o legislativo renunciar ao seu dever de fiscalizar os atos de desafetação. Conquanto, se a lei não especificar quais serão os bens a serem desafetados, não será possível que o parlamento verifique os critérios jurídicos e de fato que permitam a desafetação do bem. Isto porque não basta a lei (requisito formal) para a desafetação; a lei, apenas, não é suficiente, é necessário ser comprovado o desuso ou abandono do bem naquele uso afetado.

E, se tratar, precipuamente, de bens de uso comum<sup>32</sup>, em área urbana, é fundamental que a desafetação do bem se perfaça pelos critérios já elencados e, mais, de forma democrática e planejada (princípio da reserva do plano).

Nos termos do art. 29, XII, da CF, é assegurada a participação popular, mediante a cooperação das associações representativas, no planejamento municipal, principalmente, para a instituição do Plano Diretor. Pois, tal disposição também é assegurada pelo Estatuto da Cidade, no qual a participação popular se transforma em requisito indispensável para assegurar a legitimidade do plano diretor e das leis que fixam diretrizes gerais de ocupação do território nos municípios (inciso II do art. 2º, c/c o inciso I, § 4º do art. 40).

Segundo magistério de Maria Tereza Fonseca Dias, o Direito Administrativo contemporâneo não pode se constituir distante dos cânones do Direito Constitucional democrático, na medida em que “[...] o Direito Administrativo deve voltar-se para a construção, consolidação e implementação de procedimentos democráticos que possibilitem aos cidadãos – que não podem ser mais concebidos como “administrados” – sua participação na administração pública.” (DIAS, 2012, p. 64)

Por isso, assevera-se que a autorização genérica ao chefe do executivo para a desafetação indiscriminada de bens de uso comum do povo, sem audiência e participação da população afetada pelos atos da Administração, é incompatível com o Estatuto da Cidade, que determina gestão democrática.

Portanto, quanto aos bens de uso comum, a desafetação não pode ser apenas jurídica, exige-se a existência de desafetação de fato, como dito alhures, não basta a lei. É necessário também a veracidade dos fatos que comprovem que determinado bem público afetado ao uso

---

permissão de direito real de uso de área pertencente ao município, especificamente de logradouros sem saída (permitindo, conjuntamente, o fechamento do loteamento e controle de acesso ao espaço público) e preceitua, no artigo 5º, que “A área objeto da outorga de que trata esta Lei ficará *desafetada* do uso comum, *durante a vigência da permissão*”. Pela redação desta Lei municipal conclui-se que a permissão não se constituirá especificamente de lei determinada, mas sim de decreto do poder executivo, esta é a redação do art. 3º da referida lei: “A permissão de que trata esta Lei será regida pelo respectivo Termo de Permissão de Direito Real de Uso, firmado entre o Executivo e o interessado, e formalizada por decreto do Executivo”.

<sup>32</sup> Estando os bens de uso especial afetados ao uso e serviço da Administração, é ponderável que a exigência fática se mitigue, pois o uso do bem é diretamente em favor do ente público, possuindo, assim, maior liberdade no ato de desafetação, o que não afasta, porém, a motivação e fundamentação do ato.

comum ou especial não se serve mais àquele propósito, tendo, desta forma, perdido esta finalidade precípua. Pois, nas lições do Ministro do STJ, Hermann Benjamin, “[...] retirar da praça a natureza de *loci communes*, *loci publici* não é um banal ato de governo municipal. Significa grave opção administrativa reducionista do componente público, de repercussões imediatas, [...] no futuro próximo e remoto da evolução da cidade” (STJ. Resp. nº 1135807/RS. Rel. Min. Herman Benjamin. Dj. 15/04/2010. Dje. 08/03/2012).

Toshio Mukai, em artigo publicado na Revista de Direito Público, em 1985, já se posicionava, categoricamente, contra a desafetação meramente legal do bem público. Expunha o autor, quanto aos bens de uso comum, que esta categoria possui intrinsecamente em sua natureza o que se pode denominar de “[...] ‘afetação fática’ do bem à sua utilização coletiva [...]” (MUKAI, 1985, p. 247), o que vedaria sua desafetação tão somente por lei. O mesmo autor assevera, sobre os bens públicos incorporados ao patrimônio municipal por meio do registro do loteamento urbano, que:

Enquanto tal destinação de fato se mantiver, não pode a lei efetivar a desafetação sob pena de cometer lesão ao patrimônio público da comunidade, [...] se a simples desafetação legal fosse suficiente para a alienação dos bens de uso comum do povo, seria possível, em tese, a transformação em bens dominiais de todas as ruas, praças, vielas, áreas verdes, etc. de um município e, portanto, de seu território público todo, com a conseqüente alienação (possível) do mesmo, o que, evidentemente, seria contra toda a lógica jurídica, sendo mesmo disparate que ninguém, em sã consciência, poderia admitir. Na prática, difícil é encontrar-se o mau administrador ou o mau legislador agindo com tal clareza no desvirtuamento dos bens de uso comum do povo: o grande perigo é a ação a longo prazo – hoje uma praça, amanhã um espaço livre, depois de algum tempo outra praça, finalizando-se por empobrecer totalmente a comunidade. (MUKAI, 1985, p. 249)

Portanto, a desafetação, além da autorização legislativa prévia, deve ser precedida de imprescindível desafetação de fato. No mesmo entendimento, Raul de Mello Franco Jr. (2011, p. 43) preceitua que, “[...] a alteração da destinação original deve constituir, antes de tudo, uma situação de fato [...]”, bem como, cumprir, nas palavras de Fernando Rodrigues Martins, “[...] a observância de aspectos normativos *ambientais* e *urbanísticos*, que efetivamente proíbem qualquer tipo de manejo ou modificação na área afetada.” (MARTINS, 2010, p. 145, grifos nossos).

Uma rua ou praça que é normalmente usufruída pelos cidadãos não pode simplesmente ser desafetada a outro uso tão somente por autorização legislativa e ao arbítrio de administradores públicos. Fernando Rodrigues Martins (2010, p. 146) alerta sobre esta realidade:

Esta matéria [desafetação legal de bem público] é de cunho especial ao estudo do patrimônio público, mesmo porque o que se vê na prática são administradores que, ao ignorarem descortinadamente as normas citadas, colocam bens públicos à disposição dos particulares, como se deles fossem, o que acarreta, por óbvio, improbidade administrativa – art. 10, I, III e IV, da Lei 8.429/1992.

Conquanto, em coerente argumentação, é possível a declaração de desafetação de rua que, por exemplo, deixou de ser utilizada pela população, e cujo traçado viário não seja de fundamental importância à cidade.

O mesmo, porém, não se vislumbra quanto às áreas verdes de um bairro (por exemplo, parques públicos, áreas de florestas dentro de espaço urbano, áreas de várzeas), pois se tratam de espaços públicos destinados ao cumprimento da função socioambiental da cidade.

Segundo Helano Vieira Rangel e Homero Ribeiro (2010, p. 6322), “[...] o Poder Público municipal, ao promover a desafetação das referidas áreas verdes, sob qualquer pretexto, mesmo pelo suposto ‘interesse público’, age em total desconformidade com a legalidade e a moralidade administrativa [...]”. O interesse público em hipótese alguma é maior que a Constituição, que determina em seu art. 225 que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988). De fato, é imperiosa a conclusão dos autores quanto à impossibilidade de desafetação de áreas verdes,

No tocante às áreas verdes incorporadas ao domínio público municipal por força de loteamentos, trata-se de patrimônio comunitário de valor inestimável. Sua desafetação e posterior negociação é de todo desarrazoada; é ilegal. Acima de tudo, vai de encontro aos nobres princípios constitucionais que tutelam o meio ambiente e as políticas urbanas, sendo um grave retrocesso na efetivação dos direitos fundamentais de natureza difusa. (RANGEL; RIBEIRO, 2010, p. 6322)

Daí a grande preocupação do Direito Urbanístico com a criação e preservação das áreas verdes urbanas, que, segundo José Carlos de Freitas,

[...] se tornaram elementos urbanísticos vitais. Assim, elas vão adquirindo *regime jurídico especial, que as distinguem dos demais espaços livres e de outras áreas 'non aedificandi'*, até porque admitem certos tipos de construção nelas, em proporção reduzidíssima, porquanto o que caracteriza as áreas verdes é a existência de vegetação contínua, amplamente livre de edificações, ainda que recortada de caminhos, vielas, brinquedos infantis e outros meios de passeios e divertimentos leves, quando tais áreas se destinem ao uso público. (FREITAS, 2009, p. 188)

Pois os bens públicos de uso comum, precipuamente os consagrados ao cumprimento de função socioambiental, destinam-se a uso coletivo de tal relevância, que retirar-lhes este

uso, bastando a prolação de lei, é afrontar a política urbana constitucional. Por isso, reitera-se a necessidade da desafetação de fato. Conquanto, não havendo esta realidade, seria legítima a desafetação apenas formal?

Vê-se que, em casos de relevante interesse público e de verdadeira necessidade coletiva, poder-se-ia até permitir a desafetação de áreas verdes ou de espaços comunitários (destinando-lhes ao domínio privado da Administração), desde que, em contraprestação pela área que a cidade perdeu, outro espaço urbano de mesma categoria e importância fosse aglutinado ao ambiente citadino.

Portanto, é salutar o argumento, apresentado por Raul de Mello Franco Júnior (2011, p. 44), que, “[...] os bens públicos estão implantados em uma ou outra categoria não apenas por uma declaração formal do legislador, mas, antes disso, pelo fim a que servem”, desta feita, conclui o mesmo autor que,

Não é lícito ao administrador, por ato arbitrário (muitas vezes travestido de uma falsa discricionariedade), alterar a natureza das coisas. É possível a reclassificação de um bem e isso dependerá, por certo, de lei autorizadora. Nem por isso, entretanto, estará franqueado ao legislador remanejar o acervo patrimonial a seu bel-prazer. Antes de constituir um fato jurídico, a desafetação deve ser um fato concreto, o que somente ocorre a partir do momento em que a destinação originária do bem tenha desaparecido e isso possa ser claramente demonstrado. (FRANCO JR., 2011, p. 45)

A desafetação de bem público que mantenha a sua destinação útil originária é contrária aos princípios da função social da propriedade, pois a Constituição da República e o ordenamento legal impõem à Administração o dever quanto à gestão dos seus bens conforme as finalidades públicas destes. Portanto, a desafetação de bens de uso comum, notadamente, não se constitui de ato discricionário da Administração; para que ela se implemente é necessário que o vínculo ao qual o bem estava destinado tenha, realmente, se perdido.

Trata-se, portanto, de ato vinculado, pois o bem afetado ao uso comum, precipuamente, em ambiente citadino, está afetado à notável utilidade pública urbanística, social, ambiental e mesmo política desta espécie de bem<sup>33</sup>. Daí estarem sujeitos ao controle jurisdicional.

---

<sup>33</sup> Segundo o Min. Herman Benjamin: “Em vez de resíduo, mancha ou zona morta – bolsões vazios e inúteis, verdadeiras pedras no caminho da plena e absoluta explorabilidade imobiliária, a estorvarem aquilo que seria o destino inevitável do adensamento –, os espaços públicos urbanos cumprem, muito ao contrário, relevantes funções de caráter social (recreação cultural e esportiva), político (palco de manifestações e protestos populares), estético (embelezamento da paisagem artificial e natural), sanitário (ilhas de tranquilidade, de simples contemplação ou de escape da algazarra para os que pretendem fugir de multidões de gente e veículos) e ecológico (refúgio para a biodiversidade local)” (STJ. Resp. nº 1135807/RS. Rel. Min. Herman Benjamin. Dj. 15/04/2010. Dje. 08/03/2012).

Pois, o mérito administrativo, o julgamento da oportunidade e da conveniência realizado pelo Poder Executivo, não se predispõe a esconder decisões autoritárias ou contrárias aos princípios constitucionais, nisto, destaca-se de fundamental importância a motivação que baseia o ato de desafetação, ou seja, os motivos que levaram a Administração a se desfazer de determinado bem público afetado devem ser claros, correspondendo aos princípios da política urbana, portanto, não apenas a critérios formalísticos. Bem elucidada Eliana Calmon, em voto, que,

[...] No passado, estava o Judiciário atrelado ao princípio da legalidade, expressão maior do Estado de direito, entendendo-se como tal a submissão de todos os poderes à lei.

A visão exacerbada e literal do princípio transformou o Legislativo em um super poder, com supremacia absoluta, fazendo-o bom parceiro do Executivo, que dele merecia conteúdo normativo abrangente e vazio de comando, deixando-se por conta da Administração o *facere* ou *non facere*, ao que se chamou de mérito administrativo, longe do alcance do Judiciário

A partir da última década do Século XX, o Brasil, com grande atraso, promoveu a sua revisão crítica do Direito, que consistiu em retirar do Legislador a supremacia de super poder, ao dar nova interpretação ao princípio da legalidade. [...]

A tendência, portanto, é a de manter fiscalizado o espaço livre de entendimento da Administração, espaço este gerado pela discricionariedade, chamado de "Cavalo de Tróia" pelo alemão Huber, transcrito em "Direito Administrativo em Evolução", de Odete Medauar.

*Dentro desse novo paradigma, não se pode simplesmente dizer que, em matéria de conveniência e oportunidade, não pode o Judiciário examiná-las. Aos poucos, o caráter de liberdade total do administrador vai se apagando da cultura brasileira e, no lugar, coloca-se na análise da motivação do ato administrativo a área de controle. E, diga-se, porque pertinente, não apenas o controle em sua acepção mais ampla, mas também o político e a opinião pública.* (STJ. REsp 429570 / GO, Rel. Min. Eliana Calmon. Segunda Turma. Dj. 11 nov. 2003, grifos nossos)

Nesta linha, preceitua o Min. Herman Benjamin, em voto prolatado em importante acórdão em sede de Recurso Especial, que o dever do administrador público em conservar os bens do patrimônio público, destinando-lhes ao uso afetado, não é discricionário, porque está vinculado diretamente aos princípios constitucionais da ordem urbanística e aos preceitos e valores do Estatuto da Cidade.

Quanto ao tema, José Adércio Leite Sampaio ensina que a “A inexistência de motivos, a retirada de consequências incompatíveis com a norma aplicável, a persecução de finalidades incompatíveis com a regra de competência, a desproporcionalidade entre meios e fins ensejam a fiscalização e revisão judicial.” (SAMPAIO, 2002, p. 318).

O ato de desafetação, pois, constitui-se de escolha da Administração que não se perfaz em indiferentes jurídicos, ou seja, não se traduz como opção que resulte em única e melhor solução, portanto, à discricionariedade do Executivo. Nisto, segundo o ministro Herman

Benjamin, conclui-se que a gestão dos bens públicos pela Administração se trata do “[...] dever *não discricionário* do administrador de instituí-los e conservá-los adequadamente, como elementos indispensáveis ao *direito à cidade sustentável*, que envolve, simultaneamente, os interesses das gerações presentes e futuras, consoante o art. 2º, I, da Lei 10.257/01.” (STJ. Resp. nº 1135807/RS. Rel. Min. Herman Benjamin. Dj. 15/04/2010. Dje. 08/03/2012, grifos nossos).

Assim, neste mesmo julgado, o colegiado da Segunda Turma do STJ, em entendimento mais arraigado à afetação dos bens de uso comum ao bem-estar da coletividade, e na função social ao qual estão vinculados, afastou qualquer possibilidade de desafetação desta espécie, mesmo que se reclassifique ao uso especial da administração pública e, mais, ainda que se presencie o abandono do bem. Segundo ementa do julgado:

[...] embora seja de inequívoco interesse coletivo viabilizar a prestação de serviços a pessoas de baixa renda, não se justifica, nos dias atuais, que praças, jardins, parques e bulevares públicos, ou qualquer área verde municipal de uso comum do povo, sofram desafetação para a edificação de prédios e construções, governamentais ou não, tanto mais ao se considerar, nas cidades brasileiras, a insuficiência ou absoluta carência desses lugares de convivência social. Quando realizada sem critérios objetivos e tecnicamente sólidos, maldotada na consideração de possíveis alternativas, ou à míngua de respeito pelos valores e funções nele condensados, a desafetação de bem público transforma-se em *vandalismo estatal*, mais repreensível que a profanação privada, pois a dominialidade pública encontra, ou deveria encontrar, no Estado, o seu primeiro, maior e mais combativo protetor. Por outro lado, *é ilegítimo, para não dizer imoral ou improbo, à Administração, sob o argumento do "estado de abandono" das áreas públicas, pretender motivar o seu aniquilamento absoluto, por meio de desafetação*. Entender de maneira diversa corresponderia a atribuir à recriminável omissão estatal a prerrogativa de inspirar e apressar a privatização ou a transformação do bem de uso comum do povo em categoria distinta. *Finalmente, tampouco há de servir de justificativa a simples alegação de não uso ou pouco uso do espaço pela população, pois a finalidade desses locais públicos não se resume, nem se esgota, na imediata e efetiva utilização, bastando a simples disponibilização*, hoje e sobretudo para o futuro – um investimento ou poupança na espera de tempos de melhor compreensão da centralidade e de estima pela utilidade do patrimônio coletivo. Assim, em tese, poderá o Ministério Público, se entender conveniente, ingressar com Ação Civil Pública contra o Município recorrido, visando obter compensação pelo espaço verde urbano suprimido, de igual ou maior área, no mesmo bairro em que se localizava a praça desafetada. (STJ. Resp. nº 1135807/RS. Rel. Min. Herman Benjamin. Dj. 15/04/2010. Dje. 08/03/2012, grifos nossos)

A propriedade pública, especificamente a urbana, é de fundamental importância na construção da cidade sustentável, pois é no espaço público, precipuamente, que se perfaz o planejamento e onde se implementa ambiente mais civilizado<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> “Praças, jardins, parques e bulevares públicos urbanos constituem uma das mais expressivas manifestações do processo civilizatório, porquanto encarnam o *ideal de qualidade de vida da cidade*, realidade físico-cultural refinada no decorrer de longo processo histórico em que a urbe se viu transformada, de amontoado caótico de

Permitir que áreas urbanas afetadas ao uso comum sejam desafetadas, simplesmente por meio de lei, destinando-as a outra finalidade, à escolha indiscriminada da Administração Pública, sem nenhuma motivação contundente e sem, no mínimo, inclusão de novos espaços urbanos de mesma categoria em contraprestação, é remeter-se há tempos em que a lei representava o direito. O que certamente evidencia que, “[...] uma dada sociedade desprovida de bens públicos afetados é aquela carente de uma Administração Pública eficiente às diretrizes de gestão e que descumpra as normas constitucionais de atendimento ao interesse público [...]” (MARTINS, 2010, p. 144).

Convém, portanto, o alerta de Henry David Thoreau (2011, p. 53) de que, “Não é desejável cultivar pela lei o mesmo respeito que cultivamos pelo Direito. [...] A lei jamais tornou os homens mais justos, e, por meio de seu respeito por ela, mesmos os mais bem-intencionados transformam-se diariamente agentes da injustiça”.

Hodiernamente, contudo, a prática da desafetação de bens de uso comum da cidade é comumente realizada cumprindo-se tão somente formalidades legais. Em total desconformidade aos preceitos doutrinários aqui defendidos, conforme se sintetiza nas palavras de Denio Dutra Barbosa e Carlos Souza Pimenta (2010, p.15): “A desafetação deve ocorrer para se alcançar uma nova finalidade pública. Se a desafetação ocorre para beneficiar um pequeno grupo de pessoas e não para alcançar o bem da população, inviável o ato que a formaliza.”.

Porquanto, a análise dos fatos reais evidencia o contraste entre os anseios expostos na carta Magna e a realidade social apresentada, que demonstra a forte influência, na atualidade, de um exacerbado individualismo e de enfraquecimento das questões públicas. Maria Helena Fonseca Ferreira Falle elucida, em estudo sobre a função social da propriedade, que,

O Direito transparece os valores mais enraizados na sociedade em que está inserido. Se o direito de propriedade representava no século XIX um direito absoluto e incondicionado, como de fato muitas vezes ocorre em pleno século XXI, apesar de toda a evolução no enfrentamento da função social da propriedade, é porque se faz presente ainda nesta sociedade uma forte concepção individualista, a qual sustenta um comportamento social consistente no ato de se atribuir valor ao homem segundo

---

peças e construções toscas adensadas, em ambiente de convivência que se pretende banhado pelo saudável, belo e aprazível. [...] Tais espaços públicos são, modernamente, objeto de disciplina pelo planejamento urbano, nos termos do art. 2º, IV, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), e concorrem, entre seus vários benefícios supraindividuais e intangíveis, para dissolver ou amenizar diferenças que separam os seres humanos, na esteira da generosa *acessibilidade* que lhes é própria. Por isso mesmo, fortalecem o sentimento de comunidade, mitigam o egoísmo e o exclusivismo do domínio privado e viabilizam nobres aspirações democráticas, de paridade e igualdade, já que neles convivem os multifacetários matizes da população: abertos a todos e compartilhados por todos, mesmo os “indesejáveis”, sem discriminação de classe, raça, gênero, credo ou moda.” (STJ. Resp. nº 1135807/RS. Rel. Min. Herman Benjamin. Dj. 15/04/2010. Dje. 08/03/2012, grifos originais)

aquilo que possui, segundo sua capacidade de ser proprietário. *O Direito reflete muito da cultura da sociedade em que está imerso.* (FALLE, 2012, p. 167, grifos nossos)

Análise realista e semelhante à exposta acima, faz Giovani Clark (2008, p. 53):

O direito não é revolucionário por si próprio, ele reflete as relações produtivas, culturais, educacionais, econômicas travadas no tecido social. Se as bases da sociedade são de exploração, segregação e ganância em nada adianta modificar as leis, já que elas se transformarão, geralmente em fetiche, ou em documentos ilusórios, usados para legitimarem a permanência dos “donos do poder”, visto que as perversas estruturas se perpetuam. As normas legais, isoladamente, não possuem a magia de fazer o milagre da transformação.

É lamentável, portanto, reconhecer em nossa sociedade que, apesar do desenvolvimento do ordenamento legal e de toda construção teórica quanto à normatividade dos princípios e valores constitucionais, impera, mesmo sobre as questões arraigadamente públicas e coletivas como o urbanismo, interesses privados nebulosos, que evidenciam, por vezes, o caráter patrimonialista do Estado brasileiro<sup>35</sup>, e tornam ainda mais difícil o desafio posto pelo direito urbanístico de “[...] reduzir as falhas de mercado sem ampliar as falhas de governo” (PINTO, 2010, p. 71).

---

<sup>35</sup> Quanto ao patrimonialismo, Raymundo Faoro (2000, p. 367) preceitua que “Num estágio inicial, o domínio patrimonial, desta forma constituído pelo estamento, apropria as oportunidades econômicas de desfrute dos bens, das concessões, dos cargos, numa *confusão* entre o setor público e o privado [...]”.

## **4 O PARCELAMENTO DO SOLO E A PROPRIEDADE CONDOMINIAL**

Dois são os institutos que de forma direta e impactante ditam a construção das cidades brasileiras, primeiro, as espécies de parcelamento do solo (loteamento e desmembramento) que incorporam à cidade novas áreas e bens públicos, marcando o crescimento e o modo em que este se implementa; e, segundo, a propriedade em condomínio (tanto vertical quanto horizontal), que, notadamente, define os destinos dados aos loteamentos, e, assim como este, também representa o crescimento, os limites e a forma em que se dá o uso da propriedade urbana; conquanto, os dois institutos são totalmente distintos quanto as características, modo de comercialização, natureza e regime jurídicos.

### **4.1 Apontamentos sobre o Parcelamento do Solo Urbano**

O Parcelamento do Solo Urbano é regulado, em suas diretrizes gerais, pela Lei Federal nº 6.766/1979 (conhecida como *Lei Lehmann*, em alusão ao seu autor, o então senador paulista Otto Cyrillo Lehmann), e trata-se de instrumento de execução da política de desenvolvimento e expansão urbanos em sede municipal, vinculado às diretrizes do Estatuto da Cidade, compreendendo, pois, normas urbanísticas, sanitárias, civis e penais, visando a disciplinar a ocupação do solo urbano, e a tutela do interesse público coletivo, subsumido na defesa da coletividade, dos adquirentes dos lotes previstos no empreendimento, bem como, na expansão e construção da cidade dentro de adequado e democrático planejamento urbanístico e ambiental, que se constitui como fundamental para a consecução de ambiente citadino sustentável.

Wanderli Acillo Gaetti (2011, p. 176) preceitua que o objetivo do parcelamento do solo é a sua “ocupação para que nele se desenvolvam diferentes atividades urbanas, com a concentração equilibrada destas atividades e de pessoas no Município, estimulando e orientando o desenvolvimento urbano, rural e industrial no município, mediante controle do uso e aproveitamento do solo.”.

Decorre do próprio texto da Lei Lehmann os registros conceituais dos institutos que a compõe. Consoante art. 2º desta Lei, o parcelamento do solo pode ser feito mediante loteamento ou desmembramento.

#### 4.1.1 O loteamento convencional

Como principal modalidade do parcelamento do solo urbano, o loteamento pode ser considerado o mais importante instrumento para a concretização do planejamento urbanístico disposto no Plano Diretor, principalmente, por possibilitar o crescimento ordenado da cidade e a inclusão, no patrimônio municipal, de novos bens afetados ao uso comum ou especial, tais como, novas áreas institucionais, bens de uso comunitário, parques, lagos, reservas verdes, praças e novas vias de circulação que tanto favorecem o trânsito urbano, o que, como evidenciado, devem fundamental função socioambiental à população cidadina.

O loteamento consiste em espécie de parcelamento do solo urbano em que se subdividi gleba (porção de terra ainda não urbanizada) em lotes<sup>36</sup> destinados a edificação, instituído em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal.

Ressalta-se que a definição do conceito de loteamento urbano se dá pela destinação do parcelamento a fins urbanos, e não por critérios espaciais.

Portanto, os loteamentos rurais são aqueles que se destinam a *fins agrícolas*. É o parcelamento de imóvel rural, tendo por preceito o regramento exposto no Estatuto da Terra (Lei n. 4.504, de 30.11.1964), que conceitua o loteamento rural como colonização (art. 4º, IX, da Lei 4.504/1964).

Contudo, tratando-se de loteamento de imóvel rural *fora* da zona urbana ou de expansão urbana, *mas* que se destine a urbanização, sujeitar-se-á ao regramento da Lei n. 6.766/1979, devendo, pois, ser aprovado pela Prefeitura Municipal, atentando-se à exigência estampada no art. 53 desta Lei que requer a prévia audiência do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA. Nisto, preceitua Elvino Silva Filho que, “[...] Incluem-se aqui, nesta categoria de *loteamentos urbanos*, os parcelamentos de imóveis rurais destinados à formação de *núcleos urbanos*, *sítios de recreio* e de *distritos industriais*.” (SILVA FILHO, p. 10. 1984, grifos do autor). Em sentido contrário, Arnaldo Rizzardo (2010) assevera que nestes casos aplicar-se-ia o Decreto Lei n.º 58/1937, bem como o Dec. 59.428/1966.

O loteamento implica, necessariamente, na abertura de *novas* vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

---

<sup>36</sup> Define-se, por sua vez, como lote o terreno servido de infraestrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona em que se situe, constituindo-se de unidade de área mínima de 125,00 ms<sup>2</sup>, sempre destinado à edificação, portanto, em consonância aos requisitos urbanísticos do plano diretor, tendo por diretriz básica o que se preceitua na Lei Lehmann.

Na esteira do conceito legal, o desmembramento, semelhante ao loteamento, trata-se da subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, contudo, *não* implica na abertura de novas vias ou logradouros públicos, ou seja, o desmembramento se aproveita do sistema viário existente<sup>37</sup>. Conquanto, foca-se, ademais, no estudo do loteamento, possuindo o desmembramento semelhantes características, e requisitos iguais ou proporcionais ao loteamento.

O ordenamento legal, pois, impõe série de exigências ambientais e urbanísticas que evidenciam a necessidade do loteamento integrar à cidade dentro do planejamento urbano projetado. Para tanto, a lei de parcelamento do solo impõe rol extenso de requisitos urbanísticos e ambientais, ao qual o loteador deve obedecer. Assim, determina o art. 4º da Lei nº 6.766/1979 que o loteamento deve atender a requisitos urbanísticos mínimos, tais como,

I - as áreas destinadas a sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, *serão proporcionais* à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situem. (Redação dada pela Lei nº 9.785, de 1999)

II - os lotes terão área mínima de 125m<sup>2</sup> (cento e vinte e cinco metros quadrados) e frente mínima de 5 (cinco) metros, salvo quando o loteamento se destinar a urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social, previamente aprovados pelos órgãos públicos competentes;

III - ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias e ferrovias, será obrigatória a reserva de uma faixa não-edificável de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica; (Redação dada pela Lei nº 10.932, de 2004)

IV - as vias de loteamento deverão *articular-se* com as vias adjacentes oficiais, existentes ou projetadas, e harmonizar-se com a topografia local.

§ 1º A legislação municipal definirá, para cada *zona* em que se divida o território do Município, os usos permitidos e os índices urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, que incluirão, obrigatoriamente, as áreas mínimas e máximas de lotes e os *coeficientes máximos de aproveitamento*. (Redação dada pela Lei nº 9.785, de 1999)

§ 2º - *Consideram-se comunitários os equipamentos públicos de educação, cultura, saúde, lazer e similares*. [...] (grifos nossos)

Quanto a estas exigências, Hely Lopes Meirelles atenta que:

O proprietário de uma gleba, para poder subdividi-la em lotes, com criação de quadras e abertura de vias de circulação, deve solicitar à Prefeitura que esta aprove, inicialmente, *as diretrizes do empreendimento*, determinando a localização das futuras áreas verdes, áreas destinadas a equipamentos públicos (escola, delegacia, hospital etc.) e o traçado principal das vias públicas, de maneira a assegurar sua conexão com o sistema viário público existente. (MEIRELLES, 2006, p. 546, grifos nossos)

<sup>37</sup> A doutrina ainda elenca mais uma espécie de parcelamento do solo urbano, o desdobramento, que consiste na subdivisão (desdobro) de *lote* em tantas unidades quanto permitidas pelo ordenamento local, obedecendo sempre à metragem mínima de 125,00 m<sup>2</sup>, exigida pela Lei n. 6.766/1979 (Cf. SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 346).

Para que o loteamento se realize é necessário, por conseguinte, que haja, antes da elaboração do projeto, a solicitação ao Município para que este defina as *diretrizes* quanto ao uso do solo, traçado dos lotes, do sistema viário, dos espaços livres e das áreas reservadas para equipamento urbano e comunitário, apresentando, para este fim, o requerimento e a planta do imóvel contendo, no mínimo, todos os elementos exigidos pelo arts. 6º e 7º da Lei nº 6.766/1979. Wanderli Acillo Gaetti (2011, p. 178), sobre o procedimento para a implementação do loteamento, preceitua que,

Para a regularização do empreendimento basta que o interessado se dirija à Prefeitura local e requeira, por escrito, a aprovação do projeto, devendo juntar planta, que indique o tipo de uso predominante a que o loteamento se destina, as características, dimensões e localização das zonas de uso contíguas. Além disso, deve conter delineadas as divisas da gleba a ser loteada; curvas de nível à distância adequada, se exigidas por lei estadual ou municipal é necessário indicar a localização de cursos d'água, bosques e construções existentes. Deve estar indicado o local do arruamento contíguo a todo o perímetro, a localização das vias de comunicação, das áreas livres, dos equipamentos urbanos e comunitários existentes no local ou em suas adjacências, com as respectivas distâncias da área a ser loteada.

Obedecendo ao que está determinado no plano de diretrizes (que vigorará pelo prazo máximo de quatro anos), o loteador apresentará o *projeto de construção do loteamento*, que poderá se basear em cronograma de execução, cujo prazo não pode ser superior a quatro anos, que uma vez aprovado, deverá ser executado seguindo este projeto e cronograma – sob pena de caducidade da aprovação (art. 9º, *caput*, c/c, art. 12, §1º, da Lei n. 6.766/79).

O projeto, portanto, segue série de exigências técnicas estabelecidas em lei, sendo necessário também o *memorial descritivo* do loteamento, que, conforme a redação do §2º do art. 9º da Lei Lehmann, deverá conter, no mínimo:

- I - a descrição sucinta do loteamento, com as suas características e a fixação da *zona ou zonas de uso predominante*;
- II - as *condições urbanísticas* do loteamento e as limitações que incidem sobre os lotes e suas construções, além daquelas constantes das diretrizes fixadas;
- III - a *indicação das áreas públicas que passarão ao domínio do município no ato de registro do loteamento*;
- IV - a *enumeração dos equipamentos urbanos, comunitários e dos serviços públicos ou de utilidade pública, já existentes no loteamento e adjacências.* (grifos nossos)

Nisto, o ordenamento legal determina e resguarda para a cidade novas áreas de uso público, comunitário, de importância ambiental e urbanística, pois determina que o projeto do loteamento contenha memorial que descreva minuciosamente os espaços públicos que deverão compor no mínimo de área não inferior a 35% da gleba (salvo nos loteamentos

destinados ao uso industrial cujos lotes forem maiores de 15.000 m<sup>2</sup>, caso em que a percentagem poderá ser reduzida).

Assim, após a devida aprovação e instituição legal do loteamento, este, necessariamente, deverá ter suas vias de acesso articuladas com as vias adjacentes oficiais, existente ou projetadas, de forma a integrar-se com a cidade.

Para Afrânio de Carvalho a integração do loteamento com a cidade é preceito tão fundamental do seu conceito que, para o autor, caberia ao oficial do Registro de Imóveis exigir certidão do Município quanto a constatação de que o loteamento, de fato, aglutinou-se à cidade, atendendo, pois, aos requisitos urbanísticos, que, neste caso, em específico, evidenciava-se a mobilidade urbana. Portanto, preceitua o autor que,

[...] o Registro de Imóveis procederá dentro de suas funções se avançar mais do que costuma fazê-lo e perquirir se o loteamento foi examinado apenas *em si mesmo*, ou também *em seu relacionamento* com a cidade ou vila adjacente. Se esse segundo requisito for omitido, caberá a exigência para ser esclarecido com certidão da Prefeitura para efeito do registro, visto como este não poderá ser efetuado sem a prévia vigilância do uso normal da propriedade urbana.

A conexão com o centro urbano adjacente há de evitar também que este seja estrangulado pelo advento de ruelas em sua periferia, impeditivas do fluxo regular do tráfego. Este precisa fluir naturalmente até a estrada ou *trevo*, sem se paralisar ou congestionar, porque em seguimento da via de onde procede existe outra que se aperta e se contrai, provocando o retardamento. (CARVALHO, 2012, p. 1.063)

Vê-se que se trata de observância que se aplica perfeitamente ao que está disposto na Lei Federal nº. 12.587/2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, pois prediz este ordenamento que o plano de mobilidade urbana deverá ser integrado ao plano diretor municipal (art. 24, §3º, da Lei 12.587/2012), havendo, pois, nesta Lei, a disposição de inúmeros princípios, dentre os quais, evidencia-se que os planos diretores, no prazo de três anos da referida Lei, deverão contemplar sobre a circulação viária e as infraestruturas do sistema de mobilidade urbana, que perpassam precisamente na necessidade de prévio planejamento urbano quanto as confluências das ruas dos novos loteamentos com a cidade.

Para que se cumpram as funções sociais da cidade, devem os bens públicos do loteamento estar de acordo com o que se determina no plano diretor.

O loteamento deve se harmonizar à cidade, compondo-a, de forma que, ruas, praças e demais logradouros públicos passam a pertencê-la, estando afetados, desde o registro do loteamento, a alguma finalidade pública ou coletiva.

Portanto, determina o art. 22 da Lei nº 6.766/1979 que: "Desde a data do *registro* do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as

áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo".

Por isso, a referida Lei, no art. 17<sup>38</sup>, já resguarda ao ente público os futuros bens que integrarão à cidade, vedando ao loteador alterar a destinação destes bens públicos, desde a *aprovação* do loteamento, constantes do projeto ou do memorial que o compõe.

Trata-se de regra que desde o Decreto-Lei n. 58/1937<sup>39</sup> é estampada no ordenamento legal, com o claro intuito de evitar que os loteadores, após a aprovação do loteamento, destinem a outras áreas a afetação ao uso comunitário ou institucional, exigidos por lei, ou seja, substituindo as áreas afetadas descritas no projeto, por outras, que, de fato, correspondesse às exigências do mercado (que se traduz, por vezes, em menos áreas públicas, e mais áreas particulares a serem comercializadas).

Para maior proteção das áreas afetadas, no Estado de Minas Gerais, o Cartório de Registro de Imóveis individualiza estes espaços públicos em matrículas próprias. Este é o regramento imposto às serventias extrajudiciais pelo Provimento nº 260, de 30 de outubro de 2013, da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais:

Art. 904. O oficial de registro abrirá matrículas individualizadas referentes às áreas públicas.

§ 1º Uma vez aberta a matrícula, o oficial de registro deverá averbar que se trata de área afetada em razão da instituição do loteamento ou desmembramento de solo urbano.

§ 2º É vedado o registro de qualquer título de alienação ou oneração das áreas do município, sem que, previamente, seja averbada, após regular processo legislativo, a respectiva desafetação e esteja a transação autorizada por lei. (MINAS GERAIS, 2013)

A doutrina, há tempos, diverge se a vinculação a qual determina o art. 17 da Lei n. 6.766/1979 obriga apenas o loteador em manter a destinação dos espaços públicos do projeto do loteamento, ou, também, estaria o ente público obrigado a manter a afetação de tais áreas.

Essa regra, como dito, visa a evitar práticas reiteradas de loteadores que após a aprovação do projeto do loteamento transmutavam os espaços públicos a outros locais, na maioria das vezes, de difícil acesso, topografias de difícil construção, ou, em suma, áreas de baixa rentabilidade e venda; obedecendo-se, portanto, apenas aos índices percentuais exigidos em lei como áreas comunitárias e de usos institucionais, sendo desprezada a análise da

<sup>38</sup> Art. 17. Os espaços livres de uso comum, as vias e praças, as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo, *não poderão ter sua destinação alterada pelo loteador, desde a aprovação do loteamento*, salvo as hipóteses de caducidade da licença ou desistência do loteador, sendo, neste caso, observadas as exigências do art. 23 desta Lei. (grifos nossos)

<sup>39</sup> Art. 3º, Dec. Lei n. 58/1937: A inscrição torna inalienáveis, por qualquer título, as vias de comunicação e os espaços livres constantes do memorial e da planta.

qualidade destas áreas. Portanto, para muitos, esta vedação está posta ao loteador, no intuito, pois, de coibir estas práticas.

A controvérsia reside no fato de que a Administração Pública exerce sobre seu patrimônio todas as faculdades peculiares à propriedade, desta forma, por conseguinte, na forma da lei, teria liberdade em destinar os bens oriundos de parcelamento do solo à espécie que lhe aprouvesse, por constituírem o patrimônio municipal, tendo, portanto, autonomia na gestão dos seus bens.

Conquanto, em que pese o respeito àqueles que defendem o argumento transcrito, entende-se que a Lei nº 6.766/1979 quando, expressamente, proibiu a alteração da destinação dos espaços públicos ao loteador, reitera a defesa do patrimônio público, constituindo o loteamento como elemento (re)estruturador do espaço urbano, ou seja, principal instrumento capaz de fornecer a cidade *novos* espaços de lazer, recreação, moradia e locomoção, cuja localidade e qualidade dos espaços serão determinados no projeto ou memorial descritivo do loteamento, seguindo o que determinar o ente público municipal ou distrital.

Vê-se que, em interpretação teleológica da regra jurídica, pode-se concluir que se a Lei determina que o loteador (um particular empreendedor) não pode alterar a destinação dos bens públicos, e impõe esta regra como forma de garantir os bens que compõem o patrimônio da cidade, com específicas funções urbanísticas, sociais e ambientais, de igual modo, deve ser a regra obedecida pela Administração (diga-se, de forma ainda mais cogente), porque esta possui o dever de zelar pelos bens públicos e no exercício de sua função administrativa não pode deixar de agir segundo o que determina a legalidade e a juridicidade, o que inclui agir segundo o interesse público da coletividade, que se traduz no respeito ao interesse público primário. Luciano de Camargo Penteado alude que,

A noção de interesse relaciona-se à de utilidade de um bem para a satisfação de uma necessidade humana, a ponto de que se possa falar em função utilidade. Quando um interesse é público, relaciona-se a finalidades que ultrapassam as meramente individuais, também a de entes da Administração Pública para se identificarem com interesses da comunidade como um todo. Trata-se do interesse público primário. A distinção entre interesse público primário – interesse da coletividade como um todo e interesse público secundário – interesse de órgãos da administração [...] é fundamental para que se note, no caso concreto [doação de área institucional de loteamento a escola], como o interesse público a que era fundamental atender era o interesse primário ou da coletividade, o interesse da comunidade como um todo e não deste ou daquele órgão da administração.” (PENTEADO, 2013, p. 36).

Desta forma, a aprovação do loteamento deve se basear em critérios técnicos e jurídicos que visem a qualidade de vida no meio urbano, em busca da concretização das

funções sociais da cidade, no interesse da comunidade urbana diretamente afetada pelo empreendimento do loteamento.

Assim, um novo loteamento deve servir-se à cidade, compondo nova perspectiva de melhora da vida cidadina, e não se transformar em novo estorvo urbano, contribuindo em nada mais do que o inchaço da cidade, sem estrutura que comporte este aumento.

Danusa Silva de Luna (2011, p. 25, grifos nossos) preceitua que é, portanto, “[...] importante frisar que as normas de parcelamento são um importante instrumento para que a ocupação do solo aconteça ordenadamente, pois imprime parâmetros, diretrizes que permitirão a ocupação racional do território e a *salvaguarda dos espaços de uso coletivo*.”.

Desta forma, o município, no dever de proteger o uso coletivo destes espaços aglutinados ao ambiente citadino, não pode destiná-los a outro uso, senão aos quais foram consagrados pela própria Administração Pública, no exercício de sua atividade discricionária.

Para que se transmute a afetação do bem é necessário que se estabeleça a desafetação que, para tanto, deverá obedecer aos critérios exigidos para a desconsagração (lei específica e desafetação de fato, conforme se explicitou no item 3.4).

Ressalta-se que o ente público detém total controle na administração deste patrimônio, principalmente, quando da aprovação do loteamento, momento em que pode e deve exigir do empreendedor a qualidade dos espaços públicos. Porém, uma vez que a Administração, ao aprovar o loteamento, destina por este ato determinados bens a uso comum ou especial, não pode, após o registro do empreendimento, destiná-los a outro uso, pois, além do que consagra o art. 17 supracitado, deve obediência a toda ordem jurídica que compõe o que se pode denominar de teoria dos bens públicos (explicitada no capítulo 3).

Tendo em vista a defesa dos bens públicos do loteamento, de interesse metaindividual, prediz a Constituição do Estado de São Paulo, ao legislar concorrentemente com a União e o Município sobre direito urbanístico (art. 24, I, §§ 1º a 4º, CR/88), importante vedação à alteração dos fins e objetivos dos bens públicos afetados, preceituando em seu art. 180 que:

No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios *assegurarão*:

[...]

VII - as áreas definidas em projetos de loteamento como áreas verdes ou institucionais *não poderão ter sua destinação, fim e objetivos originariamente alterados*, exceto quando a alteração da destinação tiver como finalidade a regularização de:

a) loteamentos, cujas áreas verdes ou institucionais estejam total ou parcialmente ocupadas por núcleos habitacionais de interesse social destinados à população de baixa renda, e cuja situação esteja consolidada ou seja de difícil reversão;

b) equipamentos públicos implantados com uso diverso da destinação, fim e objetivos originariamente previstos quando da aprovação do loteamento;

c) imóveis ocupados por organizações religiosas para suas atividades finalística. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 15 de dezembro de 2008)

§1º - As exceções contempladas nas alíneas “a” e “b” do inciso VII deste artigo serão admitidas desde que a situação das áreas objeto de regularização esteja consolidada até dezembro de 2004, e mediante a realização de compensação, que se dará com a disponibilização de outras áreas livres ou que contenham equipamentos públicos já implantados nas proximidades das áreas objeto de compensação.

§ 2º - A compensação de que trata o parágrafo anterior poderá ser dispensada, por ato fundamentado da autoridade municipal competente, desde que nas proximidades da área pública cuja destinação será alterada existam outras áreas públicas que atendam as necessidades da população.

§ 3º - A exceção contemplada na alínea ‘c’ do inciso VII deste artigo será permitida desde que a situação das áreas públicas objeto de alteração da destinação esteja consolidada até dezembro de 2004, e mediante a devida compensação ao Poder Executivo Municipal, conforme diretrizes estabelecidas em lei municipal específica. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 15 de dezembro de 2008)

O texto acima ratifica o disposto na Lei Lehmann e o que por ora se defende. Tratando-se de regra que por diversas vezes o Ministério Público do Estado de São Paulo tem de exigir o cumprimento pelas vias do Judiciário. Pois é comum, e crescente, o apossamento dos bens públicos por particulares, principalmente, na forma do fechamento do loteamento, mediante a desafetação indiscriminada dos bens públicos e posterior permissão ou concessão de direito real a grupos de moradores, em regra, associados para a administração da área cercada.

Recentemente, a interpretação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem se posicionado em defesa dos espaços públicos, vendando, portanto, a desafetação destas áreas para posterior permissão ou concessão de uso exclusivo a particulares. Assim, são precedentes deste Tribunal:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI - LEI Nº 2.435/2002 DO MUNICÍPIO DE SALTO, QUE DESAFETOU ÁREA VERDE DEFINIDA EM PROJETO DE LOTEAMENTO, PARA CEDER SEU USO A ENTIDADE DE NATUREZA PRIVADA, ALTERANDO A DESTINAÇÃO ORIGINARIAMENTE ESTABELECIDA – DESCABIMENTO AFRONTA AOS ARTIGOS 180, INCISO VII, E 144, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - PRECEDENTES DESTE ÓRGÃO ESPECIAL - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PROCEDENTE. (TJ/SP. Órgão Especial. Incidente de Inconstitucionalidade de Lei n. 0267438-79.2011.8.26.0000 – Salto/SP. Rel. Des. Renato Nalini. Dj. 18 jan. 2012)

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - Município de Caçapava - Lei Complementar Municipal nº 101/1998 - Normas que dispuseram sobre a desafetação de bem de uso comum do povo, área institucional (praça) integrante de loteamento urbano e autorizaram sua permuta com imóvel de propriedade particular - Afronta aos arts. 180, VII e 144, ambos da Carta Constitucional Paulista - Incidente acolhido, inconstitucionalidade total decretada. (TJ/SP. Órgão Especial. Incidente de

Constitucionalidade n. 0056648-83.2012.8.26.0000 – Caçapava/SP. Rel. Des. Alves Bevilacqua. Dj. 12 set. 2012)

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei nº 1.549/92, do Município de Itápolis, que desafetou área institucional reservada em loteamento, alterando sua destinação para conceder direito de uso a entidade privada, para destinação especial e diversa da prevista originalmente - Afrenta aos arts. 180, inciso VII, e 144 da Constituição Estadual - Inconstitucionalidade declarada – Arguição procedente. (TJ/SP. Incidente de Inconstitucionalidade nº 178.011-0/5, Rel. Des. Souza Lima. Dj. 19.8.2009)

Incidente de inconstitucionalidade Incidente suscitado pela 13a Câmara da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 6 125/04, do Município de Franca, que autorizou o Poder Executivo conceder direito real de uso a Associação de Engenheiros de área institucional reservada em loteamento, alterando sua destinação especial e diversa da prevista originalmente. Alteração vedada pela Constituição Estadual. Concessão revogada por decreto. Fato que não prejudica a arguição incidental relativa à lei Inconstitucionalidade da lei municipal em face dos arts 180, Vil, e 144 da Constituição Paulista. Arguição *incidenter tantum* procedente. (TJ/SP. Incidente de Inconstitucionalidade nº 174.906-0/0, Rel. Des. José Santana, Dj. 9.4.2009)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 4.938, DE 24 DE MAIO DE 2006, DO MUNICÍPIO DE INDAIATUBA CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO DE IMÓVEIS DO PATRIMÔNIO PÚBLICO MUNICIPAL. INADMISSIBILIDADE. OFENSA AO ART. 180, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. (TJ/SP. Órgão Especial. ADI nº 169.056-0/9, Rel. Des. Armando Toledo. Dj. 22.7.2009)

Em que pese ser a maioria os precedentes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, no sentido dos julgados transcritos acima, não é unânime a jurisprudência deste Tribunal.

Conquanto, hodiernamente, é forte a tendência de se proibir a desafetação de bens públicos de uso comum provenientes de loteamento (como visto no item 3.4, na transcrição de julgado do STJ de relatoria do Min. Hermann Benjamin), tendo por fundamento a função socioambiental que estes bens cumprem à cidade.

Vê-se que a unanimidade não é alcançada, sobretudo, porque o tema em questão, por vezes, é debatido sobre a ótica da possibilidade ou não dos loteamentos especiais/fechados no ordenamento jurídico, sobre os quais a doutrina e a jurisprudência não possuem entendimento uníssono, principalmente, porque não há Lei Federal dispendo sobre o instituto.

Portanto, desde já, é importante esclarecer, que os loteamentos especiais (item 4.3) se tratam de empreendimentos regulados por lei municipal, portanto devendo cumprimento a todo um regramento urbanístico; e, que se instituem, em regra, sem a desafetação dos espaços públicos.

Apesar dos dissensos jurídicos sobre o instituto, há tempos, os loteamentos especiais existem na realidade das cidades do país e se constituem, no ambiente urbano, seguindo as

regras impostas pelo município e desde que a instituição do loteamento seja, desde o início, como um empreendimento fechado, portanto, de uso exclusivo dos moradores daquele local que pagam por essa concessão ou permissão.

Sendo também fundamental que o empreendimento enclausurado compense o Município pelas áreas públicas fechadas a uso exclusivo dos moradores, dando em contrapartida outros bens públicos fora do empreendimento (trata-se de premissa que, porventura, legitima os loteamentos especiais, como espécie de parcelamento do solo urbano<sup>40</sup>).

Afasta-se, desde já, portanto, a possibilidade de se confundir o loteamento especial com o ato de se retirar da cidade áreas públicas que lhe prestam funções indispensáveis, sem nenhuma compensação urbanística, e, pior, em muitos casos, a título gratuito.

Passa-se, pois, a esclarecer sobre os demais institutos que corporificam a cidade.

## 4.2 O condomínio horizontal fechado

O condomínio horizontal fechado, denominado de condomínio deitado, condomínio fechado, de casas térreas ou assobradadas, ou mesmo de vertical<sup>41</sup>, trata-se de forma de utilização do espaço urbano permitido e, em certa medida, regulado pela Lei Federal n.º 4.591/1964 e constitui-se em espécie de copropriedade em que o bem imóvel é composto por diversas casas térreas ou de mais pavimentos, construídas sob a forma de unidades isoladas entre si, compondo cada unidade propriedade autônoma que caberá, como parte inseparável, uma fração ideal do terreno e coisas comuns, expressa sob forma decimal ou ordinária. Assim, prediz o art. 8º da Lei n.º 4.591/1964 que:

Quando, em terreno onde não houver edificação, o proprietário, o promitente comprador, o cessionário deste ou o promitente cessionário sobre ele desejar erigir mais de uma edificação, observar-se-á também o seguinte:

a) em relação às unidades autônomas que se constituírem em casas térreas ou assobradadas, será discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação e

<sup>40</sup> Assim, determina, por exemplo, a Lei municipal n.º 5.250/2003, do município de Governador Valadares / MG, que: “[...] Art. 4º - As áreas destinadas a fins institucionais e verdes, nos termos previstos na Lei de Parcelamento do Solo Urbano vigente no Município, *deverão estar situadas externamente e contígua ao loteamento fechado.*”

Parágrafo Único - A área referente ao lazer exclusivo do loteamento fechado *não poderá ser considerada no percentual de áreas públicas previsto em Lei.*” (GOVERNADOR VALADARES, 2003)

<sup>41</sup> O condomínio vertical é assim denominado em contraste ao condomínio horizontal ou edifício que se forma em planos horizontais sobrepostos (propriedades horizontais) ou apartamentos, palavra que deriva do verbo “apartar”, ou seja, o condomínio edilício é composto de partes autônomas apartadas das partes comuns do prédio, mas que constituem com estes um todo. Consequente, o condomínio vertical é composto de vários planos verticais, casas térreas ou assobradadas.

também aquela eventualmente reservada como de utilização exclusiva dessas casas, como jardim e quintal, bem assim a fração ideal do todo do terreno e de partes comuns, que corresponderá às unidades.

b) em relação às unidades autônomas que constituírem edifícios de dois ou mais pavimentos, será discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação, aquela que eventualmente for reservada como de utilização exclusiva, correspondente às unidades do edifício, e ainda a fração ideal do todo do terreno e de partes comuns, que corresponderá a cada uma das unidades;

c) serão discriminadas as partes do total do terreno que poderão ser utilizadas em comum pelos titulares de direito sobre os vários tipos de unidades autônomas;

d) serão discriminadas as áreas que se constituírem em passagem comum para as vias públicas ou para as unidades entre si.

Caio Mario da Silva Pereira, elaborador do anteprojeto da Lei nº 4.591/1964, preleciona sobre o condomínio horizontal fechado, denominado pelo autor de condomínio vertical, que:

[...] A Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, olhou para o assunto (art. 8º) e abraçou na sua disciplina esta modalidade especial de aproveitamento condominial do espaço. Estabeleceu regras específicas para o caso de se levantar *mais de uma edificação em terreno aberto, ainda que não ocorra a superposição de unidades*. Em tais circunstâncias, em relação às unidades autônomas que se constituírem de casas térreas ou assobradadas, será discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação e também aquela eventualmente reservada como de utilidade exclusiva, e bem assim a fração ideal sobre a totalidade do terreno e partes comuns, correspondente a cada unidade (art. 8º, alínea *a*). [...]

Diversamente da propriedade horizontal típica, em que a cada unidade se vinculam apenas a quota ideal do terreno e partes comuns, aqui existem uma unidade autônoma, uma parte de terreno edificado, uma parte de terreno reservada como de utilidade exclusiva para jardim ou quintal e ainda a fração ideal sobre o que constitui o condomínio. [...]

Mas a peculiaridade deste tipo condominial é que, além das partes e coisas comuns habitualmente componentes, há outras que devem ser discriminadas, com menção da fração ideal que, nelas, corresponde a cada unidade, e as partes de terreno que poderão ser utilizadas em comum pelo titulares de direito sobre os vários tipos de unidades autônomas, tais como *playgrounds*, sala de reuniões, restaurantes, cinemas etc.

Discriminar-se-ão, ainda, as áreas que se constituem em passagem comum para as vias públicas ou para as partes utilizadas entre si ou os caminhos de acesso à praia, à fonte, ao lugar aprazível e pitoresco etc. (SILVA, 1995, p. 70-72, grifos nossos)

Sem querer adentrar profundamente nas razões sociais e econômicas atinentes aos condomínios horizontais fechados, conquanto, fato é que o condomínio fechado tornou-se espécie imobiliária que alcançou grande prestígio entre as classes altas da sociedade, porque, primeiramente, possui alto grau de segurança, com guardas privados, equipamentos eletrônicos de vigilância, muros altos, cercas eletrificadas e guaritas ou cancelas para o controle do acesso; bem como, a gama de serviços prestados, como limpeza das ruas privadas (vias internas), clubes, *shopping centers* etc.

Conquanto, em confluência aos motivos elencados, vê-se que a possibilidade dada aos moradores de viverem em tranquilidade (em antítese à cidade existente fora dos muros), ou seja, entre seus pares, distantes da mistura social e econômica das cidades, também pode ser citado como fator preponderante para o sucesso destes empreendimentos.

Como bem elucida Teresa Pires do Rio Caldeira, [...] “O ideal do condomínio fechado é a criação de uma ordem privada na qual os moradores possam evitar muitos dos problemas da cidade e desfrutar um estilo de vida alternativo com pessoas do mesmo grupo social” (CALDEIRA, 2011, p. 275).

O condomínio de casas diferencia-se do loteamento urbano desde o princípio de sua instituição, porque não há abertura de vias ou logradouros públicos, porque não se trata de parcelamento do solo.

O condomínio fechado é modalidade especial de ocupação do solo urbano em copropriedade; sujeita-se, pois, a regime jurídico distinto do loteamento, de forma que as relações civis provenientes das questões relativas ao condomínio estão reguladas pelo Código Civil (arts. 1.331 ao 1.358) e, no que compatível, pela Lei Federal nº 4.591/1964. E quanto a devida instituição do condomínio e de sua conformação a planejamento urbano, sujeita-se ao regime jurídico público.

Conquanto, assevera-se que as vias de acesso, praças e locais comunitários pertencem ao condomínio, são bens privados de uso comum dos moradores, tratando-se, pois, de coproprietários destes espaços.

Também em distinção ao loteamento, a formação do condomínio fechado tem por pressuposto o intuito de promover ou realizar a construção de edificações (cf. art. 28 e art. 29 da Lei nº. 4.591/1964), o memorial descritivo das especificações da obra projetada é requisito para a incorporação do condomínio; o que se diferencia do loteamento, pois este é formado com o objetivo de vender lotes destinados à edificação, ou seja, com toda a estrutura básica, como vias de circulação, tratamento sanitário, luz elétrica etc. Por conseguinte, o parcelamento do solo tem por finalidade, essencialmente, a realização de toda a infraestrutura para que se construa nos lotes. Contudo, o loteamento não se destina a construção ou mesmo a elaboração de prévio projeto dos prédios urbanos que se construirá nas unidades loteadas.

A exigência da construção ou de ao menos do projeto do que se vai construir é requisito do condomínio vertical e horizontal. Assim determina a Lei nº. 4.591/1964, e este é o entendimento do STJ que se evidencia no precedente de relatoria do Ministro Raul Araújo, segundo o qual,

Nos termos da Lei 4.591/64, os condomínios horizontais pressupõem a existência de edificações. O art. 8º desse diploma legal, embora admita a possibilidade de condomínio em terreno onde não haja edificação, exige, ao menos, a existência de plano para a construção delas. Há, nesse caso, necessidade de aprovação de um projeto de construção de casas térreas ou assobradadas ou de edifícios, *ainda que não sejam edificadas de imediato*. (STJ. Resp. nº 709.403 – SP. Rel. Min. Raul Araújo. DJ. 06/12/2011, grifos nossos)

Mesmo entendimento possui Lêda Virgínia Aguiar de Carvalho Granja (2006, p. 335):

Uma das obrigações mais características deste tipo de condomínio é a necessidade de que o projeto de construção esteja devidamente aprovado pelas autoridades competentes para que o incorporador possa negociar sobre as unidades autônomas. Daí a vinculação à necessidade, mesmo que futura, da construção<sup>42</sup>.

Contudo, não há na lei nº 4.591/1964 a exigência de área mínima a ser construída. Nisto, muitas incorporadoras e construtoras inclinam-se a construir grandes condomínios fechados, sem a construção das unidades, contendo no projeto de construção das casas ou unidades autônomas, por vezes, de má-fé, a delimitação de espaços mínimos de construção.

Estes empreendimentos são, na prática, a realização de verdadeiros parcelamentos do solo sem, contudo, o devido cumprimento das extensas obrigações e exigências da Lei n. 6.766/1979, o que torna, evidentemente, o custo do empreendimento mais barato.

Portanto, em sede de exemplo, pode-se da área total de um terreno projetar a construção de condomínio fechado, em que às unidades autônomas que se constituírem de casas térreas ou assobradadas seja discriminada parte mínima de construção (projetos de construção de casas que correspondem, por exemplo, a 20% ou menos da área total do terreno de cada unidade autônoma), destinando, para tanto, áreas mínimas à formação das futuras edificações, alienando, deste modo, as frações ideais, o que enseja, na realidade, a construção de verdadeiro condomínio de lotes, pois, o comprador, no futuro, facilmente poderá construir no restante do “lote”/unidade autônoma, ou seja, trata-se de anomalia que na falta de vedação legal encontra seu amparo.

No Estado de Minas Gerais, é vedado ao Registrador da serventia imobiliária o registro de condomínio fechado que se apresenta como verdadeiro parcelamento do solo, assim, determina o Provimento nº 260 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que,

---

<sup>42</sup> O mesmo se determina no Provimento nº. 260 da Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (cujas regras são obrigatórias às serventias extrajudiciais do estado, conforme se determina o art. 236 da Constituição da República de 1988):  
[...] Art. 938. A instituição do condomínio *prescinde* da averbação da *construção*.

Art. 888. É vedado proceder ao registro de venda de frações ideais, com localização, numeração e metragem certa, ou de qualquer outra forma de instituição de condomínio geral que desatenda aos princípios da legislação civil, caracterizadores, de modo *obliquo e irregular*, de loteamentos ou desmembramentos. (MINAS GERAIS, 2013, grifos nossos)

Desta forma, havendo indícios de que determinado condomínio é, de fato, espécie de parcelamento do solo, não deve o oficial registrar o empreendimento, cabendo solucionar a questão por meio da suscitação de dúvida para que, então, o juiz solucione a querela, na forma prevista nos arts. 198 ao 207 da Lei Federal nº 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos).

Assim, sobre essa questão, o Superior Tribunal de Justiça acordou em recurso especial, assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPUGNAÇÃO DE ATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. CONDOMÍNIO ESPECIAL HORIZONTAL DE CASAS (LEI 4.591/64). ALEGADA BURLA AO SISTEMA DE LOTEAMENTO URBANO PREVISTO NA LEI 6.766/79. NÃO CONFIGURAÇÃO. INCORPORADORA. RESPONSABILIDADE PELA CONSTRUÇÃO. ATRIBUIÇÃO AOS ADQUIRENTES DO IMÓVEL. POSSIBILIDADE. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NA LEI 4.591/64. SÚMULAS 5 E 7/STJ.

[...] 2. *O loteamento, disciplinado pela Lei 6.766/79, difere-se do condomínio horizontal de casas, regulado pela Lei 4.591/64 (art. 8º). E a diferença fundamental entre o loteamento (inclusive o fechado) e o condomínio horizontal de casas consubstancia-se no fato de que no primeiro há mero intuito de edificação (finalidade habitacional), sem que, para tanto, haja sequer plano aprovado de construção. No segundo, no entanto, se ainda não houver a edificação pronta ou em construção, deve, ao menos, existir aprovação de um projeto de construção.*

3. Na hipótese dos autos, a colenda Corte Estadual - com base na análise do projeto de implantação de condomínio de casas previamente aprovado pela Prefeitura, do memorial descritivo das especificações da obra, do ato de incorporação do condomínio registrado no Cartório de Registro de Imóveis, bem como dos contratos de compra e venda entabulados entre os adquirentes das unidades autônomas e a incorporadora - concluiu que se tratava de verdadeiro condomínio horizontal de casas e de incorporação imobiliária, e não de loteamento. Entendeu, nesse contexto, que foram cumpridos os requisitos previstos na Lei 4.591/64. Além disso, concluiu que não houve a alegada burla ao regramento cogente da Lei 6.766/79, *uma vez que não ficou comprovada nenhuma intenção da incorporadora no sentido de vender unicamente lotes de terreno.*

4. O fato de a incorporadora não ficar responsável pela edificação direta das casas do condomínio não caracteriza, por si só, burla ao sistema de loteamento previsto na Lei 6.766/79. Ao contrário, o art. 29 da Lei 4.591/64 expressamente prevê essa possibilidade, permitindo ao incorporador, quando não for também construtor, *escolher tão somente alienar as frações ideais, sem se compromissar com a execução direta da construção do empreendimento incorporado, de modo que esta poderá ser contratada, em separado, pela incorporadora ou pelos adquirentes do imóvel, com terceiro – o construtor.* Nessas hipóteses, para que fique caracterizada a vinculação entre a alienação das frações do terreno e o negócio de construção, basta que o incorporador, no ato de incorporação, providencie, perante a autoridade administrativa competente, a aprovação de projeto de construção.

5. No caso em apreço, consoante se deduz dos v. acórdãos (apelação e embargos infringentes) proferidos pela colenda Corte local, *a incorporadora apenas celebrou contrato de compra e venda de frações ideais, vinculando-o a projeto de construção*

*aprovado pela Municipalidade, não ficando ela própria responsável pela construção das casas nos condomínios.* A incorporadora, autorizada pela Lei 4.591/64, providenciou a aprovação de projeto de construção perante a Administração Municipal e o incluiu no Memorial de Incorporação, levado a Registro no Cartório Imobiliário. No contrato celebrado com os adquirentes do imóvel, ficou firmada a responsabilidade destes em providenciar a obra em conjunto com a construtora.

6. Diante das conclusões da colenda Corte de origem, delineadas com base no acervo fático-probatório dos autos e nas cláusulas dos ajustes celebrados entre as partes, não há outra solução senão, na via estreita do recurso especial, adotar o suporte fático delineado na instância ordinária, tendo em vista os óbices previstos nos enunciados nº 5 e 7 da Súmula do eg. STJ, para, então, concluir pela lisura do ato de incorporação imobiliária do empreendimento, registrado no Registro de Imóveis competente e aprovado pelo Município.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (STJ. Resp. nº 709.403 – SP. Rel. Min. Raul Araújo. DJ. 06/12/2011, grifos nossos)

Do precedente transcrito, depreende-se que cabe aos Municípios, no exercício de sua competência em legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, da CR/88)<sup>43</sup>, regularem a devida ocupação do solo na forma dos condomínios fechados, para tanto, é necessário, para o bem da cidade, que se preencha a lacuna que ora se apresenta na legislação federal, determinando, portanto, precipuamente, o tamanho máximo destes empreendimentos e a exigência de coeficientes mínimos de construção (para que se evitem os loteamentos “disfarçados” de condomínios), bem como, em estrita permissão legal municipal, demais requisitos urbanísticos e ambientais necessários, em cumprimento ao Plano Diretor, tendo por supedâneo o princípio da função social da propriedade urbana e das funções sociais da cidade.

José Afonso da Silva, porém, não admite que o Município possa legislar sobre condomínios fechados, preceitua o autor que “[...] a ilegitimidade não desaparece pelo fato de lei municipal admiti-los, pois, sendo de natureza condominial, o Município não têm competência para regular tal matéria. Assim, a aprovação municipal também não a exclui.” (SILVA, 2008, p. 354).

Conclui-se que a assertiva do autor se fundamenta na competência privativa da União em legislar sobre direito civil (art. 22, I, da CR/1988).

Contudo, não se esta a aferir sobre a competência do município em legislar sobre as relações civis atinentes ao condomínio, mas sim em conformá-lo dentro de necessário plano urbanístico, desta forma, é imperioso que se admita a competência do ente público municipal

<sup>43</sup> “A Constituição Federal em seu artigo 24, inciso I, estabelece a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre direito urbanístico, matéria na qual se enquadram, pois, os ditames das Leis nº 4.591/64 e 6.766/79.

Assim, aos Municípios, somente compete, em consonância com as disposições dos incisos II e VIII do art. 30 da Constituição Federal, suplementar a legislação federal e estadual “no que couber”, promovendo, no caso, o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, ou seja, respeitados os limites gerais traçados pelas leis retromencionadas.” (TJ/RS. ADI nº 70014703193. Rel. Des. Luiz Felipe Silveira Difini. Dj. 02 out. 2006).

em suplementar ordenamento federal que de forma genérica institui espécie de ocupação do solo urbano que influi diretamente na formatação dos centros urbanos.

Neste entendimento, colaciona-se precedente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que em embargos infringentes decidiu-se que, na falta de legislação municipal específica, não devem prosperar a instituição de condomínios fechados, tendo por fundamento apenas o regramento amplo contido na Lei n. 4.591/1964:

AÇÃO DECLARATÓRIA. LOTEAMENTO COGNOMINADO CONDOMÍNIO FECHADO. AUSÊNCIA DE LICENÇA DA MUNICIPALIDADE E INOBSERVÂNCIA DA LEI N. 6.766/1979. AGREGAÇÃO INDEVIDA DE VIA DE USO COMUM. MANUTENÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO PELO QUAL SE IMPÔS A RETIRADA DO MURO. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS. (TJ/SC. Embargos Infringentes nº 2011.031318-3. Rel. Des. Jorge Luiz de Borba. Dj. 09 maio 2012)

Segundo o esclarecedor voto do relator destes mesmos embargos infringentes, Desembargador Jorge Luiz de Borba:

[...] não existe apriorístico veto à formação de tal entidade [condomínios fechados]. Enfim, podem as pessoas se consorciarem e ajustarem que manterão, entre si, áreas que sejam de uso privativo e comum. Evidentes as vantagens para eles desse sistema, pois permitirá um convívio particularizado entre os moradores, evitando-se – notadamente por aspectos de segurança – o ingresso de estranhos. Vários administrativistas, aliás, admitem essa figura, vendo mesmo nela inspiração no art. 8º da Lei 4.591/64.

Ocorre que para que tal aconteça, ao menos nos termos como alvitados pelos demandantes, entendo que haveria necessidade de autorização legislativa local e, muito especialmente, de licenciamento prévio da municipalidade. Realmente, a figura representa uma forma de *parcelamento do solo*, ou seja, de um imóvel formam-se outros terrenos, os quais serão de propriedade individualizada. Esse fracionamento da terra traz implicações urbanísticas das mais evidentes, atraindo destacado interesse público.

A liberalização desse procedimento seria temerário, pois propiciaria um crescimento desordenado com reflexos imensos, tal qual, por exemplo, na salubridade (proliferando-se moradias próximas há necessidade de apurar, por exemplo, o destino dos dejetos), no trânsito (o fluxo de pessoas deve ser dosado de acordo com as disponibilidades viárias), no meio ambiente (a formação de novos conglomerados pode trazer sequelas delicadas à natureza) e assim por diante. São por essas razões que a Lei Federal 6.766/79 cuida, por meio de normas obrigatórias, do parcelamento do solo.

[...]

Repito que até poderia ser formado o tal condomínio fechado, mas não da forma açodada e ilícita como ocorreu. O que houve no caso específico foi uma fraude – nada sutil – às regras (repito) cogentes da Lei 6.766/79, de sorte a obviar todos os vários requisitos reclamáveis para a formação de um loteamento ou de um desmembramento. (SANTA CATARINA, 2012)

Por outro lado, em que pese haver permissivo legal, contido no art. 3º do Decreto-Lei nº. 271/1967, dispondo ser possível a aplicação das regras da Lei nº 4.591/1964 ao loteamento, “[...] equiparando-se o loteador ao incorporador, os compradores de lote aos condôminos e as obras de infraestrutura à construção da edificação” (BRASIL, 1967). O mesmo não se pode dizer quanto a aplicação das regras do loteamento aos condomínios fechados.

Nisto, importa afirmar que se refuta a possibilidade jurídica dos “condomínios de lotes”, no ordenamento atual, apesar do argumento de alguns doutrinadores que defendem a instituição de condomínio *sem* edificação<sup>44</sup>, baseando, para tanto, no supracitado art. 3º do Dec. Lei n. 271/1967.

Assim, segundo ensinamentos de Valestan Milhomem da Costa (2008, p. 1332):

[...] não há nesses dispositivos qualquer alteração das características de loteamento, tal como definidas no Dec.-lei 58/1937, tampouco indicação de que o Dec.-lei 271/1967 tenha criado espécie de simbiose de loteamento e condomínio, ou estabelecido base para essa simbiose.

O que o Dec.-lei 271/1967 mostra clara e simplesmente é que, enquanto não houver aceitação do parcelamento do solo pela Prefeitura como loteamento, esse parcelamento do solo será regido pela Lei 4.591/1964, equiparando-se os sujeitos e objetos desses institutos para os devidos fins, os quais, naturalmente, não são o de mesclar os institutos.

Portanto os condomínios de casas ou prédios, de grandes extensões, com vias internas, semelhante a arruamentos, fechados por muros ou cercas, situam-se juridicamente, no atual ordenamento, em verdadeira lacuna da legislação federal, que por ora é resolvida no âmbito da competência dos Municípios<sup>45</sup>, na legitimidade destes em legislar sobre o planejamento territorial das cidades, baseando, para tanto, nos ditames do Direito Urbanístico, para que haja devida adequação destes condomínios, que extrapolam a *mens legis* do art. 8º da Lei n. 4.591/1964, ao princípio da função social da propriedade e das funções sociais da cidade.

Segundo preceitua Paulo César da Costa Gomes, estes condomínios se transformaram em ilhas utópicas em que se procura reproduzir todos os equipamentos públicos possíveis, tornando-se sucessos de vendas, principalmente, pela vantagem da segurança e da homogeneidade social que favorecem. Segundo o pesquisador, este empreendimento “[...]”

<sup>44</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namem. Condomínio de lotes de terreno urbano. *Revista de Direito Imobiliário*. RDI 67/101. jul.dez./2009.

Cf. GAETTI, Wanderli Arcilo. Condomínio de lotes: Viabilidade, benefícios e restrições. *Revista de Direito Imobiliário*. RDI. v. 70, p. 173-212, jan./2011.

<sup>45</sup> Tramita na Câmara dos Deputados Federais, há mais de uma década, projeto de lei de número 3.057, que revogaria a atual Lei de Parcelamento do Solo Urbano e absorveria as novas realidades urbanas que se apresentam na atualidade, notadamente, os empreendimentos fechados.

funcionam simultaneamente como moradia e clubes; possuem às vezes minimercados, transportes coletivos para os condôminos e contam mesmo eventualmente, até com escolas. [...]” (GOMES, 2006, p. 186).

Vê-se, pois, que o art. 8º da Lei n. 4.591/1964 fora estabelecido no intuito de regular fenômeno social-urbano totalmente distinto para o qual se serve atualmente. O citado artigo fora redigido no claro objetivo de assegurar as construções de vilas e pequenos bolsões urbanos fechados (notadamente, vilas de operários e casas geminadas).

Portanto, em alusão aos loteamentos “disfarçados” de condomínios, Arnaldo Rizzardo (2012, p. 46-47) preceitua ser de fundamental importância sua regulação pelo Município, para que não seja o instituto utilizado como forma de burlar a Lei de Parcelamento do Solo Urbano, pois, o art. 8º da Lei Federal n. 4.591/1964 se trata de permissão demasiadamente genérica para a implantação de condomínios fechados, sendo, pois, insuficiente para a legalidade e legitimidade do instituto.

Como dito alhures, em interpretação histórica da regra, a Lei n. 4.591/1964 não se tratava à regulação estes empreendimentos, obviamente, por inexistência, à época, destes condomínios de casas, que comportam extensas áreas, por vezes, com grandes parques, ruas, quadras, áreas de lazer, ampla gama de serviços, compondo, alguns, grandes lagos e até mesmo extensos campos de golfe.

Conquanto, de acordo com José Afonso da Silva (2008, p. 352), o regramento disposto no art. 8º da Lei Federal nº 4.591/1964 surgiu para propósito totalmente distinto, segundo o autor, a intenção da norma era:

[...] possibilitar o aproveitamento de áreas de dimensão reduzida no interior de quadras, que, sem arruamento, permitam a construção de conjuntos de edificações, em forma de vilas, sob regime condominial. [...] Quando, no entanto, a situação extrapola desses limites, para atingir o parcelamento de gleba com verdadeiro arruamento e posterior divisão da quadra em lotes, como aproveitamentos das vias de circulação preexistentes, então aquele dispositivo não pode mais constituir fundamento do aproveitamento espacial, que hão de reger-se pelas leis federais sobre loteamento e pelas lei municipais sobre a matéria urbanística, aplicáveis a esse tipo de urbanização.

Por esta causa, Arnaldo Rizzardo (2012, p. 46) resguarda que é fundamental que estes empreendimentos sejam objetos de prévia e exata regulação municipal. Neste sentido, prediz o autor que,

[...] é inconcebível que se mascarem verdadeiros loteamentos em condomínios, ou seja, que se construam extensos condomínios, com vias internas e uma vida autônoma, equipamentos urbanos próprios de uma cidade, vida comercial e até

escolas, ficando tudo ao arredio da administração municipal. Devem existir limites no tamanho da área, de modo a não se utilizar esta modalidade de ocupação do solo urbano como um expediente ou uma saída para o descumprimento da legislação municipal, máxime o que diz com o Plano Diretor.

Preocupa-se, portanto, principalmente, com o tamanho destes empreendimentos:

[...] Existem condomínios com extensa área, com que formando ilhas dentro da zona urbana dos municípios. Unicamente as pessoas proprietárias e aquelas autorizadas têm o acesso ao ingresso. As vias de circulação, o sistema de água e esgoto, a rede de energia elétrica e tantas outras áreas comuns e equipamentos para o uso de todos amoldam-se aos interesses do condomínio, nem sempre obedecendo aos padrões normais e aos preceitos da técnica.

Visando a uma disciplina mormente quanto à extensão da área máximo que formará o condomínio, os Estados e mesmo inúmeros municípios, mediante leis estaduais ou municipais, estabelecem o máximo de área a ser utilizada no condomínio. Impede-se que as pessoas decidam o tamanho do imóvel. (RIZZARDO, 2012, p. 47)

Nisto, assevera-se que não é bastante para a legalidade e segurança jurídica dos condomínios fechados a fundamentação nos permissivos amplos das legislações federais, principalmente, para os empreendimentos que transpõem a finalidade para qual está disposta a regra do art. 8º da Lei n. 4.591/1964.

Assim, a regulação urbanística promovida pelo município é fundamental para que a cidade não se transforme num conjunto de condomínios, ou se enverede em processo de “feudalização” do espaço urbano.

Por isso, muitos municípios no país já possuem ordenamentos próprios que tratam da temática. À guisa de exemplo, a Lei Municipal nº 4.933/2000 (alterada pela Lei nº 7.310/2011) do município de Divinópolis, Estado de Minas Gerais, disciplina quanto à extensão dos condomínio fechado que,

Art. 2º A área ou gleba a que se refere o §1º do Art. 1º, torna-se indivisa e deverá atender às seguintes condições:

I - possuir área igual ou inferior a 300.000,00 m<sup>2</sup> (trezentos mil metros quadrados);

II - não impedir a continuidade do sistema viário público existente ou projetado;

III- não estar situado em locais previstos no art. 3º, da Lei 2.429.

Parágrafo único. A gleba que possuir área superior a 300.000,00 m<sup>2</sup> (trezentos mil metros quadrados) e que apresentar característica de confinamento por obstáculos físicos, poderá ser objeto de implantação do Condomínio Horizontal Fechado, previsto no caput do art 1.º desta lei, desde que tenha anuência conjunta da Comissão de Uso a Ocupação do Solo e da Fundação Municipal do Meio Ambiente.

Determina a mesma Lei extenso rol de requisitos urbanísticos, além de percentuais mínimos para espaços de uso público, em claro intuito de não se permitir que o mercado

imobiliário, ao atender as demandas do consumo, retire da cidade a possibilidade de novos espaços públicos:

Art. 4º Da área total objeto do condomínio, de que trata a presente Lei, no mínimo 15% (quinze por cento), será destinado a áreas para uso público, assim distribuídas:  
I - 5% (cinco por cento) da gleba total, será destinado a área institucional;  
II - 10% (dez por cento) da gleba total, será destinado a área verde ou de preservação permanente.

§ 1º A área institucional, a que se refere o inc. I, do art. 4º, deverá localizar-se fora dos limites da área condominial, podendo ser contígua ou não ao condomínio, cuja localização será previamente aprovada pela Prefeitura.

§ 2º As formas de manutenção e preservação da área verde, serão definidas pela Fundação Municipal do Meio-Ambiente.

Tratam-se, pois, de compensações fundamentais para a legitimidade dos condomínios fechados (o que também se aplica, de forma mais contundente, aos loteamentos especiais).

Porém, em sentido contrário, preceitua acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim ementado:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR Nº 246/05 QUE OBJETIVA A ALTERAÇÃO DA LEI Nº 2.452/78, QUE DISCIPLINA O USO DO SOLO PARA PROTEÇÃO DE MANANCIAS, CURSOS E RESERVATÓRIOS DE ÁGUA E DEMAIS RECURSOS HÍDRICOS DE INTERESSE DO MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL. ART. 36 E CAPÍTULO VIII. "LOTEAMENTO FECHADO". POSSIBILIDADE DE INSTALAÇÃO DE CANCELAS OU CERCAS A ISOLAR LOTEAMENTOS. DISTINÇÃO ENTRE LOTEAMENTO FECHADO E CONDOMÍNIO EDILÍCIO. LEIS FEDERAIS NºS 6.766/79 E 4.591/64. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA CATALOGADAS.

- Loteamento Fechado como nova espécie de loteamento, produto híbrido resultante do "cruzamento" do condomínio edilício (horizontal) do art. 8º da Lei nº 4.591/64, com o parcelamento regulado pela Lei nº 6.766/79, face à alteração introduzida pela Lei nº 9.785/99. - Art. 36 da Lei Complementar - **Inexiste na lei nº 4.591/64 (que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias) qualquer menção acerca de doação de parcela da propriedade para fins de instituição de espaços públicos.** ACÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. (TJ/RS. Órgão Especial. Adi. nº 70014703193. Rel. Des. Luiz Felipe Silveira Difini. Dj. 02 out. 2006, grifos nossos)

Vê-se que o acórdão do Tribunal do Rio Grande do Sul diz respeito a lei municipal que suplementou, quanto aos preceitos do Direito Urbanístico, o permissivo legal do art. 8º da Lei n. 4.591/64, dispondo sobre compensações urbanísticas fundamentais para a conformação do condomínio no planejamento urbanístico da cidade, portanto, de modo bem semelhante ao exemplo dado da Lei municipal do Município de Divinópolis. Nisto, conclui-se que o Tribunal, neste caso, errou por não vislumbrar que estes condomínios fechados extrapolam o permissivo restrito contido na Lei n. 4.591/64, assim, em que pese não haver exigências na Lei dos Condomínios Edilícios, nem no Código Civil, quanto a reserva de espaços públicos,

não se pode tutelar que por meio de condomínios se parcele o solo urbano, sem o cumprimento de preceitos urbanísticos indispensáveis à construção de cidades sustentáveis, estando, por isso, o instituto na órbita legislativa do ente público municipal, na tutela do interesse local.

Tanto que, na maior parte das legislações municipais conceitua-se estes condomínios horizontais fechados como “condomínios urbanísticos”<sup>46</sup>, evidenciando estes empreendimentos como instrumentos que devem se adequar ao devido planejamento urbano municipal; mesma nomenclatura utiliza o Projeto de Lei nº 3.057/2000, da Câmara dos Deputados Federais, que revogaria a atual Lei de Parcelamento do Solo Urbano.

O projeto conceitua que condomínio urbanístico constituiria “[...] na divisão de imóvel em unidades autônomas destinadas à edificação, às quais correspondem frações ideais das áreas de uso comum dos condôminos, admitida a abertura de vias de domínio privado e vedada a de logradouros públicos internamente ao seu perímetro”. E, de forma semelhante ao que vem preceituando as normas municipais em todo país, determina percentual mínimo às áreas destinadas como bens públicos afetados ao uso comum ou especial, como forma de contrapartida pelas áreas particulares ou pelo fechamento do loteamento:

Art. 8º O percentual de áreas destinadas a uso público nos loteamentos, excluído o sistema viário, deve ser de, no mínimo, 15% (quinze por cento), observada a proporcionalidade prevista no inciso II do *caput* do art. 7º.

[...]

§ 4º As áreas destinadas a uso público em condomínio urbanístico, exigidas nos termos de lei municipal, devem estar situadas externamente ao perímetro com acesso controlado ou em outro local da área urbana.

Contudo, conforme preceitua Eber Zoehler Santa Helena (2007, p. 18), “O condomínio urbanístico, decorrente do parcelamento do terreno e sua manutenção isolada do contexto urbano circunvizinho, é uma realidade a ser normatizada.”. Disto, conclui-se que é de suma importância sua regulação por norma federal, a fim de afastar interpretações diversas sobre a possibilidade jurídica destes empreendimentos, precipuamente, quanto à competência do ente municipal em legislar sobre o tema. Eber Zoehler Santa Helena, portanto, ressalta que

<sup>46</sup> Assim, por exemplo, utiliza a Lei Municipal Complementar nº 375/2007, do Município de Uberaba, Minas Gerais, que prevê:

Art. 14 - Para a expedição das diretrizes urbanísticas deverão ser consultados os órgãos ou entidades municipais responsáveis pelos seguintes setores:

[...] § 2º - Para a expedição de diretrizes para loteamento fechado ou *condomínio urbanístico*, será analisado o impacto urbanístico ambiental e viário que possa vir a causar sobre a estrutura urbana.

Art. 15 - A resposta à solicitação de diretrizes urbanísticas, quando admitida a viabilidade do parcelamento ou *condomínio urbanístico*, deverá conter as orientações para adequar o respectivo parcelamento às legislações urbanísticas e ambientais pertinentes. (grifos nossos)

A urgente posituação dessa modalidade de parcelamento do solo urbano é necessidade irretorquível,  *todavia, deve vir acompanhada de disciplinamento restritivo de cunho urbanístico e ambiental que a impeça de ser mais um fator de desagregação do já tão esgarçado tecido social urbano brasileiro*. Ademais, carece a fixação precisa das relações internas do condomínio urbanístico, que, por sua natureza peculiar, exige algo mais do que mera remissão às regras do condomínio edilício. (HELENA, 2007, p. 18, grifos nossos)

Neste mesmo sentido, Lêda Virgínia Aguiar de Carvalho Granja (2006) assevera que,

Sob a ótica do urbanismo, não se pode negar, porém, que a existência de outras formas de parcelamento do solo, como os denominados “condomínios urbanísticos”, pode ser interessante para o desenvolvimento urbano das cidades. Tais condomínios reuniram dimensão civil, no aspecto das relações comerciais, e outra urbanística, quanto aos locais para sua utilização, dimensão a ser permitida e diretrizes de uso e ocupação [...]. (GRANJA, 2006, p. 350)

Por fim, em linhas conceituais sobre o condomínio horizontal fechado, estritamente no que tange à possibilidade elencada pela Lei n. 4.591/1964, portanto, sem elencar a realidade dos condomínios urbanísticos, Caio Mario Pereira da Silva preceitua que este tem por princípio jurídico dominante o mesmo do edifício urbano “[...] Cada titular é o dono de sua unidade e, como se lhe reserva um terreno à utilização exclusiva, pode cercá-lo ou fechá-lo, observando o tipo de tapume previsto na convenção”. Sendo vedado à unidade autônoma separar-se do conjunto condominial, da fração ideal que lhe corresponde no condomínio, bem como, “[...] apropriar-se das partes de uso comum ou embaraçar sua utilização pelos demais” (SILVA, 1995, p. 70-72).

Portanto, importante frisar que, ao contrário dos loteamentos especiais, as áreas comuns são partes integrantes do condomínio, conseqüentemente, propriedade privada dos comunheiros.

Neste sentido, assevera Arnaldo Rizzardo (2012, p. 45) que “[...] tudo o que integra o condomínio é de propriedade exclusiva dos condôminos, que não têm a obrigação legal de trasladar os espaços internos comuns ao Município, quando da aprovação e do registro do empreendimento”. Sendo, pois, o mesmo entendimento preceituado no julgamento de apelação cível, de relatoria do Des. Alzir Felipe Schmitz, que em seu voto assim dispôs que “[...] as áreas condominiais não são logradouros públicos, tudo o que integra o condomínio é de propriedade exclusiva dos condôminos - que não têm a obrigação legal de trasladar os espaços internos comuns ao Município, [...] e se submetem às regras estipuladas pela Lei 4.591/64.” (TJ/RS. Ap. n° 70014881767. Des. Rel. Alzir Felipe Schmitz. Dj. 29 abr. 2008)

Esta distinção constitui a principal diferença do condomínio de casas quanto ao loteamento especial / fechado, bem como, no fato paralelo, de características semelhantes, mas de formatações totalmente distintas, que se trata do fechamento de bairros já integrados à cidade.

### 4.3 O loteamento especial

O loteamento especial é amplamente denominado de loteamento fechado e se trata da formatação de loteamento convencional em ambiente fechado, autorizado pela Administração Pública municipal, mediante prévias diretrizes dispostas em lei municipal que regule as dimensões urbanísticas, ambientais e administrativas que dizem respeito a esses empreendimentos fechados. Segundo Elvino Silva Filho (1984, p. 12),

*O loteamento fechado* consiste na subdivisão de uma gleba em lotes destinados a edificação ou formação de sítios de recreio, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos, devendo ser essa gleba cercada ou murada em todo o seu perímetro de modo a manter sob controle o acesso aos lotes.

Atente-se, antes de mais nada, a que loteamento fechado é um loteamento comum, aprovado o projeto pela Prefeitura Municipal, conseqüentemente devendo ser registrado no Registro de Imóveis, em cumprimento aos requisitos previstos na Lei 6.766, de 19.12.79. (grifos do autor)

Anote-se, portanto, que não há, na legislação federal vigente, a disposição desta modalidade de parcelamento do solo.

O loteamento especial é criado em sua origem nos ditames da Lei de Parcelamento do Solo Urbano; e, em momento posterior ou concomitante à construção do loteamento (porquanto, desde o início do empreendimento, antes das vendas das unidades loteadas), a Administração destina os bens públicos provenientes do loteamento a uso exclusivo dos moradores do empreendimento, mediante concessão ou permissão de uso, baseando-se para o ato em lei municipal que institua todo o regramento urbanístico específico para que seja juridicamente possível os loteamentos fechados, em modalidade especial.

Portanto, o loteamento, ora convencional, transforma-se, por estes atos, fundados em lei municipal, em espécie anômala de “condomínio” fechado, aspas necessária, porque, a rigor, o loteamento especial não se apresenta como condomínio, mas, utilizando-se de expressão empregada por Elvino Silva Filho, tratar-se-ia de uma comunhão de interesses nos serviços comuns (SILVA, 1984, p. 18).

Portanto, o instituto se conjuga de características tanto do loteamento convencional quanto dos condomínios fechados, constituindo-se em natureza híbrida. Neste sentido, colaciona julgamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, em apelação à sentença proferida em sede de suscitação de dúvida, assim decidiu:

Não se vislumbra, em tese, óbice ao loteamento fechado, desde que obedecidas as exigências da legislação – leis nºs 4.591/64 e lei 6.766/79. Criação *híbrida aceita pela doutrina e jurisprudência*. Impossibilidade, assim, de instituir condomínio de lotes, em desobediência às restrições da legislação ambiental e federal que estabelecem a reserva de espaços públicos. (TJ/RS. Ap. cível nº 70020348199. Des. Rel. José Aquino Flores de Camargo. Dj. 21 nov. 2007, grifos nossos)

Em precedente semelhante, O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ratifica a possibilidade jurídica dos loteamentos especiais, desde que se insiram dentro do devido ordenamento municipal:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LOTEAMENTO REGULAR AÇÃO PROPOSTA COM INTUITO DE COIBIR A DISSEMINAÇÃO DOS “LOTEAMENTOS FECHADOS” EM ATIBAIA PEDIDO DE EXTINÇÃO DA “ASSOCIAÇÃO AMIGOS DO REFÚGIO” PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E DECRETOS MUNICIPAIS QUE REGULAM A MATÉRIA AÇÃO AFASTADA, POR EXTINÇÃO E IMPROCEDÊNCIA - SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO

*Nos termos do art. 30, I e VIII, da Constituição Federal, cabe ao Município legislar sobre assuntos de interesse local bem como promover, no que couber, o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.* (TJ/SP. Ap. nº 0003890-17.2011.8.26.0048 Atibaia. 11ª Câmara de Direito Público. Rel. Des. Luís Ganzerla. Dje. 22 jan. 2013, grifos do original)

O loteamento especial teria como principal vantagem, pelo menos no que diz respeito a benefícios mercadológicos, a possibilidade de se comercializar a venda de lotes em ambiente urbano fechado, de uso restrito dos moradores, semelhante ao condomínio fechado. Sem, contudo, os vieses relativos à ilegitimidade do Município em legislar sobre questões atinentes a condomínio civil, alegada por parte da doutrina. Bem como, escapar-se-ia da vedação legal que impede que os condomínios se instituem sem a construção das casas ou dos prédios, de forma que se exige, nos condomínios fechados, ao menos o projeto das edificações do que se instituirá nas unidades autônomas.

Trata-se, portanto, primeiramente, de um instituto criado, tendo por causa principal a insegurança pública das cidades brasileiras. Neste sentido, afirmam Denio Dutra Barbosa e Carlos Souza Pimenta (2010, p. 13) que a motivação ao fechamento dos loteamentos é “a notória deficiência do Poder Público na prestação dos serviços que lhe incumbem,

especialmente no campo da segurança pública”. Assim, o mercado apresenta o loteamento especial, precipuamente, como solução à insegurança pública.

O loteamento especial, então, é dotado de extensa gama de serviços, dentre os quais se destaca, como principal fator do sucesso do empreendimento (tanto dos loteamentos especiais, quanto dos condomínios fechados) a maior segurança aos seus moradores, pois, em todos estes empreendimentos, desde o mais simples ao mais luxuoso, há sempre a formatação para que se potencialize a segurança privada dos moradores. Para tanto, o loteamento é fechado por muros ou cercas, vigiados por seguranças privados, guaritas e cancelas para o controle do acesso.

Como preceituado em relação aos condomínios fechados que extrapolam a *mens legis* do art. 8º da Lei n. 4591/1964, os loteamentos especiais só poderão existir na cidade se previamente forem regulados em legislação municipal.

Legislação municipal que necessariamente deverá obedecer ao regramento geral da Lei de Parcelamento do Solo Urbano, compatibilizando, no que couber, com o ordenamento da Lei n. 4.591/1964, mormente, quanto a regulação da vida comunitária dos espaços públicos outorgados a uso exclusivo dos moradores, portanto, sem que se infira no absurdo de se admitir copropriedade de bens públicos.

Como dito alhures, fato é que, devido a crescente insegurança pública, o loteamento especial tem sido o desenlace apresentado pelo mercado como a solução privada à questão da criminalidade, e se apresenta prontamente na realidade das cidades brasileiras, desde os anos da década de 1980.

Conquanto, percebe-se não ser esta a única razão pela qual estes empreendimentos se socorrem à municipalidade, urgindo por suas aprovações. Da análise deste fenômeno social, preceitua-se que decorre, de fato, novo produto mercadológico que imprime um novo “conceito de moradia” – a vida urbana dentro de muros – que articula cinco elementos básicos que tornam os loteamentos fechados tão desejados (o que se aplica, também, aos condomínios fechados): segurança, isolamento, homogeneidade social, equipamentos e serviços (CALDEIRA, 2011).

Deste modo, estes empreendimentos fechados, segundo Tereza Pires do Rio Caldeira “[...] não só oferecem proteção contra o crime, mas também criam espaços [...] (que) asseguram ‘o direito de não ser incomodado’, provavelmente uma alusão à vida na cidade e aos encontros nas ruas com pessoas de outros grupos sociais, mendigos e sem-teto” (CALDEIRA, 2011, p. 264).

Hely Lopes Meirelles (2006, p. 561) identifica, também, que os loteamentos especiais “[...] estão surgindo, principalmente nos arredores das grandes cidades, visando a descongestionar as metrópoles. Para esses loteamentos não há, ainda, legislação superior específica que oriente sua formação, mas nada impede que os Municípios editem normas urbanísticas locais [...]”.

Portanto, quando se está a falar de loteamento especial é importante delimitar que se disserta sobre realidade urbana que se apresenta em muitos outros lugares do globo. Nos Estados Unidos, encontra-se o exemplo embrionário que desde as décadas de 1950 e 1960 são conhecidos como *edge cities*<sup>47</sup>, e apresentam-se na Grã Bretanha pelo nome de *gated community*, e, nos países da América latina, como *barrios cerrados*. No Brasil, o modelo que mais se aproxima desse conceito é o loteamento especial, sendo pioneiro o *Alphaville*, construído na década de 1980, no estado de São Paulo, que apresenta em torno dele áreas concentradas de lojas de conveniência, escolas, hospitais, prédios com salas para escritórios e um amplo sistema de segurança. Segundo Joel Garreau, estes empreendimentos são,

[...] uma solução urbanística dos tempos modernos. As *edge cities* ocupam áreas gigantescas, do tamanho de cidades de médio porte e têm, inclusive, a mesma função de uma cidade, com residências, comércio, prédios de escritório e serviços. O que elas têm em comum é que ficam no entorno das grandes metrópoles. São terrenos de 500.000 metros quadrados ocupados por prédios de escritórios para profissionais liberais, mais 60.000 metros quadrados tomados por *shopping centers* e lojas de conveniência [...].<sup>48</sup>

Contudo, para se efetivarem, pela legislação brasileira, deverão ser previamente regulados por legislação municipal específica, que, por sua vez, deve se conformar dentro da formatação apresentada pela Lei nº 6.766/1979 ao loteamento convencional; portanto, é necessário que o empreendimento, determine-se dentro da conjuntura da cidade, o que enseja não descumprir os ditames da ordem urbanística constitucional<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Cf. GARREAU, Joel. *Edge city: life on the new frontier*. New York: Anchor Books. 1991.

<sup>48</sup> É importante salientar que este modelo de parcelamento e ocupação do solo urbano sofre, atualmente, sérios problemas nos Estados Unidos, pois após a crise mundial de 2008/2009, desencadeada pela crise imobiliária daquele país, as *edge cities* tornaram-se dispendiosas demais, por estarem, na maioria dos casos longe dos centros urbanos, seus moradores não foram capazes de manter os custos das viagens ao trabalho, nem a manutenção de suas extensas áreas comunitárias, bem como, das vias internas do condomínio fechado. Assim constatou Silas Martí, quando do pedido de concordata da cidade de Detroit que: “Casos como o pedido de concordata de Detroit, arruinada pela crise econômica, sinalizam a decadência dos subúrbios como modelo urbanístico nos Estados Unidos. Em contraponto, a reocupação dos centros das grandes cidades atesta o renascimento das metrópoles como símbolo de um urbanismo mais espontâneo.” (Cf: MARTÍ, Silas. O pesadelo americano. *Folha de São Paulo*. Caderno Ilustríssima. São Paulo, 29 jun. 2013).

<sup>49</sup> Mesmo entendimento preleciona Hely Lopes Meirelles (2006, p. 561): “[...] tais são os denominados ‘loteamentos fechados’, ‘loteamentos integrados’, ‘loteamentos em condomínio’, com ingresso só permitido aos moradores e pessoas por eles autorizadas e com equipamentos e serviços urbanos próprios, para

Portanto, não pode o loteamento especial privar a cidade de novos espaços públicos, bem como, não deve se tornar em estorvo urbano, inviabilizando, portanto, a mobilidade urbana, firmando-se como verdadeiras ilhas na malha viária da cidade.

Neste mesmo entendimento é o voto do Des. José Santana, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, segundo o qual,

[...] tanto no regime do antigo Decreto-Lei nº 58, como no sistema instituído pela Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, era e é requisito urbanístico obrigatório atendimento a destinação de parte da área loteada para sistemas de circulação, implantação de equipamento urbano e comunitário, e ainda para espaços livres de uso público, como é o caso presente. As áreas destinadas pelo loteador, por força de lei, para o cumprimento desses fins são, evidentemente, áreas institucionais seja qual for o título dado no projeto. (TJ/SP. Órgão Especial. Incidente de Inconstitucionalidade nº 174.906-0/0-00. Des. Rel. José Santana. Dj. 29 abr. 2009)

Portanto, o loteamento especial por se basear, fundamentalmente, em construção doutrinária, ratificada pela ampla jurisprudência dos Tribunais, e em legislação municipal específica, tratando-se, pois, como uma combinação de regras da Lei de Parcelamento do Solo Urbano, assemelhando-se, quanto à vida comunitária, ao regramento do condomínio fechado, resulta-se ilegal se não se destina, no empreendimento, de algum modo, áreas de uso comum, espaços comunitários, de lazer e institucionais, fora do loteamento do perímetro fechado.

Porque a lei municipal que instituir estes loteamentos deve estar em harmonia com o regramento da Lei Federal n. 6.766/1979, que determina o mínimo de 35% da área parcelada em bens públicos destinados ao uso comum e institucional. Assim, defere-se do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, no voto supracitado (SÃO PAULO, 2009) que:

O objetivo da norma constitucional [aqui se refere ao supracitado art. 180 da Constituição do Estado de São Paulo] é proteger o patrimônio comunitário, *colocando-o a salvo dos interesses diversos dos administradores públicos*: as áreas institucionais 'constituem um patrimônio social comunitário, um acervo colocado à disposição de todos. Nesse sentido, a desafetação desse patrimônio prejudicaria toda uma comunidade de pessoas, indeterminadas e indefinidas, diminuindo a qualidade de vida do grupo.

Por isso, urge-se que tais loteamentos se constituam dentro do regramento disposto, primeiro, na Lei n. 6.766/1979, segundo, no Plano Diretor municipal, e, terceiro, dentro do

---

autossuficiência da comunidade. Essas modalidades merecem prosperar.

Todavia, impõe-se um regramento legal prévio para disciplinar o sistema de vias internas (que em tais casos não são bens públicos de uso comum ao povo) e os encargos de segurança, higiene e conservação das áreas comuns e dos equipamentos de uso coletivo dos moradores, que tanto podem ficar com a Prefeitura como com os dirigentes do núcleo, mediante convenção contratual e remuneração dos serviços por preço ou taxa, conforme o caso".

que lei específica determinar, momento em que se possibilita a formatação do loteamento em modalidade especial. Neste sentido, por exemplo, determina a Lei municipal n.º 5.250/2003, do município de Governador Valadares, requisitos e diretrizes bem determinadas para a viabilidade jurídica do loteamento em ambiente fechado, segundo determina a lei:

[...] Art. 2º - O loteamento fechado poderá ser feito mediante loteamento e desmembramento, obedecendo aos dispostos nas Leis Federal n.º 6766/79 e n.º 9.785/99 e das demais exigências das legislações estaduais e municipais.

Art. 3º - As vias de circulação que serão objeto de permissão de uso deverão ser definidas por ocasião da *aprovação do loteamento*.

Art. 4º - *As áreas destinadas a fins institucionais e verdes, nos termos previstos na Lei de Parcelamento do Solo Urbano vigente no Município, deverão estar situadas externamente e contígua ao loteamento fechado.*

Parágrafo Único - *A área referente ao lazer exclusivo do loteamento fechado não poderá ser considerada no percentual de áreas públicas previsto em Lei.*

[...]

Art. 10 - A área máxima do loteamento fechado dependerá de considerações urbanísticas, viárias, ambientais, e do impacto que possa ter sobre a estrutura urbana, sempre dentro das diretrizes estabelecidas pelo Plano Diretor.

§ 1º - As diretrizes urbanísticas definirão um sistema viário de contorno às áreas fechadas.

§ 2º - Quando as diretrizes viárias definidas pela Prefeitura Municipal de Governador Valadares seccionarem a gleba objeto de projeto de loteamento fechado, deverão essas vias estar liberadas para o tráfego, sendo que as porções remanescente poderão ser fechadas.

§ 3º - *A implantação do loteamento fechado não poderá interromper o sistema viário existente.*

§ 4º - As despesas do fechamento do loteamento, bem como toda a sinalização que vier a ser necessária em virtude de sua implantação, serão de responsabilidade do(s) interessado(s) em promover o loteamento fechado.

§ 5º - *Quando da descaracterização do loteamento fechado com abertura ao uso público das vias de circulação, as mesmas passarão a integrar normalmente o sistema viário do Município, bem como as benfeitorias nelas executadas, sem qualquer ônus, sendo que a responsabilidade pela retirada do muro de fechamento e pelos encargos decorrentes será do(s) interessado(s) em promover o loteamento fechado ou da Associação dos Proprietários. (GOVERNADOR VALADARES, 2003, grifos nossos)*

Não havendo devido regramento municipal específico é imperioso admitir que não é possível permitir estes empreendimentos fechados ao uso exclusivo de particulares. Neste sentido, José Afonso da Silva (2008, p. 317) afirma que,

[...] os tais “loteamentos fechados” juridicamente não existem; não há legislação que os ampare, *constituem uma distorção e uma deformação de duas instituições jurídicas*: do aproveitamento condominial de espaço e do loteamento ou do

desmembramento. É mais uma técnica de especulação imobiliária, sem as limitações, as obrigações e os ônus que o Direito Urbanístico impõe aos arruadores e loteadores do solo.

Consoante ao que se disse alhures, José Afonso da Silva conclui que, por estas razões, para a viabilidade jurídica dos loteamentos especiais/fechados,

[...] as Prefeituras deverão procurar regular a matéria em suas leis urbanísticas, de modo a evitar problemas futuros, submetendo esse tipo de aproveitamento de espaço, para fins habitacionais e outros de natureza urbana, a controle de direito público, ainda quando certas relações entre os adquirentes de lotes na área se rejam por normas de direito condominial, conforme o permitir a legislação federal pertinente, que, nos limites em que vem sendo utilizado o chamado “loteamento fechado”, não há de ser o art. 8º da Lei 4.591/1964 [...] (SILVA, 2008, p. 355)

Sendo necessário, conforme já se alertou, que se institua na lei municipal ordenações quanto as compensações urbanísticas pelo enclausuramento de determinados espaços públicos do loteamento (e, aqui se aplica ao que já se dissertou quanto aos condomínios que extrapolam ao que está disposto no art. 8º da Lei n. 4.591/1964), bem como, pelo uso, preferencialmente, oneroso dos bens públicos fechados a uso exclusivo dos moradores, pois estes usufruem dos bens públicos do loteamento de forma exclusiva, portanto, dissonante ao uso principal ao qual estão afetados estas espécies de bens públicos.

No loteamento especial, na maior parte dos empreendimentos, o uso dos bens públicos fica destinado à exclusividade de determinada Associação de Moradores, constituída diretamente para a administração da área encerrada, concedida ou permitida pela Administração. Assim, Marcelo Jensen expõe que:

A diferenciação básica do “loteamento fechado” está relacionada com utilização das vias de circulação e logradouros públicos apenas aos proprietários de lotes, assegurada mediante permissão ou concessão de uso. Em substituição à figura do condomínio, quando responsável por gerir as coisas comuns, tem-se constituído por uma associação de moradores (JENSEN, 2012).

Portanto, em vista da viabilidade dos loteamentos fechados em relação ao planejamento urbano da cidade, é necessário que o uso privativo dos bens públicos, outorgado a Associação dos Moradores, seja dado pelo ato administrativo da Permissão de Uso, sem prazo determinado. Pois, por se tratar de termo precário, unilateral, a Administração poderá revogá-lo, a qualquer instante, quando imperioso for o interesse público, sem que, a princípio, tenha que indenizar particulares (conforme se dissertou no item 3.3.1.2)<sup>50</sup>.

<sup>50</sup> Em sentido inverso, preceitua Luis Manuel Fonseca Pires: “O meio que nos parece mais adequado para

Neste mesmo entendimento, dispõe a Lei municipal n.º 5.250/2003, que regula a instituição dos loteamentos especiais/fechados no território urbano do município de Governador Valadares / MG, no art. 5.º, que “[...] As vias de circulação, definidas por ocasião da aprovação do loteamento, serão objetos de permissão de uso por tempo indeterminado, podendo ser revogada a qualquer momento [...], se houver necessidade devidamente comprovada, e sem implicar em ressarcimento.”.

Será necessário o prévio procedimento de licitação se, para a outorga da permissão de uso dos bens públicos do loteamento, existirem concorrentes interessados pela administração da área enclausurada. A realização de licitação no caso tem por objetivo justamente encontrar a melhor proposta para a Administração Pública Municipal<sup>51</sup>.

Atenta-se, por ora, que a instituição do loteamento especial é, do ponto de vista urbanístico, menos perturbadora do que os condomínios fechados, mormente, quando exorbitam o permissivo do art. 8º da Lei 4.591/1964.

Pois, o ente público deterá maior controle do planejamento da cidade, principalmente do crescimento desta, porque, sendo os condomínios fechados propriedades privadas, não será possível que o ente público imponha a abertura do empreendimento a fim de que este integre-se à cidade, senão por meio da desapropriação. Conquanto, não é solução restringi-los às bordas de expansão da cidade, pois, mesmo quando estes condomínios são construídos nestas áreas, é natural que com o tempo a cidade encontre estes grandes empreendimentos.

Por isso, se afirma que se se tratar de loteamento especial a Administração deterá maior controle do espaço urbano, pois, poderá revogar o ato de Permissão de uso, integrando o outrora loteamento fechado, dentro da formatação do que a cidade exige. Neste mesmo entendimento, preceitua Guilherme Wagner Ribeiro (2008, p. 57),

Os loteamentos com acesso restrito apresentam uma vantagem sobre os condomínios. Diante da expansão das cidades, a integração a malha viária dos loteamentos fechados (ou com acesso restrito) dependerá tão somente da revogação da lei municipal que os autorizou, enquanto que, no caso dos condomínios, dependerá da desapropriação.

---

conferir o uso privativo de bens públicos em se tratando de loteamentos que pretendam ser fechados é a concessão de uso, pois não é ato administrativo (logo, ato unilateral), e sim contrato. Quer-se com isso dizer que há estabilidade na transferência do direito de uso, não pode a Administração Pública resolver com a mesma facilidade como ocorreria com a permissão de uso. Por ser concessão de uso [...] a solução do pacto depende de superveniente interesse público reconhecido em lei (em sentido estrito), e ainda assim mediante prévia indenização.” (PIRES, 2006, p. 91).

<sup>51</sup> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Improbidade administrativa. Ocorrência. Concessão de direito real de uso de imóvel público sem procedimento licitatório. Inadmissibilidade. Caracterizado o ato ímprobo a justificar sanções segundo o art. 12 Lei nº 8.429, de 1992. Precedentes. Recursos oficial e voluntário providos, em parte. (TJ/SP. AC nº 0.005.274-54.2008.8.26.0360. Rel. Des. Evaristo dos Santos. Dj. 25 fev. 2013)

É necessário, ainda, além do que se preceituou quanto as devidas compensações urbanísticas e ao uso remunerado dos bens públicos, asseverar que a destinação dos espaços públicos de loteamento a uso exclusivo dos seus moradores não pode permitir que o acesso a estranhos seja vedado, pois tal proposição estaria de encontro a liberdade constitucional de locomoção, bem como, contrária ao que se dissertou quanto a teoria dos bens públicos, pois não é possível que se outorgue uso privativo dissonante ao uso principal ao qual o bem público esteja afetado (vide item 3.3).

Neste caso, por exemplo, as ruas que estejam afetadas ao uso comum, desde o registro do loteamento, possuem como finalidade primeira o trânsito de pessoas e veículos. O que vedaria a outorga de uso exclusivo a particulares, por transviar totalmente o uso precípua ao qual o bem fora afetado.

Desta forma, os loteamentos especiais não podem restringir o acesso de pessoas e veículos, bem como destes estacionarem em suas ruas. Deve o ente público outorgar o uso privativo dos bens públicos, sem que se permita uso extraordinário destes, que não seria compatível com o uso afetado, tanto que para o uso extraordinário de bens públicos a doutrina preceitua que se dê por autorizações de uso, porquanto, de caráter temporário e precário.

Neste mesmo entender é o voto do Desembargador Luis Ganzerla, do Tribunal de Justiça de São Paulo, segundo o qual:

De fato, as estradas, vias e praças são bens de uso comum do povo, abertos à utilização pública e de uso coletivo.

Os chamados *loteamentos fechados*, por certo, impõem condição ao seu perímetro, como forma de controlar o acesso e a saída. Não se trata, porém, de negar o acesso, mas sim, condicioná-lo, mediante a identificação daqueles que pretendem ingressar. Trata-se de medida de segurança, a qual se impõe em diversas localidades e situações, ante a escalada desenfreada da violência em nosso país.

Não se está preterindo o direito de muitos pela segurança de poucos. Mediante simples identificação, sem maior constrangimento, qualquer cidadão pode adentrar aos muros dos loteamentos, mas preserva-se a segurança dos ali residentes. (TJ/SP. Ap. nº 0003890-17.2011.8.26.0048. Rel. Des. Luís Ganzerla. Dje. 22 jan. 2013).

É fundamental, para tanto, que o fechamento do loteamento se dê desde o início do empreendimento, no formato fechado. Porque é necessário que seja de conhecimento de todos que as despesas necessárias para a manutenção dos bens públicos de uso comum, outorgados pela Administração ao uso exclusivo dos moradores, serão rateadas por todos do loteamento especial, bem como, demais diretrizes que o ente público exija em contrapartida pela concessão ou permissão de uso, que estarão, seguramente, dispostas no contrato ou ato administrativo. Neste mesmo entendimento, Guilherme Wagner Ribeiro preceitua que,

Embora a jurisprudência admita o loteamento fechado e ele venha sendo adotado largamente com fulcro exclusivo na legislação municipal, *deve-se considerar que ele deve ser instituído desde a fase de aprovação do projeto de loteamento ou, pelo menos, antes da venda dos lotes. Não há base constitucional para exigir que o proprietário contribua com a associação de moradores*, se não existia essa regra no momento de compra do imóvel. (RIBEIRO, 2008, p. 56, grifos nossos)

Portanto, deverá o loteamento especial se constituir como fechado desde o início, não sendo possível que se permita que se fechem bairros já integrados à cidade, sem a devida adesão de todos os moradores ao fechamento. Pois é direito fundamental da pessoa humana a liberdade de associação (art. 5º, incisos XVII e XX, da CR/1988), assim, o loteamento especial, como já preceituado, *não se constitui de espécie de condomínio horizontal fechado* (defendidos por muitos como *condomínios de fato*), trata-se, por falta de nomenclatura mais técnica, de comunhão de interesses nos serviços comuns, autorizada pelo ente público municipal.

Destaca-se ser imprescindível, no loteamento especial, que algumas *restrições* se imponham ao direito de propriedade, de modo que “[...] *os proprietários desses lotes devem previamente conhecer e a elas se submeter*, pela circunstância de adquirir um lote de terreno em um loteamento fechado.” (SILVA, 1984, p. 20).

Para tanto, o empreendedor deverá registrar o loteamento especial na serventia extrajudicial, juntando para o ato os documentos que comprovem a autorização do fechamento do loteamento, além dos requisitos para o registro de qualquer loteamento convencional. Assim, Elvino Silva Filho (1984, p. 21), preleciona que:

O registro do loteamento fechado no Registro de Imóveis não difere do registro de qualquer loteamento.

A documentação e o procedimento são os mesmos previstos no cap. VI da Lei 6.766, de 19.12.79, com alguns acréscimos, exigíveis pela singularidade de ser *um loteamento fechado*.

Assim, juntamente com a "cópia do ato de aprovação do loteamento e comprovante do termo de verificação pela Prefeitura da execução das obras exigidas pela legislação municipal, que incluirão, no mínimo, a execução das vias de circulação do loteamento, demarcação dos lotes, quadras e logradouros e das obras de escoamento de águas pluviais ou da aprovação de um cronograma, [...]” (n. V do art. 18 da Lei 6.766/79), o oficial do Registro deverá exigir o *ato administrativo da Prefeitura Municipal de permissão ou de concessão de uso das vias, praças e espaços livres*, contendo todas as cláusulas impostas ou convencionadas entre o órgão público e o loteador.

Esse documento é imprescindível para que os adquirentes dos lotes no loteamento fechado tomem conhecimento das condições impostas pela Prefeitura Municipal no uso das vias, praças e espaços livres, que são do seu domínio.

No loteamento especial, torna-se imprescindível a publicidade das regras do uso dos bens públicos do loteamento, para tanto, não é bastante que se registre no Cartório de Títulos

e Documentos o estatuto da Associação dos Moradores que administrará o loteamento e o regulamento do uso dos espaços públicos.

É necessário que se estabeleça o regramento do loteamento especial quanto ao uso das áreas comuns, o que engloba regular sobre as despesas para a manutenção destas, bem como, dos gastos com os serviços de segurança, limpeza e salários dos funcionários; e, que se averbe na matrícula do loteamento, no Cartório de Registro de Imóveis.

Este regulamento do uso dos bens públicos se constitui semelhante à convenção de condomínio. Cabe salientar que se utiliza a convenção de condomínio por mera analogia, porque, como visto, no loteamento especial as áreas comuns são bens públicos, portanto, de propriedade do Município, mas que são outorgados a uso privativo dos moradores de determinado loteamento, que se realiza na modalidade especial.

Por esse motivo, não é a melhor prática cartorária o registro do regulamento do loteamento especial no Livro 3 (Registro Auxiliar), pois o art. 178, inciso III, da Lei dos Registros Públicos determina que sejam registrados neste livro as convenções de condomínio, o que não é a realidade dos loteamentos especiais.

Para tanto, ensina Elvino Silva Filho (1984, p. 16), registrador do 1º Ofício de Registro de Imóveis da comarca de Campinas, São Paulo, que:

A publicidade propiciada pelo registro de um contrato ou de uma convenção no Registro de Títulos e Documentos é extremamente relativa, principalmente quando esses Registros estão separados do Registro de Imóveis ou são vários Registros de Títulos e Documentos em uma comarca de grande porte ou movimento.

Assim, sem violentar a expressão "convenções de condomínio", prevista no n. III do art. 178 da Lei de Registros Públicos, pois no *loteamento fechado* inexistente condomínio, como já afirmamos diversas vezes, determinamos a juntada do regulamento de uso das vias e espaços livres no processo de loteamento fechado e efetuamos uma averbação na matrícula onde o loteamento foi registrado. Essa averbação, a nosso ver, encontra pleno apoio na expressão "outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro", constante da parte final do art. 246 da Lei de Registros Públicos.

Se o regulamento ou a convenção de uso das vias e espaços livres dos loteamentos fechados não chega a constituir ato que altere o registro do loteamento, ele é, indubitavelmente, ato que complementa seu registro e que, pela sua necessária e imprescindível publicidade, merece ser acolhido no Registro de Imóveis.

Valestan Milhomem da Costa discorda desta prática cartorária. Assevera-se que o regulamento do loteamento especial (denominado de regime do loteamento) deve ser registrado no Livro Auxiliar n. 3, porque, conforme o autor, a outorga do uso privativo dos bens públicos constitui direitos e deveres aos proprietários dos lotes. Assim, argumenta que,

[...] não sendo o caso de simples informação, extinção ou modificação de situação

jurídica existente na matrícula do imóvel, qualquer nova situação jurídica deverá nascer por ato de registro, independentemente de essa nova relação jurídica ter ou não repercussão nos direitos reais, como é o caso, v.g., da Convenção de Condomínio, que embora não tenha nenhuma relação com os direitos reais, sendo, na realidade, de natureza normativa, pois *constitui* direitos e deveres aos condôminos, deve ser registrada no Registro de Imóveis (Livro 3, Auxiliar) e, posteriormente, averbada na matrícula de todas as unidades autônomas, em atenção ao princípio da publicidade registral, com efeitos *erga omnes*.

Desta feita é inarredável que o regime de loteamento fechado (mediante a descentralização da administração dos bens e serviços públicos), que *constitui* direitos e deveres aos respectivos proprietários, deve, igualmente, ser registrado no Registro de Imóveis (Livro 3, Auxiliar) e, posteriormente, averbado na matrícula de todos os lotes, para a devida publicidade com efeitos *erga omnes*. (COSTA, 2008, 1357-1358)

Trata-se de entendimento consoante ao que se estipula a redação do enunciado nº. 89, da I Jornada de Direito Civil, do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal: “O disposto nos arts. 1.331 a 1.358 [Do Condomínio Edifício] do novo Código Civil aplica-se, *no que couber*, aos condomínios assemelhados, tais como *loteamentos fechados*, multipropriedade imobiliária clubes de campo.” (2012, p. 25, grifos nossos).

Contudo, conforme dissertado, não se deve confundir o uso privativo de bens públicos com as regras atinentes à administração de condomínios edifícios. Pois, reitera-se, os espaços públicos de loteamento especial são de propriedade do ente público.

As regras atinentes aos condomínios não se aplicam aos loteamentos especiais de forma cogente e obrigatória, sendo apenas utilizadas por analogia, quando couberem, para a solução de conflitos referentes à vida comunitária.

Valestan Milhomem da Costa ratifica a indispensabilidade da publicidade do regulamento do loteamento especial, no Cartório de Registro de Imóveis, para maior segurança jurídica do empreendimento:

Para que os loteamentos fechados se revistam da necessária segurança jurídica é imprescindível que se dê publicidade do seu regime no Registro de Imóveis, para onde deve acorrer todo fato jurídico que afete o imóvel e, conseqüentemente, as relações jurídicas atinentes a ele.

Contudo, a viabilidade e a necessidade do registro do regime de descentralização dos loteamentos fechados no Registro de Imóveis não significam, automaticamente, a sua operacionalização. Para que isso ocorra é necessário que todo o processo de descentralização esteja pautado na legalidade, sobretudo no que se refere ao contrato de permissão de uso, que deve fazer menção, inclusive, à realização e/ou dispensa da licitação, quando permitido, em razão do princípio da qualificação registral, que exige rigorosa aferição da legalidade dos títulos apresentados para registro, tanto nos aspectos intrínsecos como nos extrínsecos, a fim de preservar a necessária segurança jurídica dos negócios.

Tomados esses cuidados, não obstante a Lei dos Registros Públicos não contemplar, expressamente, esse registro, nenhum óbice pode haver ao registro da constituição do regime administrativo do loteamento fechado no Registro de Imóveis para sua publicidade, sob pena de desprestígio da boa-fé objetiva e conseqüente favorecimento da clandestinidade, gerando insegurança jurídica aos negócios

imobiliários envolvendo imóveis situados nesses núcleos habitacionais; campo fértil para infundáveis demandas judiciais. (COSTA, 2008, p. 1348)

Desta forma, havendo o devido registro imobiliário dos atos administrativos que autorizam o fechamento, da outorga a associação de moradores, juntamente com o regulamento do loteamento, é lícito que se imponha a manutenção do empreendimento a todos os moradores do loteamento especial, tanto no que diz respeito ao rateio das despesas quanto na perduração do loteamento na modalidade fechada.

Nisto, conclui-se que morador de loteamento especial, implementado nesta modalidade desde a construção e devidamente registrado (conforme se preceituou acima do entendimento dos registradores), tendo, portanto, anuído ao regulamento do loteamento, não pode em fato posterior, estando associado, voltar-se contra o fechamento do loteamento, em vista do rateio que se faz necessário para a manutenção do empreendimento. Embasa este entendimento, acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, decidido por unanimidade, com fundamentado precípua no brocardo jurídico *venire contra factum proprium*, traduzido como princípio geral do direito que visa afastar a tutela de comportamentos contraditórios:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. LOTEAMENTO ABERTO. TRANSFORMAÇÃO EM FECHADO. ASSEMBLÉIA. PARTICIPAÇÃO E APROVAÇÃO PELO APELANTE. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON LICET.

A doutrina e a jurisprudência vedam a prática comportamentos dúbios, aplicando-se o princípio da *venire contra factum proprium non licet*.

Atuação do apelante que fere o princípio doutrinário, pois participou de assembleia em que apreciada e votada por unanimidade a transformação do loteamento de aberto para fechado, tendo votado favoravelmente.

Lei Municipal autorizativa da transformação, afastando a alegação de clandestinidade. Apelação improvida.

(TJ/RS. 19ª Câmara Cível. Ap. n. 70028861847. Des. Rel. Guinther Spode. Dj. 17 nov. 2009)

Conquanto, a questão se torna intensamente controvertida quando se está diante de loteamento que se transveste na modalidade especial, ou seja, de empreendimento em que não se vislumbra nenhum dos requisitos urbanísticos, legais e cartorários, já dissertados, e que se constituem de fechamentos de bairros já incorporados ao ambiente citadino, de forma que o enclausuramento do bairro se dá *sem* a anuência de todos os seus moradores, apesar de se instituir, baseado em permissões ou concessões de uso exclusivo outorgadas pelo executivo municipal, devidamente autorizado, para tanto, em lei autorizadora.

Os Tribunais de Justiça apresentam entendimentos diversos sobre a possibilidade da cobrança do rateio das despesas de loteamento fechado. Colaciona-se, por exemplo, recente julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, cuja ementa se transcreve:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - COBRANÇA DE TAXAS CONDOMINIAIS PELA ASSOCIAÇÃO DE MORADORES - PROPRIETÁRIOS – FRUIÇÃO DOS SERVIÇOS PRESTADOS - DEVER DE CONTRIBUIÇÃO - PROCEDÊNCIA.  
 - A associação de moradores de condomínio irregular tem legitimidade para cobrar as despesas com a manutenção das áreas comuns.  
 - O proprietário de imóvel situado em loteamento fechado não pode ser dispensado do pagamento das despesas de manutenção, pois ao utilizar as áreas comuns da mesma maneira que os demais condôminos, que pagam corretamente suas mensalidades, incorre em enriquecimento ilícito.  
 (TJ/MG. Ap. nº 1.0145.140.035414-4/001. Des. Rel. Nilo Lacerda. Dj. 12 nov. 2012)

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Cobrança. Loteamento fechado. Admissibilidade. Associação de moradores que presta serviços no empreendimento. Lei municipal transferiu para a autora a responsabilidade pela infraestrutura do local. Apelante presta serviços de segurança, manutenção e conservação. Infraestrutura colocada à disposição dos proprietários exige a contraprestação, sob pena de caracterizar enriquecimento sem causa. Independentemente de ser associado ou não, cabe aos beneficiários suportar os custos correspondentes. Individualismo dos apelados não pode prevalecer. Princípio da solidariedade deve preponderar. Cobrança em condições de sobressair. Apelo provido. (TJ/SP. 4ª Câmara de Direito Privado. Ap. nº 0008310- 08.2011.8.26.0358. Rel. Des. Natan Zelinski de Arruda. Dj. 21 mar. 2013)

Precedentes semelhantes aos que se transcreveu estão nos repositórios de jurisprudência dos Tribunais de Justiça de todo país, tendo por fundamentação a vedação do ordenamento legal ao enriquecimento ilícito, cósioante expõe o art. 884 do Código Civil brasileiro, segundo se afere que: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”.

Assim, entendem estes julgados que é lícito a cobrança do rateio de despesas de loteamento fechado, mesmo de morador não associado, desde que exista prévia permissão em lei e que haja a fruição dos benefícios provenientes dos serviços prestados pela associação dos moradores, administradora do loteamento, afastando, pois, o enriquecimento às custas dos demais moradores.

Conquanto, verifica-se que este entendimento já fora superado pelo Superior Tribunal de Justiça; e, só ainda perdura em acórdãos recentes dos Tribunais, porque se tratou de

questão que por longo tempo as seções do STJ mantiveram inteligências diversas<sup>52</sup>, bem como, por outro lado, persiste, na jurisprudência e na doutrina, a confusão entre condomínio horizontal fechado, loteamento especial e, por fim, confunde-se este com o fato do Município autorizar o fechamento de bairro, transferindo, pelo ato autorizador do fechamento, os custos de manutenção dos bens públicos que compõem a área enclausurada.

Portanto, a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça preleciona ser ilícito a cobrança das despesas de loteamento enclausurado. Argumenta-se, para tanto, que a livre associação é garantida pelo art. 5º, inciso XX, da Constituição da República, inexistindo, portanto, enriquecimento ilícito pelo não pagamento de taxas com as quais o morador não associado não concordou, ainda que os serviços prestados o beneficie.

Neste sentido, em vista da controvertida questão, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, em embargos de divergência<sup>53</sup>:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. TAXAS DE MANUTENÇÃO DO LOTEAMENTO. IMPOSIÇÃO A QUEM NÃO É ASSOCIADO. IMPOSSIBILIDADE.

- As taxas de manutenção criadas por associação de moradores, não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo.

(STJ. Embargos de divergência em Resp. nº 444.931 – SP. Rel. p/ o acórdão Min. Humberto Gomes de Barros. Dj. 26 out. 2005)

Cosozante a este precedente, a Corte Superior assim decidiu em sede de agravo em embargos de divergência:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. LOTEAMENTO FECHADO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONTRIBUIÇÃO.

<sup>52</sup> À guisa de exemplo da controvérsia, tem-se julgado do STJ, do ano de 2003, assim ementado:

Civil. Agravo no recurso especial. Loteamento aberto ou fechado. Condomínio atípico. Sociedade prestadora de serviços. Despesas. Obrigatoriedade de pagamento.

- *O proprietário de lote integrante de loteamento aberto ou fechado, sem condomínio formalmente instituído, cujos moradores constituíram sociedade para prestação de serviços de conservação, limpeza e manutenção, deve contribuir com o valor correspondente ao rateio das despesas daí decorrentes, pois não se afigura justo nem jurídico que se beneficie dos serviços prestados e das benfeitorias realizadas sem a devida contraprestação. Precedentes.* (STJ. AgRg no Resp nº 490.419/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi. Dj. 10 jun. 2003, grifos do original)

<sup>53</sup> Segundo Humberto Dalla Bernardina de Pinho: “[...] os embargos de divergência, previstos no art. 546, CPC, propiciam a uniformização da divergência *interna corporis* dos Tribunais Superiores quanto à interpretação do direito em tese e só são cabíveis no âmbito do recurso especial e do recurso extraordinário [...]” (PINHO, 2012, p. 1236). Conforme os ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira: “A divergência há de ocorrer na interpretação de alguma norma de direito federal. A decisão invocada como padrão, do plenário ou de *outra* turma (não da mesma!), precisa ter consagrado *tese* jurídica inconciliável com a daquela que se quer embargar.” (MOREIRA, 2012, p.174).

INEXIGIBILIDADE DE QUEM NÃO É ASSOCIADO. MATÉRIA PACÍFICA. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULAS N. 168 E 182-STJ.

I. "As taxas de manutenção criadas por associação de moradores, não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo " (2ª Seção, EREsp n. 444.931/SP, Rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 01.02.2006). Incidência à espécie da Súmula n. 168/STJ.

II. *A assertiva de que os julgados apontados divergentes são anteriores à pacificação do tema pelo Colegiado, fundamento da decisão agravada, não foi objeto do recurso, atraindo o óbice da Súmula n. 182-STJ, aplicada por analogia.*

III. Agravo improvido.

(STJ. AgRg nos Emb. de Divergência em Resp nº 1.034.349 – SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. Dj. 27 maio 2009, grifos nossos)

Desta forma, esta é a atual e majoritária jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema; tendo julgado, recentemente, outros inúmeros fatos semelhantes<sup>54</sup>, dos quais se colacionam:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. LOTEAMENTO FECHADO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONTRIBUIÇÃO. INEXIGIBILIDADE DE QUEM NÃO É ASSOCIADO. NÃO IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 182/STJ. IMPROVIMENTO.

1.- "As taxas de manutenção criadas por associação de moradores, não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo" (2ª Seção, EREsp n. 444.931/SP, Rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 01.02.2006).

2.- Nas razões do agravo regimental, devem ser expressamente impugnados os fundamentos lançados na decisão agravada. Incidência da Súmula 182 do Superior Tribunal de Justiça. 3.- Agravo Regimental improvido.

(STJ. Terceira Turma. AgRg no REsp 1393031 / SP. Rel. Des. Sidnei Beneti. Dj. 19 nov. 2013. Dje. 03 dez. 2013).

DIREITO CIVIL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. CONTRIBUIÇÃO DE MANUTENÇÃO. INADIMPLÊNCIA. CONDENAÇÃO A PAGAMENTO.

<sup>54</sup> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL. RECONHECIMENTO. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO. NÃO CABIMENTO. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. COBRANÇA DE TAXA DE SERVIÇOS. NÃO ASSOCIADO. IMPOSSIBILIDADE.

1 - É firme a compreensão desta Corte no sentido de não competir ao relator determinar o sobrestamento do apelo especial em razão de ter sido reconhecida a repercussão geral da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de providência a ser avaliada no momento do exame de eventual recurso extraordinário a ser interposto, nos termos previstos no artigo 543-B do Código de Processo Civil. 2 - A eg. Segunda Seção desta Corte pacificou o entendimento de que as taxas de manutenção criadas por associação de moradores não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado nem aderiu ao ato que instituiu o encargo. 3 - Agravo regimental desprovido (STJ. AgRg no Resp. nº. 1125837/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 08/05/2012, DJe. 05 jun. 2012).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. LOTEAMENTO FECHADO. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. COBRANÇA DE ENCARGO A NÃO ASSOCIADO. ILEGALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO DE CONDOMÍNIO.

1. A Segunda Seção desta Corte Superior pacificou o entendimento de que a associação de moradores, qualificada como sociedade civil, sem fins lucrativos, não tem autoridade para cobrar taxa condominial ou qualquer contribuição compulsória a quem não é associado, mesmo porque tais entes não são equiparados a condomínio para efeitos de aplicação da Lei 4.591/64. 2. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ. Agravo Regimental no Resp. nº 1.190.901 - SP (2010/0072680-0) Rel. Min. Vasco Della Giustina. Dj. 03 maio 2011).

EXECUÇÃO. PENHORA DO IMÓVEL. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE COM FUNDAMENTO DA CONDIÇÃO DE BEM DE FAMÍLIA. RECONHECIMENTO.

1. Na esteira da jurisprudência desta Corte, as contribuições criadas por Associações de Moradores não podem ser equiparadas, para fins e efeitos de direito, a despesas condominiais, não sendo devido, portanto, por morador que não participa da Associação, o recolhimento dessa verba. Contudo, se tal obrigação foi reconhecida por sentença transitada em julgado, a modificação do comando sentencial não pode ser promovida em sede de execução.

2. O fato do trânsito em julgado da sentença não modifica a natureza da obrigação de recolher a contribuição. Trata-se de dívida fundada em direito pessoal, derivada da vedação ao enriquecimento ilícito. Sendo pessoal o direito, e não tendo a dívida natureza 'propter rem', é irregular a sua equiparação a despesas condominiais, mesmo para os fins da Lei 8.009/90.

3. É possível, portanto, ao devedor alegar a impenhorabilidade de seu imóvel na cobrança dessas dívidas.

4. Recurso especial não provido.

(STJ. Terceira Turma. Resp. nº 1.324.107. Rel. Min. Nancy Andrighi. Dj. 10 nov. 2012)

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. CONDOMÍNIO ATÍPICO. COBRANÇA DE NÃO ASSOCIADO. IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE ASSOCIAÇÃO. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO PROBATÓRIO. VEDAÇÃO. SÚMULAS Nºs 5 E 7/STJ.

1. Consoante entendimento firmado pela Eg. Segunda Seção desta Corte Superior, "as taxas de manutenção criadas por associação de moradores, não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo".

2. Em sede de recurso especial, nos termos das Súmulas nºs 5 e 7/STJ, é vedado rever o contexto fático-probatório para acatar a alegação de que o agravado de fato integrava a sociedade recorrente, ou que estava obrigado a integrá-la por regra contratual, especialmente se tal situação não integrava a causa de pedir nem foi manifestada em contrarrazões.

3. Agravo regimental não provido.

(STJ. Terceira Turma. AgRg nos EDcl no REsp 1279017/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Julgado em 10 abr. 2012, DJe. 17 abr. 2012)

O Supremo Tribunal Federal também já se manifestou contrário à tese de que os moradores não associados estariam obrigados ao custeio das áreas comuns, consoante o entendimento sedimentado pelo STJ.

Nisto, tem-se o precedente do recurso extraordinário, da primeira turma da Suprema Corte, cuja ementa transcreve-se:

ASSOCIAÇÃO DE MORADORES – MENSALIDADE – AUSÊNCIA DE ADESÃO. Por não se confundir a associação de moradores como o condomínio disciplinado pela Lei nº 4.591/64, descabe, a pretexto de evitar vantagem sem causa, impor mensalidade a morador ou a proprietário de imóvel que a ela não tenha aderido. Considerações sobre o princípio da legalidade e da autonomia da manifestação da vontade – artigo 5º, incisos II e XX, da Constituição Federal. (STF. 1ª Turma. RE nº 432.106/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio. Dj. 20 set. 2011).

Trata-se, portanto, de tema que envolve inúmeros casos, cuja repercussão geral já fora reconhecida pelo STF<sup>55</sup>, e evidencia a importância do que aqui já se dissertou, precipuamente, quanto ao posicionamento contrário ao fechamento de loteamento, *a posteriori*, sem a anuência de todos os moradores e em sem o devido cuidado com as exigências cartorárias e urbanísticas que a Constituição Federal, o Estatuto da Cidade e a Lei de Parcelamento do Solo Urbano exigem.

Por isso, assevera-se que para a instituição do loteamento especial, é necessário que lei municipal dite critérios urbanísticos extensos e detalhados a fim de que o loteamento ora criado se componha, de fato, em modalidade especial de parcelamento do solo e não em englobamento de bens públicos de uso comum do povo por particulares agraciados pela complacência do Poder Público, tolhendo a cidade dos seus já escassos espaços comunitários, ruas, praças e áreas verdes para recreação e lazer.

Inúmeras são as questões controversas quanto aos loteamentos especiais, que urgem ser pacificadas. Desta forma, vislumbra-se a necessidade de Lei Federal que regule o instituto em linhas gerais, estabelecendo diretrizes urbanísticas claras e regulamento especial quanto ao uso dos bens públicos provenientes do loteamento fechado. Neste sentido, Lêda Virginia Aguiar de Carvalho Granja (2006, p. 341) assevera que,

Registra ainda ser indispensável que se estabeleça uma legislação que inclua tais loteamentos como uma espécie de loteamento, com dimensão civil, no aspecto das relações negociais sobre parcelas de terrenos, e dimensão urbanística, no que tange à sua característica de instrumento de desenvolvimento urbano. Em lugar do condomínio de puro Direito privado, nos termos da Lei n. 4.591/64, passaríamos a ter um condomínio urbanístico, que fique sob o controle das municipalidades.

Conquanto, hodiernamente, as soluções se apresentam em leis municipais, fato em que não se vislumbra nenhuma inconstitucionalidade, mas que torna difícil a definição do instituto e dos fatos que a eles se assemelham. Possibilitando confusão conceitual que imprime insegurança jurídica a estes empreendimentos e permite que de forma transviada se institua o fechamento de bairros, já integrados à ambiência urbana, sem nenhum critério urbanístico.

---

<sup>55</sup> DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE COBRANÇA DE TAXAS DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO DE ÁREA DE LOTEAMENTO. DISCUSSÃO ACERCA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA E INTERESSE DE MILHARES DE PESSOAS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. (STF. Plenário. Repercussão Geral no Agravo de Instrumento nº 745.831/SP. Rel Min. Dias Toffoli. Dj. 20 out. 2011).

#### **4.4 O fechamento de bairro já integrado à ambiência urbana**

O fechamento de bairro já integrado ao ambiente citadino é fenômeno que se apresenta na realidade das cidades brasileiras desde os anos 1970, mas que tem sido recorrente, principalmente, a partir dos anos 2000, em vista do crescente sentimento de insegurança da população.

Assim, por meio de leis municipais e, conseqüente, termo de permissão ou concessão de uso privativo, ou mesmo por meio de desafetação e concessão de direito real de uso, encerram-se ruas e logradouros públicos de loteamentos abertos/convencionais nos limites de cancelas, muros e cercas, sob o controle e administração de associações de moradores, que fundada na teoria de que se agrupam em espécie de condomínio de fato, obrigam a todos – mesmo aos que não se associaram e não concordaram com o fechamento – ao rateio das despesas pela manutenção e uso dos bens públicos, outorgados a uso privativo.

Os bairros fechados ou “privatizados” são bairros tradicionais da cidade, portanto, provenientes de loteamentos convencionais do solo urbano, mas que, mesmo após seu englobamento pelo ambiente da cidade, são enclausurados por meio de cercas, muros, portões, guaritas ou cancelas, autorizados pelo poder público local.

Como visto alhures, em vista da crescente insegurança pública das cidades, tem surgido em ordem crescente o número de empreendimentos urbanos residenciais ou para fins comerciais em ambiente fechado, ou seja, de uso e acesso restritos aos proprietários ou a quem estes autorizam a permanência. Para tanto, tais empreendimentos, a depender da lei municipal, se formalizam ou em condomínios horizontais fechados ou em loteamentos especiais, ambos devendo integrar o planejamento urbano da cidade, conformando-se a determinada lei municipal ordenadora.

Paralelamente a este fenômeno, apresentam-se nas cidades do país reiterados casos de fechamento de bairros já integrados à cidade; tratam-se de bairros ou parte deles que, por vezes, possuem ruas que integram a malha viária da cidade, bem como, praças, parques públicos, comércio e áreas institucionais, conquanto, fechados, por meio de autorização legislativa municipal e outorga de uso pelo poder executivo, para o uso exclusivo dos moradores da área a ser enclausurada.

Comumente, este fato é denominado pela própria população de “bairros privatizados”<sup>56</sup>; e, na realidade jurídica, vê-se que a alcunha recebida por estes bairros não está dissonante com o conceito amplo de privatização elencado pela doutrina.

De fato, concretamente, os bairros fechados a uso exclusivo dos moradores culminam na transferência de serviços públicos, precipuamente, os serviços de limpeza e manutenção dos bens públicos e a segurança pública, que prestados pelo ente público direta ou indiretamente, após o fechamento é determinado ao setor privado que administrará a área encerrada.

Assim, embora a destinação do serviço público não seja o resultado primeiro pretendido com o fechamento – pois o que se deseja é a outorga do uso exclusivo do bem público –, este implica, mesmo que transversalmente, a prestação de serviços públicos, competindo ao ente privado (grupo de moradores do local fechado, em regra, associados) a manutenção dos bens públicos outorgados a uso exclusivo, o que incluem os serviços de manutenção, limpeza e segurança.

Neste sentido, pode-se asseverar que o fechamento de determinado bairro já integrado à cidade, ou seja, que já faz parte do ambiente e da cultura da cidade, com a outorga do uso exclusivo dos bens públicos que o compõe, pode ser inserido dentro de conceito amplo de *privatização* que segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 7) se traduz em “[...] um processo em aberto, que pode assumir diferentes formas, todas amoldando-se ao objetivo de reduzir o tamanho do Estado e fortalecer a iniciativa privada e os modos privados de gestão dos serviços públicos”. A autora, ainda sobre o tema, assevera que “[...] Neste sentido amplo (do conceito de privatização) é correto afirmar que a concessão de serviços públicos e de obras públicas e os vários modos de parceria com o setor privado (...) constituem formas de privatizar [...]” (DI PIETRO, 2011, p. 8). Neste mesmo entendimento, Carlos Menem e Roberto Dromi, citados por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 7), afirmam que,

[...] o termo privatização, empregado na lei, deve ser entendido em seu alcance amplo. Abrange não só a privatização em si mesma como uma das ferramentas para a mudança, como também compreende as outras ferramentas para a transformação (do Estado), concessão total ou parcial, cooperativização etc.

---

<sup>56</sup>Assim noticiou Mônica Nóbrega em: *Bairros “privatizados” acumulam problemas*. Disponível em: [http://www.diarioweb.com.br/editorial/corpo\\_noticia.asp?IdCategoria=62&IdNoticia=40754&IdGrupo=1](http://www.diarioweb.com.br/editorial/corpo_noticia.asp?IdCategoria=62&IdNoticia=40754&IdGrupo=1). Acesso em: 10 out. 2013.

Assim, fechamentos de bairros são, em certa medida, desonerações dos deveres incumbidos à Administração Pública, que, porém, podem se apresentar de encontro aos preceitos do Direito Urbanístico e do Direito Constitucional.

Segundo a Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos, do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, “[...] As associações – responsáveis pela manutenção e conservação dos bens concedidos – transformam-se em verdadeiras prefeituras privadas, o que é inadmissível.” (MINAS GERAIS, s/d, p. 5).

O fenômeno do enclausuramento de bairros da cidade se assemelha aos loteamentos especiais quanto ao fato de se tratarem, ambos, de loteamentos convencionais, consubstanciados em ambiente fechado ao uso privativo dos moradores do local.

Contudo, assevera-se que o fechamento de bairro já integrado à ambiência cidadina não pode ser confundido com nenhuma das formas de ocupação do solo urbano apresentados nos capítulos antecedentes.

Pois, como dito alhures, o loteamento especial se compõe de modalidade diferenciada de parcelamento do solo e encontra em leis municipais todo o ordenamento urbanístico específico em que se fundamenta, o que em certa medida lhe ocasiona sérios debates doutrinários divergentes, pois ao se firma em leis municipais, a determinação de diretrizes urbanísticas e ambientais, por vezes, não é exata, pois dependerá do caso específico. O que imprime, inexoravelmente, insegurança jurídica e sérias dúvidas sobre a viabilidade destes empreendimentos também. Mas, não lhes tiram a legalidade, pelo menos, até que o Judiciário do Estado Federado seja impelido a julgar a possível inconstitucionalidade de determinada lei municipal que porventura regulou a instituição de loteamento especial em vista de determinado território, contrariando as regras instituídas pela Lei de Parcelamento do Solo Urbano, dos preceitos, valores e princípios da Constituição e do Direito urbanístico.

Conquanto, segundo parecer supracitado da Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos, do Ministério Público de Minas Gerais, não há que se falar, no caso dos bairros fechados<sup>57</sup>, de se tratar de loteamento ou condomínio fechado, pois, conforme já dissertado, e de acordo com os promotores, estes empreendimentos exigem série de requisitos, dentre os quais listam,

[...] a) lei municipal autorizando expressamente a instituição do condomínio fechado e regulando as relações com o Poder Público; b) aprovação do loteamento fechado pelos órgãos competentes com os documentos elencados no art. 18 da Lei n.º

---

<sup>57</sup> Adotar-se-á nomenclatura de “bairros fechados” ou mesmo “fechamento de bairros” a fim de evitar confusão terminológica e conceitual com o loteamento especial/fechado.

6.766/79 e registro no Cartório Imobiliário; c) existência de regulamento do uso das vias e dos espaços livres, à semelhança da convenção de condomínio prevista no art. 9º da Lei n.º 4.591/64. (MINAS GERAIS, s/d, p. 8)

Em contraponto, o fechamento de bairro, integralizado ao ambiente urbano da cidade, cumprindo com sua função socioambiental, o que enseja reiterar, fornecendo bens públicos de uso comum e especial – áreas de lazer e recreação, ruas e praças, áreas institucionais – não pode ser aceito da mesma forma que se insere os loteamentos especiais e não pode ser interpretado como condomínio de fato, pelo simples motivo de ser impossível a copropriedade de bens públicos sem a devida desafetação e licitação para posterior alienação.

Assim, os bairros fechados têm buscado amparo jurídico unicamente em institutos do direito administrativo. Contudo, importa asseverar que tais fechamentos na maioria dos casos não se congrega possível no âmbito do paradigma democrático, o que enseja, *in casu*, obediência aos ditames do direito urbanístico e sobretudo constitucional.

Desta forma, o fechamento de bairro da cidade tem se viabilizado por meio da outorga de uso privativo de bem público de uso comum do povo (na maioria dos casos mediante a *concessão* de uso privativo), previamente autorizada em lei, de forma que a Administração transfere o ônus da prestação dos serviços de melhoramentos e manutenção aos moradores da área enclausurada, que, então, constituem-se em associação para a administração do local e rateio das despesas.

O fechamento de bairro também tem sido implementado por meio de desafetação da área sujeita ao enclausuramento, para que a espécie do bem público outorgado se compatibilize à possibilidade de uso *exclusivo*, que, em tese, é incompatível com a espécie de bens públicos de uso comum, que ensejaria no máximo o uso privativo que não tolhesse o uso principal ao qual esta espécie de bem público está afetada (vide item 3.3).

Como asseverado, o fechamento do bairro se dá por principal argumento na necessidade de proteção contra a crescente violência urbana, tendo por supedâneo o direito fundamental à segurança (art. 5º, *caput*, CR/1988).

A insegurança pública tornou-se a proposição de defesa levantada para o enclausuramento de bairros da cidade, como se depreende dos noticiários das maiores metrópoles brasileiras, como a cidade do Rio de Janeiro, em que foi noticiado pelo jornal O Globo o seguinte acontecimento:

Em busca de maior *sensação de segurança*, moradores de diferentes pontos da Barra se uniram para colocar cancelas, portões e guaritas em ruas públicas que cruzam

seus *condomínios*<sup>58</sup>. A prefeitura autoriza este tipo de intervenção, mas proíbe que a circulação de não moradores seja impedida ou dificultada. Na prática, porém, é o que acontece. O GLOBO-Barra percorreu vias onde há uma série de restrições à circulação de não moradores.

É cada vez mais comum encontrar na Barra ruas fechadas por uma cancela ou portão, o que, geralmente, faz parte de um forte esquema de segurança. *Esta medida tem o objetivo de aumentar a sensação de segurança dos moradores.* Quem frequenta o bairro, ou vive noutra área dele, porém, fica insatisfeito ao ser impedido de passar por ali para fugir do trânsito pesado das vias principais ou estacionar. Como estas são vias públicas, todos têm o direito de circular por elas — ou deveriam ter. Em vários condomínios (sic) percorridos pelo GLOBO-Barra, a legislação não é obedecida. (RUBIM, 2011, grifos nossos)

O mesmo se verifica na cidade de São Paulo, em que bairros já integralizados à cidade são fechados a uso exclusivo dos moradores, havendo casos em que estes fechamentos foram autorizados há mais de duas décadas, em que se evidenciam os diversos direitos e interesses contrapostos, principalmente, do direito à livre locomoção e circulação pela cidade, levantado pelos moradores vizinhos aos bairros fechados, e do direito à segurança, sempre destacado como o fundamento principal a legitimar os fechamentos.

Conforme notícia do jornal Folha de São Paulo, edição de 03 de março de 2013, verifica-se que o fechamento de determinadas áreas da cidade se dá por causa, principalmente, da insegurança pública e também da má administração dos espaços públicos pelo município,

A Folha localizou 19 ações de paulistanos que foram à Justiça para tentar manter ruas fechadas com portões ou cancelas, após serem notificados pela Prefeitura de São Paulo a abri-las.

*Por lei, o fechamento é autorizado só para veículos, em ruas de vila, sem saída ou com "características de rua sem saída" - ou seja, em que há apenas trânsito dos moradores.*

Para a prefeitura, as vias notificadas não se enquadram dentro do exigido.

No caso da rua no Morumbi, um parecer da CET (Companhia de Engenharia de Tráfego) diz que ela está ligada à malha viária da cidade. Mas também há casos de locais que abrigam praças, por exemplo.

*Em geral, os moradores argumentam que a rua ficou fechada anos sem que houvesse problemas, que a praça ou área verde é conservada por eles e aberta para pedestres e que as vias são irrelevantes para o trânsito.*<sup>59</sup>

Na Justiça, os argumentos não têm dado certo. Dos casos julgados, apenas um foi favorável aos moradores, porque a juíza entendeu que a prefeitura não embasou a notificação.

<sup>58</sup> Vê-se que o noticiário do jornal O Globo confunde os institutos do condomínio fechado com o fato da Prefeitura local autorizar a construção de muros e portões nas entradas dos loteamentos, para o controle do acesso ao bairro. Trata-se de confusão comum, pois, conforme testemunhado pelo jornal, estes bairros se tornaram, de fato, e de forma ilegal e ilegítima, em verdadeiros “condomínios”.

<sup>59</sup> Desta afirmativa, percebe-se que os moradores têm incutido nas mentalidades que da outorga do uso privativo decorrer-se-ia verdadeiro direito subjetivo público em defesa da manutenção do fechamento do bairro. Em hipótese, assevera-se desta forma, porque a maioria das outorgas ocorre pelo instrumento da concessão de uso, que, segundo Maria Zanella Di Pietro (2012, p. 43) “[...] tem por efeito criar um direito subjetivo, que tem por objeto a posse da coisa pública [...]”.

No Alto da Boa Vista (área nobre na zona sul), moradores do próprio bairro denunciaram o fechamento da rua Carlo Rainaldi. A prefeitura mandou abri-la, porque ali há uma praça.

Os moradores da via, então, entraram na Justiça e conseguiram uma liminar que garante que o portão fica por lá até que a ação seja julgada.

*"Antes de fechar, tivemos vários casos de assalto e as pessoas iam à praça para usar drogas. Depois do portão, só tivemos um roubo e a praça está um brinco", comenta a moradora Daniela Guimarães, 42.*

Para a diretora da Sajape (associação de moradores da região), é bem-vindo o fato de os moradores terem revitalizado a praça. *"Mas, por ter esse espaço, que é público, não poderiam fechar a rua."*

Segundo a prefeitura, há hoje cerca de 500 ruas fechadas com autorização. De 2009 até fevereiro deste ano, foram analisados 66 pedidos - 57 tiveram parecer favorável da CET. (LEAL, 2013, grifos nossos)

Mesmo tema é noticiado pelo jornal *O Estado de São Paulo*, em publicação datada de 16 de julho de 2008, em que se destacam os problemas advindos da *privatização*. Assim, o jornal, em seu editorial, asseverou que:

Associações de bairros criadas por iniciativa de alguns moradores apropriaram-se do espaço público, fechando-o às pessoas de fora, e tornaram-se um poder paralelo que impõe sanções financeiras pesadas aos que delas não querem participar, sob o argumento de que o objetivo é aumentar a segurança e melhorar as condições de vida no local. Os exemplos se multiplicam e podem ser constatados, além de São Paulo, em Cotia, Carapicuíba, São José dos Campos, Vargem Grande Paulista, Valinhos, Mairinque e Caraguatatuba. Reportagem de Rodrigo Brancatelli, publicada quinta-feira pelo Estado, informa que, nesses municípios, há pelo menos 45 casos evidentes de apropriação ilegal do espaço público por associações privadas.

Rodrigo Brancatelli, do jornal *O Estado de São Paulo*, relata exatamente como se dá o fechamento dos logradouros públicos, evidenciando, pelos testemunhos dos entrevistados, as origens destes bairros fechados,

*A questão dos loteamentos fechados envolve pontos que vão desde a ausência da municipalidade e o desejo por melhorias até extorsão e cerceamento de liberdade.*

No Jardim Algarve, por exemplo, na cidade de Cotia, uma associação de moradores foi criada em 1984 para cobrar melhorias para o bairro, que na época não contava com iluminação pública ou mesmo recolhimento de lixo. Juntando moedinhas de contribuições voluntárias, os vizinhos também pagavam um guarda noturno, que passava com seu apito todas as noites.

"Com o tempo as coisas foram evoluindo, a associação recolhia o dinheiro e pagava para os guardas que ficavam o dia inteiro", lembra Elisabete Ferreira Dias Martins, moradora do Jardim Algarve que fez parte da criação da associação. "Começaram a fazer boletos e tudo estava indo bem. Alguns pagavam e outros não, pois era opcional." Em pouco tempo, no entanto, a Associação de Amigos do Jardim Algarve transformou o lugar em um *grande bolsão residencial*, colocando cancela na entrada para monitorar a entrada das pessoas e investindo em equipamentos esportivos.

*Foi o primeiro passo para a criação de um condomínio residencial fechado, nos moldes de Alphaville, com direito a sede social e quadra poliesportiva disponível para os sócios - mas que não contava com a aprovação de todos os moradores.*

"Por volta de 1995, um grupo de moradores resolveu cobrar das pessoas que não pagavam a mensalidade por acharem injusto. Só que a cobrança obrigatória é ilegal,

nós já pagamos nossos impostos, somos pessoas de bem", diz Elizabete, que se recusou a pagar a taxa de condomínio e agora está sendo cobrada na Justiça juntamente com vários outros vizinhos - por inadimplência. "As associações fecham ruas, colocam guaritas no meio e se apoderam de áreas públicas, escolhendo as pessoas que podem ou não podem passar pela cancela. Aqui onde moro tem um lago e fizeram uma pista de cooper, que só pode ser usada pelos moradores do condomínio. Mas eu não escolhi morar em um condomínio fechado, escolheram isso por mim e agora querem me cobrar por essa aberração."

#### PRIVATIZAÇÃO

Há casos ainda como o de Yvone Okida, cujo pai era dono de um sítio na região de Cotia que deu origem ao bairro do Jardim das Flores. Apesar de aparecer na divisão do município, o bairro virou um condomínio fechado depois que a maioria dos vizinhos se uniu em uma associação de moradores. Yvone, que ainda guarda fotos e lembranças do sítio do seu pai, se recusou a pagar os R\$ 200 de condomínio e hoje tem uma dívida que já alcançou os R\$ 200 mil. "Desde 1992 querem me cobrar, mas acho isso imoral", diz. "Construíram quadras aqui, jardins, tudo em cima de área pública, *mas eu nunca pedi por isso.*" [...] (BRANCATELLI, 2008, grifos nossos)

Idêntica situação se presencia até mesmo na Capital Federal, Brasília, cujo projeto urbanístico é tombado como patrimônio cultural da humanidade. Segundo notícia do *Correio Braziliense*, em edição do dia 22 de março de 2012,

No Bloco E da SQS 208, o condomínio cercou o estacionamento sob os pilotis: notificações da Agência de Fiscalização, duas multas, ação judicial e determinação para a retirada.

Uma semana depois da passagem de uma missão da Unesco por Brasília, a Justiça determinou a retirada das grades instaladas nos pilotis de um prédio da SQS 208. Essa é a primeira sentença proferida pelo Judiciário local sobre o tema. O entendimento vale para outros casos. Cerca de 70 edifícios do Plano Piloto fecharam áreas públicas irregularmente e podem ser afetados pela decisão. Os moradores do Bloco E da quadra haviam recorrido contra multas e ações demolitórias, mas perderam. Eles apelaram à segunda instância, mas o recurso não impede a atuação da Agência de Fiscalização (Agefis).

A sentença do juiz Carlos Divino Rodrigues, da Vara de Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário do DF, não deixa brechas para o cercamento de pilotis no Plano Piloto. Essa é uma polêmica antiga, e os moradores normalmente usam como argumento o medo da violência para isolar as áreas públicas sob os blocos residenciais. Mas a manutenção dos pilotis livres é um dos pontos mais importantes do projeto urbanístico do Plano Piloto, elaborado pelo urbanista Lucio Costa. Por conta disso, as grades ferem o tombamento e são proibidas. (MADER, 2012)

Como reiterado, para o fechamento, muitos municípios não outorgam o uso *exclusivo* do bem público, porque este uso estaria contrário ao uso principal ao qual estão afetados ruas, praças e logradouros públicos, visto que se tratam de bens de uso comum. Para tanto, o fechamento do bairro é viabilizado com a outorga de uso privativo, para a construção do aparato de segurança e melhoramentos do bairro, sem que implique na proibição da entrada de qualquer pessoa, conquanto, permitindo-se o controle do acesso.

Verifica-se que outros fechamentos de bairros convencionais, que já fazem parte da cidade, perfazem-se pela outorga do uso dos bens públicos exclusivamente a grupos seletos de

moradores em detrimento do uso de todos os cidadãos, fato que se dá pela complacência das autoridades públicas, em que o Poder Legislativo municipal, mediante lei, autoriza, de forma ampla, o Poder Executivo a desafetar bens públicos de uso comum da cidade, transmutando-os à categoria de bens dominicais, para que se conceda ou permita a uso exclusivo de associação de moradores, tolhendo, por estes atos, a cidade dos já poucos espaços públicos que a compõe e que exercem inegáveis funções sociais.

Exemplo desta prática, no Estado de Minas Gerais, ficou amplamente conhecido o fechamento do “Clube dos Caçadores”, região do bairro Mangabeiras, na capital mineira, cuja área fechada totalizava 9.520 ms<sup>2</sup>, abrangendo uma praça e quatro ruas, cuja viabilidade do fechamento possuía a idêntica defesa dos exemplos narrados pelos noticiários – a questão da insegurança pública e a melhora dos serviços de manutenção dos bens públicos.

A permissão para o fechamento desta área do bairro da capital mineira se deu por meio da Lei Municipal n.º 8.768/2004 (atualizada pela Lei n.º 10.068/2011), que autoriza o Poder Executivo a outorgar permissão de direito real de uso de área pertencente ao município de Belo Horizonte, de uso comum, destinada a sistema viário ou praça, ficando estes espaços desafetados do uso comum, durante o prazo da permissão.

A justificativa que se apresenta para o enclausuramento dos bens públicos de bairros se encontra na mesma lei, que em seu art. 2º preceitua que “[...] A permissão de que trata esta Lei visará estimular a participação da comunidade na gestão de negócio público de seu interesse, tal como segurança e limpeza pública, e propiciar à municipalidade economia no gasto com sua conservação” (BELO HORIZONTE, 2004, grifos nossos).

Ainda segundo a redação da lei, no seu art. 6.º, depreende-se que “A via cujo direito real de uso for objeto da permissão [...] poderá ser dotada de portaria, para monitoramento da entrada de pessoas no local e garantia da segurança da população, em geral e dos moradores, permitindo-se o acesso a qualquer pessoa, desde que identificada.”.

Conforme já dissertado, utilizam-se de prática meramente legalista e autoritária (por não envolver nenhuma modalidade de audiência pública da população circunvizinha afetada pelo fechamento) para a desafetação do bem público, desconsiderando as funções que, de fato, estes espaços públicos exercem à cidade, amparando-se, para tanto, no poder de *imperium* que o estado exerce sobre seu patrimônio, afastando-se, por conseguinte, da gestão democrática da cidade.

A Lei municipal supracitada desencadeou, como resultado, o apossamento de bens públicos de loteamento, já integrados à cidade, realizado mediante a desafetação dos bens públicos de uso comum do povo ou de uso especial da Administração à categoria dos bens

dominicais, de forma que o ente público pôde permitir uso exclusivo dos bens públicos dos bairros da capital mineira a grupos restritos de moradores da área a ser enclausurada.

Segundo a vereadora Neila Batista, autora do projeto que deu origem à Lei Municipal nº 8.768/2004, a lei teve seu sentido desvirtuado:

A Lei supracitada, originária do Projeto de Lei nº 1312/03 de minha autoria tinha como objetivo permitir que as áreas residenciais cujas vias de acesso caracterizassem confinamento às residências, pudessem ter o seu acesso monitorado através de guaritas de segurança, que identificariam as pessoas no ato da entrada nestas áreas sem contudo proibir qualquer cidadão ao se identificar teria o direito de circular livremente pelas vias públicas localizadas no interior destas áreas, conforme Constituição Federal.

Esta iniciativa teve como principal *objetivo contribuir com a segurança dos moradores de conjuntos habitacionais que, ao estarem em áreas confinadas se encontram mais vulneráveis à violência crescente em nossa cidade e a falta de segurança pública adequada para evitar a ação de bandidos contra estas comunidades.*

Contudo, apesar de continuar acreditando ser de grande relevância a essência da Lei, em função de que em alguns locais em que foi implantado, foi desvirtuado o sentido original da proposta, cerceando o acesso da população a praças públicas, transformando-as em espaços de uso privativo das residências internas à área em questão, entendo que esta lei deve ser revogada para que possamos realizar um debate mais elaborado com a sociedade para que alguns 'espertos' não se apropriem de uma boa iniciativa em favorecimento de alguns contra o conjunto da sociedade. (TJMG. Ap. nº 1.0024.05.860138-6/004. Rel. Des. Edgard Pena Amorim. DJ. 09/06/10, grifos nossos).



Imagem aérea do bairro Mangabeiras, Belo Horizonte – MG, em que se encontra, no centro, em destaque, o “Clube dos caçadores”. Fonte: Google Inc. Disponível em: [maps.google.com](http://maps.google.com). Acesso em, 05 dez. 2013.

Nas palavras da Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos, do Ministério Público de Minas Gerais, (MINAS GERAIS, s/d, p. 10):

Não existe dúvida, portanto, de que a Lei n.º 8.768, de 20.01.2004, apresenta incoerências que desafiam o intérprete. Além de adotar terminologia inadequada, a referida norma confundiu institutos de Direito Administrativo. Criou nova forma de uso de bem público de uso comum do povo – o “uso controlado”.

Ora, o uso dos bens públicos pertence a todos os cidadãos indistintamente, sem que se necessite de permissão especial. O desfrute do bem por parte de um não pode excluir ou limitar a possibilidade de gozo por parte dos demais.

[...]

Não há dúvida de que são os moradores do local os únicos beneficiários do ato. O interesse privado prevaleceu sobre o público.

A simples construção da portaria e a instalação das cancelas já são suficientes para afastar a população do local, porquanto, ainda que não fosse essa a intenção do ente público, para os usuários dessas ruas, a imagem que fica é a de que, a partir dessas obras, as áreas teriam se transformado em condomínios fechados.

Fato é que os fechamentos de bairros já integrados ao ambiente citadino se apresentam por todo território nacional e o estudo destas práticas é por vezes pontual, porque, na maior parte dos casos se trata de análises factuais<sup>60</sup>.

Contudo, em diversos pontos em discussão pode-se tratar de forma abstrata sobre a inconstitucionalidade (diga-se, em tese) dos fechamentos, destacadamente, da inconstitucionalidade do fechamento de bairros já integrados à cidade, inexoravelmente, quando se faz uso de desafetações de bens de uso comum, que os transmutam à espécie dominical; bem como, permissões ou concessões exclusivas de uso, que não é compatível com o uso principal ao qual o bem público de uso comum está consagrado, que se apresentam patentemente inconstitucionais quando realizadas após a construção do loteamento, estando este bairro já incorporado à cidade e cumprindo importante função à urbe, mormente, porque este enclausuramento contraria direitos fundamentais e o princípio da função social da propriedade e das funções sociais da cidade.

Desta forma, o tema a ser por fim desenvolvido pode ser ementado como as ilegalidades e inconstitucionalidades decorrentes do “fechamento” de logradouros públicos preexistentes em bairros tradicionais da “cidade formal”.

---

<sup>60</sup> Assim também entende Sérgio Turra Sobrane, subprocurador de justiça do Ministério Público de São Paulo, ao concluir pelo arquivamento da representação à eventual ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade, requerida pela promotoria de justiça de Franca/SP, dispondo que precedentes do citado Órgão Especial ora reconhecem, ora não reconhecem a inconstitucionalidade de iniciativas análogas, que se referem, principalmente ao uso exclusivo de bens públicos com o fechamento autorizado do loteamento. Tratando-se, segundo Sérgio Turra Sobrane, de prognóstico duvidoso a Ação Direta, por se tratar de aferição da constitucionalidade da norma em abstrato, sendo recomendado que “[...] a discussão se estabeleça nos casos concretos, para a análise, inclusive, das questões fáticas e da contradição da lei municipal com o ordenamento federal.” (SÃO PAULO, 2012, p. 01).

## **5 INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DECORRENTES DO FECHAMENTO DE BAIRRO JÁ INTEGRADO À AMBIÊNCIA URBANA**

Os fechamentos de bairros da cidade e conseqüente cerceamento dos bens públicos de uso comum que os compõem privam a população do acesso universal a esse patrimônio municipal, do qual possui direito como beneficiária primária.

É incompreensível a ideia de Estado de Direito distante do princípio da legalidade cujo conceito torna-se completo com a concepção de respeito à juridicidade imperante, pois acatar a legalidade não é apenas o cumprimento estrito da lei, mas sim de todo o Direito, dos seus valores e princípios constitucionais. Assim, o fechamento de bairro, mesmo que amparado em lei municipal permissiva, pode-se formatar em prática ilegal por ir de encontro à lei de Parcelamento do Solo e por violar os princípios norteadores do Estatuto da Cidade, os valores constitucionais da política urbana e as garantias individuais de livre locomoção e associação (art. 5º, XV, XVII e XX, Constituição da República de 1988).

Assim, a formatação atual de bairros fechados fere diversos preceitos, regras e princípios do ordenamento jurídico, violando o direito de todos à cidade.

### **5.1 Os direitos fundamentais e os bairros fechados: considerações sobre a ilegalidade e inconstitucionalidade decorrentes deste fenômeno**

Os direitos fundamentais são a maior expressão das conquistas históricas do ser humano contra o domínio dos mais fortes sobre os fracos e excluídos e da grandiloqüência do Estado; representam a vitória do indivíduo mas também da sociedade; dos direitos da humanidade e sua evolução civilizatória; e, sobretudo, do respeito à dignidade da pessoa humana. Neste sentido, Edna Cardozo Dias (2012, p. 11) preceitua que “[...] A passagem dos direitos às constituições dos países é uma das maiores conquistas da democracia”.

Segundo o magistério de José Afonso da Silva (2012, p. 57), os direitos fundamentais do homem é expressão<sup>61</sup> que melhor representa o conteúdo destes direitos, pois:

---

<sup>61</sup> Segundo José Afonso da Silva a dificuldade na conceituação dos direitos fundamentais é aumentada devido a circunstancia de se empregarem várias expressões para designá-los (SILVA, 2012). Neste mesmo sentido, de acordo com José Adércio Leite Sampaio, os direitos fundamentais se perfazem em diferentes terminologias e de variados alcances; segundo o autor a expressão é comum na Alemanha, na Suécia e no Brasil; “[...] substituída por ‘direitos de liberdade’ na Dinamarca, ‘direitos invioláveis’ na Itália, ‘direitos do homem’, na Noruega e Finlândia; ou reduzida apenas a ‘direitos’, na Bélgica, Luxemburgo e Irlanda.” (SAMPAIO, 2002, p. 670).

“[...] além de se referir a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no *nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. A ampliação e a transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificultam definir-lhes conceito sintético e preciso. No qualificativo “fundamentais” acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do “homem” no sentido de que a todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

É majoritário no Supremo Tribunal Federal o entendimento segundo o qual os direitos fundamentais da pessoa humana possuem eficácia imediata e se aplicam tanto em face do Estado, tratando-se em garantias individuais contra os desmandos do poder estatal, quanto se aplicaria às relações entre particulares; o que resulta na teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que diz respeito à imposição dos direitos fundamentais na regulação das relações entre particulares.

Segundo José Adércio Leite Sampaio (2013, p. 686), “[...] a jurisprudência tende expressamente a admitir e aplicar a eficácia direta dos direitos, embora, em muitos casos, faça-o, sem dizer, de maneira indireta, por meio de interpretações de normas infralegais.”. Daniel Sarmiento, após analisar detalhadamente a jurisprudência do STF e dos demais tribunais pátrios sobre o assunto, observa, neste mesmo sentido, que:

[...] é possível concluir que, mesmo sem entrar na discussão das teses jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados. (SARMENTO, 2004, p.297).

Desta forma, por exemplo, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 158.215-RS, de relatoria do Min. Marco Aurélio, data de julgamento de 07/06/1996, preconizou a incidência direta dos direitos fundamentais sobre relações entre particulares. Tratava-se da hipótese de um membro expulso de cooperativa sem o atendimento da garantia do contraditório e da ampla defesa no âmbito do devido processo legal. Em outro caso exemplificativo deste entendimento jurisprudencial, no RE nº 160.222-RJ (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 01/09/1995), discutiu-se se cometeria o crime de constrangimento ilegal, o gerente que exige das empregadas de certa indústria de lingerie o cumprimento de cláusula constante nos contratos individuais de trabalho, segundo a qual, elas deveriam se submeter a revistas íntimas, sob ameaça de dispensa.

Assim, sem querer adentrar especificamente neste tema, reduzindo-se a exposição da jurisprudência nacional sobre o assunto, fato é que as obrigações decorrentes dos direitos

fundamentais podem ter por sujeito passivo o Estado e/ou particulares<sup>62</sup>, nas relações entre si. Segundo o magistério de José Adércio Leite Sampaio:

Estamos a dar ênfase à conclusão de que a horizontalidade não se restringe aos direitos liberais apenas, ainda sob o pressuposto de que se basearia no dever de não intervenção do Estado e de que o vínculo dos particulares aos direitos fundamentais seria meramente negativo. Ele se aplica também aos domínios dos direitos prestacionais e mesmo naqueles casos metaindividuais, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado. É certo que não da mesma forma, porque o direito e o modo de sua prestação são diferentes. Um comprador pode preferir uma determinada loja à outra, por motivo religioso ou mesmo por preferência de gênero. O oposto não é verdadeiro, no entanto. Um vendedor ou um lojista não podem se recusar a vender um produto porque o cliente é homossexual, por exemplo. (SAMPAIO, 2013, p. 688)

Nisto, as violações aos direitos fundamentais, decorrente do fechamento de bairro, podem se constituir como resultado tanto de práticas ilegítimas do ente estatal, que autoriza o fechamento, quanto dos particulares que impõem aos demais moradores e munícipes suas regras arbitrárias e inconstitucionais.

### ***5.1.1 Violações ao direito fundamental à cidade***

O “direito à cidade”, “motto” do sociólogo e filósofo francês Henri Lefebvre (1901-91) está, de novo, na ordem do dia, pois o cidadão que usa o espaço urbano reivindica o direito de participar ativamente de sua construção. Esse direito inclui não apenas a satisfação de necessidades básicas, como transporte, habitação, saúde e educação mas também a realização de

<sup>62</sup> Neste sentido, colaciona-se precedente do STF, assim ementado:

“SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO.

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. [...] (STF, Segunda Turma, RE 201.819/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ de 27.10.2006).

desejos – sobretudo o desejo, múltiplo e difuso, de cidades melhores para a ação cotidiana. (WISNIK; NOBRE; 2013)

Edna Cardozo Dias (2012a) lembra que, nas últimas décadas, nova categoria de direitos veio merecer reconhecimento e proteção. Tratam-se dos direitos difusos que, segundo a autora, “[...] são pressupostos para a efetividade dos demais direitos e liberdades. São essenciais, sobretudo para a efetividade do direito à vida e da dignidade da pessoa humana.” (DIAS, 2012a, p. 11). Neste sentido, pode-se compreender que o direito fundamental à cidade consagra-se na dimensão comunitária do macroprincípio da dignidade humana, que, segundo Luís Roberto Barroso (2012), trata-se da “[...] dignidade como valor comunitário, também chamada de dignidade como restrição ou dignidade como heteronomia, representa o elemento social da dignidade.” (BARROSO, 2012, p. 87).

O direito fundamental à cidade se contempla como sendo sistema de interesses difusos, que irradiam do princípio da função social da cidade, em que se compreende o acesso de todos os que vivem na cidade à moradia, aos equipamentos e serviços urbanos, transporte público, saneamento básico, saúde, educação, cultura, esporte, lazer; enfim aos direitos urbanos que são inerentes às condições de vida na cidade.

Diante destes preceitos e fundamentos, primeiramente, vê-se que com o fechamento é cerceado direito fundamental que se refere à liberdade de locomoção e de circulação de qualquer indivíduo, no território nacional, em tempos de paz.

A liberdade de locomoção integra rol das garantias fundamentais desde as primeiras constituições modernas, marcadas pelo processo constitucionalista, e se manifesta como garantia individual indispensável para se cogitar a real existência de um Estado de Direito; a conquista da liberdade de ir e vir foi o principal marco que determinou, na Europa, o rompimento das relações sociais do Antigo Regime, em que servos estavam presos aos domínios dos senhores feudais.

Segundo Christian Edward Cyril Lynch, “[...] tradicionalmente, a doutrina e a jurisprudência se referem a uma *liberdade de circulação*, reputada à manifestação característica do direito de locomoção e que quase sempre alude ao direito de livre trânsito nas vias públicas. [...]” (LYNCH, 2009, p. 124, grifos nossos).

Neste sentido, José Afonso da Silva (2012) disserta que o direito à circulação se decompõe no direito de ir e vir, ficar, parar e estacionar, que são as diversas faculdades resultantes do direito fundamental à locomoção. Segundo o autor, “[...] o direito de circular consiste na faculdade de deslocar-se de um ponto a outro através de via pública ou afetada ao uso público [...]. Em consequência, a Administração não poderá impedir, nem geral nem

singularmente, o trânsito de pessoas *de maneira estável [...]*” (SILVA, 2012, p. 113, grifos nossos).

Desta forma, a menos que a via pública seja desafetada, não poderá o ente público criar embaraços e dificuldades *permanentes* ao uso do bem público pela população.

Diz-se *permanente*, pois o ente estatal poderá em casos excepcionais, decorrentes do interesse público, permitir o cerceamento parcial do direito de ir e vir, quando se mostra imperiosa a restrição da liberdade de locomoção, por exemplo, em vista da segurança dos indivíduos (quando, por exemplo, é necessário o bloqueio da via pública para reparo e manutenção); para a promoção de eventos culturais (fato que se exige autorização de uso extraordinário), ou mesmo movimentos populares, como passeatas que resultam no fechamento de ruas e logradouros públicos para a manifestação democrática (realidade que dispensa qualquer autorização prévia, por se basear no direito fundamental de reunião e de expressão, disposto no inciso XVI, do art. 5.º, da CR/1988).

O entendimento que ora se apresenta é que a liberdade de circulação de qualquer indivíduo nas vias públicas se trata de resultado do próprio processo civilizatório, conseqüentemente, da vida humana nos centros urbanos modernos, marcados com o desenrolar das revoluções liberais e tecnológicas dos séculos XVIII ao XX; e, em vista disto se trata de traço inerente ao Estado de Direito.

De fato, o conceito moderno de cidade, cunhado durante todo século XIX e XX, perpassa pela concepção de espaço *aberto* acessível e aproveitado por todos. Segundo Teresa Pires do Rio Caldeira:

*As ruas abertas à livre circulação de pessoas e veículos representam uma das imagens mais vivas das cidades modernas. Apesar de as cidades ocidentais incorporarem varias e ate contraditórias versões da modernidade, há um grande consenso a respeito de quais são os elementos básicos da experiência moderna de vida pública urbana: a primazia e a abertura de ruas; a circulação livre; os encontros impessoais e anônimos de pedestres; ou uso público e espontâneo de ruas e praças; e a presença de pessoas de diferentes grupos sociais passeando e observando os outros que passam, olhando vitrines, fazendo compras, sentando nos cafês, participando de manifestações políticas, apropriando as ruas para seus festivais e comemorações, ou usando os espaços especialmente designados para o lazer das massas (parques, estádios, locais de exposições). (CALDEIRA, 2011, p. 303, grifos nossos).*

Assim dispunha o antigo Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo que, “[...] Qualquer cidadão tem direito público subjetivo de transitar por estradas públicas municipais e, conseqüentemente, o direito de exigir da Administração Municipal que se abstenha de

perturbar-lhe ou impedir-lhe livre trânsito por via que, de longa data, vem sendo usada pelo povo.” (TASP, rel. Juiz Alcides Faro, Dj. 16 abr. 1952, *RT* 203/412).

Desta forma, o fechamento de bairros que integram a cidade e que a fornecem espaços públicos para o lazer, para o convívio social e para o equilíbrio do meio-ambiente urbano, cumprindo fundamentais funções sociais à municipalidade, não deve ser tolerado pela sociedade nem pelo Direito, pois resulta no englobamento do espaço público por particulares, sem obedecer, *a priori*, a nenhuma ordem urbanística de interesse público, sendo bastante para o fechamento atos legalistas e discricionários do Estado, que por vezes age como senhor absoluto de seu patrimônio, em dissonância com os preceitos aqui dissertados do direito constitucional urbanístico, do pós-moderno direito administrativo e dos direitos fundamentais da pessoa humana, desconsiderando, pois, os anseios da população da cidade pela construção de ambiente urbano sustentável, agradável para a vida. Em vista disto, Christian Edward Cyril Lynch preceitua que,

A liberdade de circulação tem sido invocada para garantir o ir e vir quando das manifestações de protestos ou greves; *para desobstruir praias bloqueadas por construções de particulares*; para coibir os recolhimentos forçados da população de rua pelas autoridades públicas e desestimulá-las de mandar de volta os imigrantes pobres à sua terra de origem; *e ainda para impedir que moradores entulhem os logradouros públicos onde vivem, com cancelas, guaritas e outras dificuldades para a locomoção.* (LYNCH, 2009, p. 126, grifos nossos).

Os mesmos fundamentos da liberdade de circulação, do direito fundamental à cidade e ao meio ambiente urbano sustentável – contrários, pois, ao fechamento de bairro – estão presentes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; tratando-se de caso singular, pois, é da própria estrutura do controle de constitucionalidade e do princípio federativo, a vedação à Suprema Corte de julgar em abstrato a constitucionalidade de leis e atos normativos municipais; e, como delineado no capítulo antecedente, os fechamentos de bairros são realidades que se apresentam na órbita legislativa e discricionária dos municípios, por isso, o julgamento da constitucionalidade das leis municipais é realizado pelo Tribunal de Justiça de cada estado federado, em face da Constituição de cada Estado; sendo impossível o julgamento em abstrato dessas leis pela Suprema Corte.

Neste sentido, preleciona Alexandre de Moraes “[...] que o único controle de constitucionalidade de lei e de ato normativo municipal em face da Constituição Federal que se admite é o difuso, exercido *incidenter tantum*, por todos os órgãos do Poder Judiciário, quando do julgamento de cada caso concreto.” (MORAES, 2006, p. 693).

Porém, quando do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 1.706-4, pelo STF, apreciou-se a inconstitucionalidade de Lei Distrital que autorizava o fechamento das quadras residenciais do plano piloto para posterior administração destas por associações de moradores legalmente constituídas, denominadas, paradoxalmente, de “prefeituras” comunitárias.

Portanto, tratou-se da inconstitucionalidade da Lei Distrital n.º 1.713/1997, que dispunha do mesmo fenômeno dos fechamentos de bairros, conquanto transmutado para a realidade do Distrito Federal, que, dada sua formatação singular, acumula competências próprias dos Estados Federados e dos Municípios<sup>63</sup>. O que tornou possível a apreciação em tese pelo STF sobre a constitucionalidade dos bairros fechados, pois se entendeu que a Lei Distrital fora exarada dentro da competência legislativa estadual, no âmbito da competência concorrente<sup>64</sup> para legislar sobre direito urbanístico (art. 24, inc. I, CR/1988).

Assim, em que pese expressa determinação constitucional que veda a subdivisão do território do Distrito Federal (argumento suficiente para a declaração de inconstitucionalidade desta Lei Distrital), outros fundamentos foram igualmente relevantes para a decisão, que tornam a ADI nº 1.706-4 precedente importante, único no STF, portanto, determinante para o convencimento da ilegalidade/inconstitucionalidade do fechamento dos bairros da cidade.

Desta forma, decidiram os ministros, por unanimidade, pela inconstitucionalidade da Lei Distrital n.º 1.713/1997, pois, ninguém é obrigado a associar-se em “condomínios” não regularmente instituídos; afronta a Constituição da República a concessão da administração

---

<sup>63</sup> "O Distrito Federal é uma unidade federativa de compostura singular, dado que: a) desfruta de competências que são próprias dos Estados e dos Municípios, cumulativamente (art. 32, § 1º, CF); b) algumas de suas instituições elementares são organizadas e mantidas pela União (art. 21, XIII e XIV, CF); c) os serviços públicos a cuja prestação está jungido são financiados, em parte, pela mesma pessoa federada central, que é a União (art. 21, XIV, parte final, CF). Conquanto submetido a regime constitucional diferenciado, o Distrito Federal está bem mais próximo da estruturação dos Estados-membros do que da arquitetura constitucional dos Municípios. Isto porque: a) ao tratar da competência concorrente, a Lei Maior colocou o Distrito Federal em pé de igualdade com os Estados e a União (art. 24); b) ao versar o tema da intervenção, a Constituição dispôs que a 'União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal' (art. 34), reservando para os Municípios um artigo em apartado (art. 35); c) o Distrito Federal tem, em plenitude, os três orgânicos Poderes estatais, ao passo que os Municípios somente dois (inciso I do art. 29); d) a Constituição tratou de maneira uniforme os Estados-membros e o Distrito Federal quanto ao número de deputados distritais, à duração dos respectivos mandatos, aos subsídios dos parlamentares, etc. (§ 3º do art. 32); e) no tocante à legitimação para propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o STF, a Magna Carta dispensou à Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal o mesmo tratamento dado às Assembleias Legislativas estaduais (inciso IV do art. 103); f) no modelo constitucional brasileiro, o Distrito Federal se coloca ao lado dos Estados-membros para compor a pessoa jurídica da União; g) tanto os Estados-membros como o Distrito Federal participam da formação da vontade legislativa da União (arts. 45 e 46) [...]" (ADI 3.756, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 21-6-2007, Plenário, DJ de 19-10-2007.)

<sup>64</sup> Alexandre de Moraes, neste mesmo sentido, assevera que “[...] em relação ao Distrito Federal, a Constituição Federal não foi explícita na previsão do controle de constitucionalidade concentrado de suas leis ou atos normativos. Porém, em virtude do art. 32 da Carta, o Distrito Federal possui as competências administrativas e legislativas cumulados dos Estados e dos Municípios.” (MORAES, 2006, p. 693).

das quadras (bairros) às associações de moradores; viola o direito de circulação a fixação de obstáculos (cancelas, guaritas, correntes) que dificultem a entrada e saída das quadras; bem como, é inconstitucional a apropriação privada, mesmo que autorizada por lei, de bens de uso comum. Desta forma, dispõe o precedente assim ementado:

Lei Distrital 1.713, de 3-9-1997. Quadras residenciais do Plano Piloto da Asa Norte e da Asa Sul. Administração por prefeituras ou associações de moradores. Taxa de manutenção e conservação. Subdivisão do Distrito Federal. Fixação de obstáculos que dificultem o trânsito de veículos e pessoas. Bem de uso comum. Tombamento. Competência do Poder Executivo para estabelecer as restrições do direito de propriedade. Violação do disposto nos arts. 2º, 32 e 37, XXI, da Constituição do Brasil. A Lei 1.713 autoriza a divisão do Distrito Federal em unidades relativamente autônomas, em afronta ao texto da Constituição do Brasil – art. 32 – que proíbe a subdivisão do Distrito Federal em Municípios. Afronta a Constituição do Brasil o preceito que permite que os serviços públicos sejam prestados por particulares, independentemente de licitação (art. 37, XXI, da CF/1988). Ninguém é obrigado a associar-se em ‘condomínios’ não regularmente instituídos. O art. 4º da lei possibilita a fixação de obstáculos a fim de dificultar a entrada e saída de veículos nos limites externos das quadras ou conjuntos. Violação do direito à circulação, que é a manifestação mais característica do direito de locomoção. A Administração não poderá impedir o trânsito de pessoas no que toca aos bens de uso comum. O tombamento é constituído mediante ato do Poder Executivo que estabelece o alcance da limitação ao direito de propriedade. Incompetência do Poder Legislativo no que toca a essas restrições, pena de violação ao disposto no art. 2º da Constituição do Brasil. É incabível a delegação da execução de determinados serviços públicos às ‘Prefeituras’ das quadras, bem como a instituição de taxas remuneratórias, na medida em que essas ‘Prefeituras’ não detêm capacidade tributária. (ADI 1.706, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-4-2008, Plenário, *DJE* de 12-9-2008.)

Em seu voto, o Ministro Eros Grau elucidava que o fechamento das quadras do plano piloto de Brasília viola o direito fundamental de circulação, pois, segundo o ministro, “[...] se a Administração impede um indivíduo de circular de um lugar para o outro, nisso não lesiona o direito, do indivíduo, de usar a via pública, mas sim o seu direito de liberdade. [...] é lesionado o direito corporativo a que a estrada seja mantida destinada ao uso comum.”.

Ainda quanto à violação da liberdade de locomoção, o então ministro Eros Grau concluiu que “[...] A Administração não poderá impedir o trânsito de pessoas no que toca aos bens de uso comum. [...]”. Entende-se que os bens de uso comum se compõem de patrimônio público essencial à qualidade de vida da população. Fatalmente uma cidade sem praças, parques públicos, lagoas, margens de rios conservadas, canteiros arborizados, se transforma em ambiente difícil, hostil à vida humana, pois o clima se torna desagradável, os desastres naturais se potencializam, a convivência cidadina se torna mais insensível.

Não é por menos, pois, que o direito social ao lazer se compõe de dimensão do direito fundamental à cidade, que segundo preceitua José Carlos de Freitas,

Não menos importante é a *recreação* como função urbana. Nela se compreende o direito social ao lazer, que se manifesta nas modalidades de lazer, que é a 'entrega à ociosidade repousante', e de recreação ou a 'entrega ao divertimento, ao esporte, ao brinquedo'.

Sua finalidade é a de refazer as forças após o trabalho semanal em lugares apropriados, ora em locais tranquilos, ora noutros dotados de equipamentos lúdicos, sempre em sítios vocacionados para o repouso, para a contemplação ou para os jogos e diversões, tais como os jardins, os parques, as praças de esportes, as praias, e também áreas verdes.

É o complemento da vida urbana, para superar os desgastes do dia-a-dia na lida e no trânsito angustiante das cidades, que necessário refazer as forças depois da labuta semanal" (FREITA, 1999a, p. 298)

Neste sentido, os bens públicos de uso comum decorrentes do parcelamento do solo urbano devem fundamentais funções à cidade, de forma que se traduzem em direitos metaindividuais. Portanto, em vista do direito social ao lazer, o fechamento de bairro e, conseqüente, vedação aos demais munícipes de usufruírem dos espaços públicos se mostra inconstitucional.

Porquanto, Eros Grau expõe sobre a noção de uso comum, que os bens públicos desta categoria compõem:

[...] singelamente, o uso de um bem que, sem autorização especial, é acessível a todos ou ao menos a um conjunto não individualizado de pessoas. O uso comum (Gemeingebrauch) é um modo especial de utilização que tem por efeito colocar em um categoria *sui generis* os bens que constituem seu objeto. [...] *tais bens encontram-se justamente na circunstância de esses bens constituírem, já em si, um serviço público.* (ADI 1.706, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-4-2008, Plenário, DJE de 12-9-2008, grifos nossos).

Em vista deste argumento expressado pelo Min. Eros Grau, faz-se breve digressão sobre a necessidade de prévio procedimento de licitação para outorga de permissões e concessões de uso exclusivo de bens públicos.

Dentro desta concepção de que a afetação dos logradouros públicos ao uso comum se constitui, em decorrência desta consagração, em serviço público, na medida em que o bem público serve-se à população desde que esteja atrelado a uso comum; vê-se que é acertado o entendimento de que se faz necessário prévio procedimento licitatório para a concessão ou permissão de uso, precipuamente, quando há mais interessados na administração da área enclausurada.

Neste sentido, colaciona-se outra ilegalidade/inconstitucionalidade no fechamento de bairros, haja vista que na unanimidade dos casos se dispensa o procedimento licitatório, que, conforme precedente do STF, acima ementado, contraria o preceito veiculado pelo art. 37,

inciso XXI, da Constituição de 1988<sup>65</sup> (neste mesmo sentido se dissertou nos itens 3.3.1.2 e 3.3.1.3). Este também é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. DESAFETAÇÃO DE BEM DE USO COMUM. PERMISSÃO DE USO SEM LICITAÇÃO.

1. Viola o art. 117 da CE a norma municipal que outorga permissão de uso de bem de uso comum a particular sem a necessária licitação. 2. A desafetação de bem de uso comum somente se mostra legítima em casos excepcionais, quando afastado o prejuízo para a finalidade da sua instituição. Ação julgada procedente. (TJ.SP. Órgão Especial. ADI n.º 181.303-0/5. Rel. Des. Laerte Sampaio. Dj. 09 dez. 2009).

Segundo o elucidativo voto do Desembargador Laerte Sampaio, para as permissões qualificadas de uso privativo de bem público, ou para as permissões simples em que haja concorrentes interessados, bem como às concessões de uso privativo ou exclusivo, é imprescindível prévio procedimento licitatório:

[...] A doutrina conceitua a permissão simples como ato unilateral, discricionário e precário pelo qual a administração atribui ao particular o uso do bem público. Desse conceito, que a aproxima da simples autorização, retira a conclusão da inexistência da licitação prévia em face da discricionariedade e precariedade, *mas que tal providência haveria de ser obedecida se a hipótese comportar disputa entre possíveis interessados.*

Entretanto, o mesmo não pode ser considerado em face da chamada permissão qualificada pela estipulação de prazo certo, adquirindo contornos contratuais. Em tais casos se reconhece que, inobstante o decantado caráter precário, o permissionário adquire direito subjetivo de uso do bem pelo tempo previsto e de ser indenizado no caso de descumprimento por parte da administração. [...] (TJ.SP. Órgão Especial. ADI n.º 181.303-0/5. Rel. Des. Laerte Sampaio. Dj. 09 dez. 2009).

Vê-se, portanto, que a jurisprudência e a doutrina posicionam-se no sentido de se exigir a licitação para a concessão ou permissão de uso privativo ou exclusivo, principalmente, quando há mais interessados pela administração do espaço público a ser fechado.

Quanto ao que se expunha sobre o direito de locomoção e circulação, segundo os que defendem o fechamento, este não se sobrepõe, ao direito fundamental à segurança.

E, como já preceituado, o principal motivo pelo qual grupos de moradores se socorrem à Municipalidade para o fechamento do bairro é a insegurança pública.

<sup>65</sup> Art. 37, inc. XXI: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

### ***5.1.2 Direito fundamental à segurança e mais questões urbanísticas atreladas aos fechamentos de bairros***

Alega-se em defesa do fechamento de bairro que as leis que autorizam as permissões ou concessões de uso exclusivo se legitimariam no direito fundamental à segurança, consagrado no art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, e que o caso dos bairros fechados se trataria de conflito de direitos fundamentais.

Este é o entendimento de Wendell Lopes Barbosa de Souza, citado em artigo de autoria de Toshio Mukai, que compreende que o fechamento se trata “[...] de verdadeiro conflito de direitos constitucionais. Os estranhos pretendem o exercício do direito de ir e vir em praças públicas, previsto no art. 5º, XV, da Constituição Federal. Os moradores defendem seu direito à segurança, previsto no caput do art. 5º da Constituição Federal.” (SOUZA, *apud*, MUKAI, 2011, p.12).

Neste sentido também corrobora Luis Manuel Fonseca Pires, segundo o qual a possibilidade do fechamento de bairro, vila ou rua se dá de acordo com a ponderação de valores constitucionais, de forma que:

[...] via de regra a colisão dos princípios da segurança pública e da liberdade de locomoção deve conduzir, quando se trata da legitimidade de restringir o acesso aos loteamentos e vilas, à *predominância do primeiro (da segurança pública)*. Mas não sem antes considerar que as especificidades do caso poderão orientar para o direito fundamental de liberdade de locomoção quando houver algum outro valor ou elemento fático agregado ao caso em análise que intumescça a sua importância (é o caso de pretender-se o fechamento de um loteamento em frente à praia, o que deve ser repudiado pelo Poder Público). [...] (PIRES, 2006, p. 109, grifos nossos)

De fato, conforme José Adércio Leite Sampaio (2002, p. 722) assevera: “Não se pode falar em direitos fundamentais ilimitados ou absolutos [...]”. Assim, é essencial para a preservação da força normativa da constituição a formatação de ambiente capaz de conciliar as diversas demandas divergentes da sociedade. Desta forma, segundo Konrad Hesse,

[...] a Constituição não deve assentar-se numa estrutura unilateral, se quiser preservar a sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social. Se pretende preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária. Direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder, o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo. (HESSE, 1997, p. 5)

Destarte, o conflito entre direitos fundamentais (colisão em sentido estrito) ou destes em vista de outra norma constitucional, garantidora de interesse público ou bem coletivo (colisão em sentido amplo) são, em certa medida, consequências do amplo rol de direitos e da complexidade das sociedades contemporâneas.

Toshio Mukai (2011) disserta, em defesa dos fechamentos de loteamentos, que este fenômeno se traduz em conflito de direitos fundamentais que pode ser solucionado por meio da regra da proporcionalidade, ponderando-se valores contrapostos. Toshio Mukai utiliza-se de critério meramente metodológico, acreditando que a ponderação de direitos fundamentais possa partir de hierarquização topográfica, contida e selecionada, *a priori*, no texto constitucional; assim, segundo o autor:

[...] ademais, numa interpretação essencialmente de hermenêutica jurídica, como ensina o princípio dos hermeneutas, Carlos Maximiliano, na interpretação de uma disposição composta do *caput* e de diversos parágrafos, incisos e alíneas, o sentido e o alcance (e suas interpretações) devem ser efetuadas sob subordinação ao norte de orientação do *caput* do artigo. Ou seja, o *caput* prevalece sobre os parágrafos, incisos e alíneas que o compõem.

Assim, sendo em razão do princípio da segurança das pessoas previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, o seu inciso XV, que contempla o direito de ir e vir, está subordinado e é inferior ao *caput* do art. 5º; portanto, nesse conflito, o princípio da segurança individual deve prevalecer em detrimento do direito de ir e vir (inciso XV do art. 5º). (MUKAI, 2011, p.13)

Contudo, não é possível ou razoável que se conceba estar na Constituição hierarquia predisposta entre os direitos fundamentais; desta forma, a colisão entre direitos constitucionais se soluciona perante a análise e ponderação destes direitos em vista do caso concreto, de modo que a argumentação se construa em vista da conformação dos direitos perante os valores e princípios constitucionais. Neste sentido, de acordo com os ensinamentos de José Adércio Leite Sampaio,

Uma escala de valores não é, de plano, identificada na Constituição, muito menos partindo da simples posição topográfica dos princípios e normas enunciados. A conclusão que se extrai [...] é exatamente oposta: o Supremo, no coro da jurisprudência das Cortes Constitucionais, não reconhece uma hierarquia de direitos, previamente concebidas.

[...] A estruturação dos direitos fundamentais, segundo uma hierarquia preestabelecida, é incompatível com o caráter pluralístico da sociedade, bastando considerar que, em caso de conflito, o direito mais elevado privaria de validade todos os direitos inferiores e geraria uma ameaçadora “tirania de valor”, socialmente destrutiva. [...] *Apenas o balanceamento (ou, mais exatamente, juízo de adequação) que parta de uma igualdade abstrata de normas constitucionais possibilita o desenvolvimento de uma “lógica flexível”, de probabilidade, de possibilidade e de razoabilidade, que, se tem também seus perigos, não prefixa o resultado, independentemente das circunstâncias concretas, nem leva à exclusão ou inclusão necessária de qualquer deles.* (SAMPAIO, 2013, p. 717-718, grifos nossos)

Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento Filho (2008) corrobora que por não ser possível a Constituição fornecer soluções mecânicas para o problema das colisões envolvendo direitos fundamentais, “[...] a maneira de compensar o excesso de subjetivismo ou ativismo judicial é empregando *cuidadosa argumentação e justificação da opção adotada.*” (SARMENTO FILHO, 2008, p. 70, grifos nossos)

Assim, a simples alegação do direito à segurança como fundamento para o fechamento *não basta* para a viabilidade dos bairros fechados. Pois, diferentemente dos entendimentos alhures, o direito à segurança de uns não pode violar o direito de ir e vir dos demais.

Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento Filho (2008) ainda assevera ser desproporcional os fechamentos de bairros, pois, segundo o autor,

Permitir o fechamento, segundo vontade do particular, ainda que com a conivência do Poder Público, subverte o ordenamento jurídico brasileiro. Não se pode permitir que as cidades fiquem à mercê da vontade dos particulares, afastando o planejamento calcado no interesse público, que é nota característica do urbanismo. [...]  
O fechamento de loteamentos, além de desatender à sua finalidade pública [...], na medida em que priva a população do uso de bens coletivos, restringe sobremaneira a livre circulação do cidadão, que é um direito fundamental. (SARMENTO FILHO, 2008, p. 72)

Segundo ensinamentos de Humberto Ávila (2005, p.124), a regra da proporcionalidade pode ser assim ementada:

Um meio é proporcional quando o valor da promoção do fim não for proporcional ao desvalor da restrição dos direitos fundamentais. Para analisá-lo é preciso comparar o grau de intensidade da promoção do fim *com o grau de intensidade da restrição dos direitos fundamentais*. O meio será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais.

Desta forma, o desvalor ocasionado por tais fechamentos se apresenta em proporção demasiadamente elevada em relação ao favorecimento ocasionado a minoria dos moradores da área enclausurada.

Neste sentido, colaciona acórdão da 8ª Câmara de Direito Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que decidiu procedente ação popular contra o fechamento de parte de bairro da capital mineira, constituído por ruas sem saída (“cul-de-sac”), determinando o desfazimento das cancelas e obras que fechavam parte do bairro Mangabeiras (denominado de Clube dos Caçadores), na cidade de Belo Horizonte. Do voto do relator Desembargador Edgard Penna Amorim se extrai acertado entendimento que bem refuta os argumentos alhures

de que a questão dos fechamentos de bairros se legitimaria em vista da tutela do direito à segurança. Segundo Edgard Penna Amorim,

[...] não é *proporcional* a restrição que vise a alcançar um benefício muito inferior aos ônus que ela implica, ou seja, *contraria o regime constitucional restringir o acesso de toda a coletividade a um conjunto relevante de bens de uso comum, para o fim de melhorar unicamente a segurança de um Bairro da capital, socializando em desfavor do restante do Município os influxos da marginalidade.* (TJMG. 8ª Câmara Cível. Ap. nº 1.0024.05.860138-6/004. Rel. Des. Edgard Penna Amorim. DJ. 09/06/10, grifos nossos).

Desta forma, a ideia de se fechar bairros da cidade como alternativa ou meio contra a insegurança pública se mostra em contrassenso que viola também o princípio da função social da cidade, tratando-se de solução para uma minoria em detrimento do interesse da coletividade e da cidade. Neste mesmo entendimento, dos autos dos embargos de declaração interpostos em vista do mesmo acórdão acima citado, de relatoria do Des. Edgard Penna Amorim, extrai-se que,

Nesse sentido, as cancelas, a guarida e a colocação de segurança particular à frente da única entrada para a extensa área pública em questão é, também, incontroversa, assim como é notório que, do ponto de vista urbanístico, o "fechamento" do bairro promoveu a sua exclusão da natural ambiência urbana, ferindo o princípio da função social da cidade e a própria lei local, dentre os muitos outros preceitos fartamente indicados no acórdão recorrido. (TJMG. Ação Popular. Embargos de Declaração nº 1.0024.05.860138-6/005. Rel. Des. Edgard Penna Amorim. DJ 02/06/2011)

Não foi em outro sentido que se dissertou, neste trabalho, primeiramente sobre o indispensável planejamento urbano. De fato, a propriedade pública e particular devem se conformar dentro dos propósitos dispostos no Plano Diretor municipal, pois a propriedade, notadamente a propriedade pública, deve estar em função da cidade. Nisto se baseia o direito fundamental à cidade, que se expressa concretamente no feixe de direitos resultantes do princípio das funções sociais da cidade, entre os quais o direito ao lazer, à moradia, à locomoção e ao meio-ambiente sustentável.

Diante do único argumento do direito fundamental à segurança, levantado pelos defensores do fechamento de bairros, surgem-se diversos questionamentos, sobre os quais não se encontram respostas senão contrárias aos englobamentos antidemocráticos dos espaços públicos de uso comum.

Desta forma, inquire-se: Qual Plano Diretor, de qualquer município brasileiro, estabelece a possibilidade de fechamento de bairro tradicional da cidade, que, portanto, integra o ambiente geográfico e cultural da cidade?

De fato, de todos os julgados e leis municipais analisados, nenhum dos fechamentos resultou de permissivo contido no plano diretor. Não há debate, diálogo nem audiência pública sobre os fechamentos. Desta feita, o que ocorre é que, hipoteticamente, o indivíduo vizinho de área recém enclausurada que sempre acordava cedo para fazer sua corrida na praça da região, de repente se vê compelido a voltar, pois o acesso àquela parte do bairro fora fechado a “estranhos”.

Diante dos casos aqui relatados, julgados ou não pelo judiciário, e do princípio da função social da propriedade urbana, estende-se por mais dúvidas a viabilidade jurídica dos bairros fechados, porquanto não se sustenta legítimo o enclausuramento de bairros da cidade para uso exclusivo de alguns moradores, pois, como entender possível a desafetação, por exemplo, de praça pública, para posterior concessão ou permissão de direito real de uso para finalidade que não se coaduna a nenhuma das apresentadas no Decreto-lei n.º 271/1967, ou seja, para nenhuma hipótese com fins de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra exploração de interesse social?

Como dissertado, não é possível que se destitua a afetação de bem público de uso comum sem se levar em conta os fatos, é necessário, pois, que o bem de uso comum esteja, ao menos, verdadeiramente, inutilizado pela população, não se servindo mais ao propósito ao qual fora consagrado, reitera, portanto, que se trata de fato em que o bem público perdeu sua função ou pelo abandono ou pelo desuso do espaço público pela população, ou mesmo quando há a perda do bem (como, por exemplo, em desastre natural que o destrua), importando que o ato de desafetação seja devidamente fundamentado e autorizado por lei, demonstrando, por fim, as questões de fato que resultaram na desafetação. É importante ressaltar, porém, que o abandono do bem pelo proprietário estatal, diferentemente, não resulta na mesma conclusão, pois, neste caso, o abandono do bem público pela população é consequência do descumprimento da Administração do seu dever de zelar e conservar patrimônio público.

Desta forma, reitera-se que não se vislumbra que a desafetação seja mero instrumento burocrático útil para afastar o “empecilho” da afetação, como, infelizmente, tem sido utilizada.

Pode-se asseverar, no mesmo sentido do que já fora dissertado (item 3.4), que a prolação de lei para a desafetação dos bens de uso comum, e outorga a moradores para o uso exclusivo, contraria o Direito, na medida em que:

Não se afasta a possibilidade da desafetação. Mas somente se mostra legítima em casos excepcionais, quando afastado o prejuízo para a finalidade da sua instituição. Neste campo, não há possibilidade de aceitar-se tal procedimento sob a justificativa vaga e imprecisa do interesse público, quando não se atenta para a necessidade dos planos de urbanização e habitacionais se aterem ao plano diretor como atualmente previsto pelos artigos 39 e seguintes, da Lei Federal nº 10.257/2001. (TJ.SP. ADI nº 181.303-0/5. Rel. Des. Laerte Sampaio. Dj. 09 dez. 2009)

Nisto, afirma-se que não há fundamentação legítima para a desafetação de espaços públicos que por sua própria destinação ao uso comum já cumprem fundamental função social e se traduzem tão somente nesta afetação, conforme entendimento do Min. Eros Grau, em serviço público (que, em certa medida, pode-se entender, ao menos, como serviço público em sentido amplo).

Como já apresentado, parte dos fechamentos de bairros não é realizada por meio da desafetação dos bens públicos<sup>66</sup>. O fundamental motivo pelo qual não se utilizam das desafetações é por contrariarem a doutrina e a jurisprudência – na qual aqui se apoia – da necessidade da desafetação se constituir não apenas de questão jurídica mas também de fato, devendo sempre ser realizada visando o interesse público primário.

Porquanto, na tentativa de se afastarem de algum questionamento no judiciário, visando, portanto, maior segurança jurídica ao ato, os fechamentos são, em boa parte, realizados por meio de concessão ou permissão de uso exclusivo aos moradores e proprietários, admitindo-se para tanto o fechamento do bairro, conforme diretrizes de lei autorizadora.

Neste caso, alega-se que não haveria qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade no ato, porque o bem público continuaria afetado ao uso comum (a rua continuaria a ser rua, a praça continuaria a ser praça), conquanto, concedido ou permitido à particulares, por determinado prazo, a título gratuito ou oneroso, estabelecendo, para tanto, os deveres e direitos dos particulares. Entre os deveres dos particulares são comuns: limpeza, conservação e manutenção dos bens públicos; quanto aos direitos, acesso exclusivo aos moradores e proprietários, permissão para o fechamento do perímetro por meio de cercas ou muros, bem como, para o aparato de segurança.

Porém, como asseverado pela doutrina dos bens públicos, a permissão ou concessão de uso privativo, para exclusividade de uso por particular, deve estar em consonância com o uso principal ao qual o bem esteja afetado. Neste sentido, permissão qualificada para o

---

<sup>66</sup> No Estado de São Paulo, onde é grande o número desses fechamentos, estes não são viabilizados, em sua maioria, por meio de desafetações, principalmente, porque, na constituição paulista, há vedação expressa à desafetação de bens públicos de uso comum.

fechamento e uso exclusivo de vias públicas não possui amparo na teoria dos bens públicos, pois, estão estes bens afetados ao primordial uso comum para o deslocamento de pessoas e veículos, o que não se compatibiliza com o uso exclusivo e consequente enclausuramento do bem público, pois tal fato desvirtua totalmente o uso principal.

Nisto, ainda se assevera que não é razoável a cidade perder espaços públicos já escassos para o uso *exclusivo* de particulares, sem nenhuma contraprestação urbanística, e, por vezes, a título gratuito ou à preço irrisório.

Baseando-se no caso concreto do Clube dos Caçadores, em Belo Horizonte, ilustrado acima, percebe-se que se trata de área localizada no bairro Mangabeiras, região nobre da capital que, segundo os autos do processo do julgamento da apelação cível, fora fechada e cedida por meio de permissão de direito real de uso.

A área permitida ao fechamento correspondia a 9.520 ms<sup>2</sup>, abrangendo uma praça e quatro ruas, todas desafetadas, menos a praça, que por descuido não se incluiu no Decreto de desafetação<sup>67</sup>, decorrente de Lei municipal reguladora. Assim, parte nobre do bairro Mangabeiras, de importância urbanística, paisagística e arquitetônica singulares à cidade de Belo Horizonte, fora fechada por permissão de direito real de uso, durante o prazo de 15 anos, e pela permissão o Município exigiu "[...] realizar contrapartida de caráter urbano, ambiental ou social compatível com a situação em exame, conforme definido pelo Poder Público e ainda intervenções urbanas representadas por obras civis e outras no Parque das Mangabeiras, com valor de até R\$200.000,00 (duzentos mil reais)." (MINAS, 2010).

Assim, uma das regiões mais nobres da capital mineira fora fechada, impedindo o uso por toda a população belorizontina, pela bagatela de até R\$200.000,00, representados por obras, definidas pela Administração.

Indaga-se: qual seria o valor de aluguel de uma área de 9.520ms<sup>2</sup> no bairro Mangabeiras? Duzentos mil reais, afirma-se, mesmo sem conhecimento do mercado local, que categoricamente não é. Assim, apresentado este absurdo número, conclui-se que não é proporcional e não é razoável permitir direito real de uso de tamanho espaço público por irrisório preço. Diga-se, por exemplo, que se, hipoteticamente, a Administração, em vez de limitar o valor, exigisse em contrapartida área vizinha e de mesmo tamanho do espaço público

---

<sup>67</sup> Segundo o Relator Des. Edgard Penna Amorim: “[...] O que se observa, na realidade, é que houve um desvirtuamento do sentido original da proposta de lei ao se impedir o livre acesso da população nas ruas destacadas, ficando estabelecida a desafetação do uso comum durante a permissão, o que privilegiou apenas o interesse particular dos moradores, não se olvidando, ainda, que o Decreto nº 11.746/2004 nada mencionou a respeito da Praça Sebastião Paes de Almeida, que, mesmo não desafetada, sujeitou-se às restrições daquelas ruas, mais uma vez molestando a coletividade. (TJMG. 8º Câmara Cível. Ação Popular. Apelação nº 1.0024.05.860138-6/004. Rel. Des. Edgard Penna Amorim. DJ. 09/06/10).

fechado, permitido a direito real; comprariam os moradores e proprietários associados pelo valor de R\$200.000,00? Fatalmente que não, com absoluta certeza despenderiam vultosa soma de milhões de reais. É justo, então, a população cidadina perder a fruição deste patrimônio sem, no mínimo, a devida compensação urbanística e monetária?

No acórdão, citado alhures, que julgou nulo o decreto que permitiu o fechamento do “Clube dos Caçadores”, o desembargador Edgard Penna Amorim bem lista em seu voto uma série de vedações constitucionais ao fechamento de bairro e de forma exata corrobora com as perguntas e respostas acima realizadas:

Nessa esteira, são muitos os dispositivos constitucionais que orientam a interpretação da expressão via em "cul-de-sac" [rua sem saída, com rotatória para manobras no final] (art. 1º, § único), a qual, como asseverado alhures, *não se compatibiliza com o fechamento de bairros*, pelos fundamentos, a seguir, enumerados:

- a) no art. 1º da CR/88, à República foi conferida a condição de "Estado Democrático de Direito", que pressupõe o livre acesso da coletividade a seus próprios bens, sobretudo no que toca à praça pública, cuja origem remonta às "ágoras" - praças gregas onde a primeira democracia teve sua origem;
- b) os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana, indissociáveis dos direitos à igualdade e à liberdade - direito de ir e vir e de permanecer nos espaços públicos das cidades -, não se compatibilizam com as restrições do Decreto Municipal n.º 11.746/2004;
- c) no art. 3º da CR/88, verifica-se o estabelecimento dos seguintes e determinantes objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: "construir uma sociedade livre, justa e solidária", erradicar a marginalização e reduzir as desigualdades sociais", "promover o bem de todos sem preconceito de quaisquer formas de discriminação", o que, também, vai de encontro à medida municipal combatida nestes autos;
- d) no inc. XV do art. 5º da CR/88, está previsto o direito à livre locomoção no território nacional - sobretudo nas praças - em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;
- e) no inc. XVI do art. 5º da CR/88, resguarda-se o direito de todos se reunirem, pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local;
- f) no inc. XXIII do art. 5º da CR/88, estabelece-se a obrigação do uso da propriedade para atendimento a sua função social, o que significa que o exercício da propriedade particular está sujeito às restrições em favor da coletividade e não que se deva restringir o uso natural do bem público com vistas a garantir a um limitado número de populares um direito à segurança superior ao garantido para o restante da coletividade;
- g) no art. 6º da CR/88, destaca-se o direito ao lazer da coletividade, "in casu", intimamente ligado ao acesso da população aos espaços públicos de relevância para a ambiência das cidades;
- h) no art. 182 da CR/88, a previsão de uma política de desenvolvimento urbano, a ser executada pelo Poder Público municipal com o objetivo de ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes, entra em choque com medidas que desagreguem a organização do espaço público;
- i) no art. 217, § 3º, da CR/88, o dever de o Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais e de incentivar o lazer como forma de promoção social não se coaduna com o fechamento do espaço público em questão;

j) no art. 144, "caput", da CR/88, a previsão da segurança pública como "um dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, a ser exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio", não exclui a observância dos limites impostos à vida urbana de comunhão do espaço público.

Por fim, baseando-se nos fatos relatados e conforme os termos de permissão ou concessão de uso exclusivo, o que se percebe é que se institui de certa função administrativa determinada associação de moradores, que fica responsável pela administração dos bens públicos do bairro enclausurado; disto, inúmeros são os conflitos que chegam para a solução do judiciário, pois, os moradores que não concordam com o fechamento sentem-se lesados no seu direito fundamental de propriedade, bem como, no direito à livre associação. Como obrigar determinado morador, proprietário há anos de imóvel adquirido em bairro resultante de tradicional parcelamento do solo, a se associar? Diante de negativa espontaneidade a associar-se, é possível obrigá-lo a contribuir no custeio dos bens público enclausurados, alegando, para tanto, que se encontra em espécie de “condomínio de fato”, sendo, pois, obrigado no rateio das despesas?

### **5.1.2 O direito fundamental à livre associação e os “condomínios de fato”**

O fechamento de bairro já integrado ao ambiente da cidade transgride ainda o direito fundamental à livre associação dos moradores. Paulo Napoleão Nogueira da Silva afirma que,

O direito de livre associação é uma das consequências dos princípios que consagram a liberdade individual (Preâmbulo e art. 5.º, *caput*) e da livre manifestação de pensamento (art. 5.º, IV) [...] aduz-se, não teria sentido proclamar tal princípio e em contrapartida negar à pessoas o direito de se associarem. [...] Em suma, associar-se ou permanecer associado, ou não, é direito individual e indeclinável de cada cidadão, não podendo a lei nisso interferir. (SILVA, 2009, 140-143)

Diante deste conceito, percebe-se acertado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema e que fora aqui exposto quando se dissertou sobre o loteamento especial. De modo que, neste momento, mostra-se mais contundente a violação à liberdade associativa, pois, como o fechamento se dá posteriormente à aquisição dos prédios casas e lotes, em área já incorporada pela cidade, não há explicitações sobre o fechamento nos cartórios de registros.

Diante deste quadro, não se pode cogitar o princípio geral de direito do *venire contra factum proprium*, que visa afastar a tutela de comportamentos contraditórios, defendido no acórdão, citado alhures, de relatoria do Desembargador Guinther Spode, da 19ª Câmara Cível

do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>68</sup>, que tratava, no caso, sobre a obrigatoriedade do morador associado pelas despesas do loteamento especial, devidamente instituído.

Pois, ao contrário do caso julgado, no fechamento de bairro, que se realiza posteriormente à ambientação dos proprietários e moradores, não se presencia nenhum termo ou compromisso ou regulamento assumido pelos moradores, bem como, do registro destes no cartório de registro de imóvel competente.

Deste modo, apresenta-se como exemplo do entendimento do STJ, o recurso especial, de relatoria do Min. Carlos Alberto Menezes de Direito, assim ementado:

LOTEAMENTO. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. COBRANÇA DE TAXA CONDOMINIAL. PRECEDENTES DA CORTE.

1. Nada impede que os moradores de determinado loteamento constituam condomínio, mas deve ser obedecido o que dispõe o art. 8º da Lei nº 4.591/64. No caso, isso não ocorreu, *sendo a autora sociedade civil e os estatutos sociais obrigando apenas aqueles que o subscreverem ou forem posteriormente admitidos.*

2. *Recurso especial conhecido e provido.* (STJ. REsp. nº 623.274 - RJ. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes de Direito. Dj. 25 maio 2007, grifos nossos).

Em vista do direito da liberdade associativa não é possível o fechamento de ruas e logradouros público de bairros da cidade sem que a totalidade dos moradores concorde com o ato. Assim, demonstram-se inconstitucionais leis municipais que exigem para o fechamento percentual mínimo de aceitação dos moradores<sup>69</sup>.

Neste entendimento, Luiz Antonio Scavone Júnior (2013) esclarece que,

O que caracteriza o loteamento fechado é a concessão do uso dos bens públicos do artigo 22 da Lei nº 6.766/79 firmada com associação de moradores, precedida de Lei Municipal, bem como o precitado regulamento devidamente averbado junto à matrícula do loteamento.

Nada impede que os moradores se cotizem para fechamento do loteamento. Inicialmente, mister se faz que criem uma associação sem fins lucrativos, com a participação da totalidade dos moradores.

<sup>68</sup> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. LOTEAMENTO ABERTO. TRANSFORMAÇÃO EM FECHADO. ASSEMBLÉIA. PARTICIPAÇÃO E APROVAÇÃO PELO APELANTE. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON LICET.

A doutrina e a jurisprudência vedam a prática comportamentos dúbios, aplicando-se o princípio da *venire contra factum proprium non licet*. Atuação do apelante que fere o princípio doutrinário, pois participou de assembleia em que apreciada e votada por unanimidade a transformação do loteamento de aberto para fechado, tendo votado favoravelmente. Lei Municipal autorizativa da transformação, afastando a alegação de clandestinidade. Apelação improvida.

(TJ/RS. 19ª Câmara Cível. Ap. n. 70028861847. Des. Rel. Guinther Spode. Dj. 17 nov. 2009)

<sup>69</sup> Por exemplo, Lei Municipal n.º 3.449/2012, do município de Guarapari / ES, determina em seu art. 4º que: “Os loteamentos *já existentes* que tenham sido implantados total ou parcialmente ou modificados em conformidade com a Lei Federal nº 6.766/79 poderão requerer seu fechamento e concessão de direito real de uso resolúvel de áreas públicas, desde que cumpridas as diretrizes e requisitos estabelecidos nesta Lei. Parágrafo Único - *Haja a anuência de 50% (cinquenta por cento) mais 01 (um) dos proprietários dos lotes inseridos na porção objeto do fechamento.*” (GUARAPARI, 2012, grifos nossos).

*A unanimidade é fundamental, sem o que não haverá possibilidade de fechamento. Nesse ponto diferirá do loteamento fechado desde a aprovação, vez que neste a sociedade sem fins lucrativos, inicialmente, é formada somente pelo loteador, que é o único proprietário. Na exata medida da venda dos lotes, os terceiros adquirente estarão necessariamente vinculados a esse órgão administrativo por força do regulamento averbado junto ao Oficial de Registro de Imóveis, independentemente do adquirente se associar.*

Criada a associação, esta deve firmar contrato administrativo de concessão com o Poder Público Municipal devidamente autorizado por Lei.

É também necessária a averbação do regulamento junto à matrícula do loteamento para que terceiros, adquirentes dos proprietários que promoveram o fechamento, se vinculem aos seus termos, seguindo os mesmos conceitos do loteamento já fechado.

Se ainda restarem lotes de propriedade do loteador, também será necessária a alteração e o registro do novo contrato-padrão, de acordo com os artigos 18, inciso VI e 26 da Lei nº 6.766/79.

Neste deverá constar transcrição do contrato de concessão, bem como menção ao regulamento e necessidade de fazer constar sua existência em cessões e futuras alienações, muito embora só por cautela, já que terceiros adquirentes estarão vinculados pela publicidade conferida pela averbação do regulamento junto à matrícula do loteamento e não pela sua menção nas escrituras e promessas de compra e venda ou associação ao órgão administrativo do loteamento.

Em entendimento contrário, decidiu a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por unanimidade, irrelevante a necessidade da aprovação da totalidade dos moradores da área enclausurada. No voto do relator Des. Saldanha da Fonseca (2012) se depreende que,

[...] Para este efeito, e ao revés do sustentado pelos apelados, *a transformação do loteamento aberto em fechado não dependia da aprovação prévia de todos os proprietários de lotes da área afetada, bastando a vontade do município* (cedente do uso) e da associação de moradores a quem incumbirá a administração dos bens públicos. E conquanto não tenha a associação poderes para, por sua única vontade, fazer a transformação do loteamento em fechado, sendo certo que, em situações tais, depende de anuência do poder público municipal, providência dessa natureza foi neste caso observada, a teor dos documentos que instruem a própria peça vestibular. O município de Brumadinho aprovou, dentro dos limites de suas atribuições, a transformação do loteamento Recanto da Serra de sua modalidade aberta para fechada, sem qualquer infringência de lei federal, utilizando-se de competência que pode ser extraída, de forma genérica, do artigo 30, VIII, da Constituição Federal [...] (TJ.MG. Ap. n.º 1.0090.09.026041-6/002. Relator: Des. Saldanha da Fonseca. Data do Julgamento: 29/02/2012; data da Publicação: 12/03/2012).

Todavia, não cogita o desembargador em nenhum momento em seu voto sobre o direito fundamental da liberdade de associação; não apresenta, pois, nenhum argumento fundado na mesma ordem de importância dos direitos fundamentais, nem cogita de colisões de direitos, limitando-se, para a fundamentação de sua decisão, a mencionar que os fechamentos se reduzem na vontade soberana do poder público municipal. Contudo, sabe-se que essa mesma vontade do município (como se referiu na decisão), desvinculada dos

preceitos constitucionais e do diálogo democrático com a sociedade civil e administrados, permite, inexoravelmente, arbitrariedades.

Conforme prelecionado, não se deve confundir o loteamento especial, nem tão pouco o fechamento posterior de loteamento convencional, com o instituto do condomínio fechado. Consoante esta defesa, acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (2012) expõe decisão mais acertada aos parâmetros do Direito Urbanístico e do direito fundamental à livre associação:

**E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – AFASTADA – MÉRITO – CONDOMÍNIO INSTITUÍDO SOBRE LOTEAMENTO – AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO DO REGISTRO DE IMÓVEIS – EFEITO ERGA OMNES INEXISTENTE – VALIDADE, ENTRETANTO, DA CONVENÇÃO ENTRE OS ASSOCIADOS – DIREITO DO NÃO-ASSOCIADO DE USAR, GOZAR E DISPOR DE SUA PROPRIEDADE TERRITORIAL, AINDA QUE POSSA COMPROMETER A FACHADA DA ASSOCIAÇÃO DE MORADORES – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.**

Se o magistrado firmou convicção, pelos documentos que compõem o acervo probatório, de que inexistente área comum ou vias particulares, de uso coletivo dos proprietários dos terrenos do loteamento, afastando a tese de configuração de condomínio, cabível o julgamento antecipado da lide se a prova testemunhal seria inútil e contraproducente para o deslinde da causa. Ademais, é pacífico o entendimento no sentido de que, se presentes as condições para o julgamento antecipado da lide, é dever do magistrado, e não mera faculdade, assim proceder.

*Não restando configurado o condomínio, e sim mera associação de moradores, improcede o pedido de condenação do réu na obrigação de não se separar fisicamente da associação e de não fazer obras, como, por exemplo, construção de muros nos limites dos imóveis de sua propriedade, que impliquem na alteração da fachada do loteamento. É dizer, o morador não associado tem o direito de usar, gozar e dispor da coisa livremente. Precedentes da Corte Superior.*

(TJ/MS. Quinta Câmara Cível. Ap. nº 2012.005539-4/0000-00. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. Dj. 24 maio 2012, grifos nossos)

Contrariamente, Danille Machado Soares (1999, p. 27), em obra sobre o condomínio de fato, afirma que o rateio das despesas advindas do fechamento é obrigação de todos os moradores, mesmo os não associados, pois se constituiriam em espécie de condomínio de fato. E, segundo a autora,

As situações de fato são espécies análogas de uma situação jurídica devidamente reconhecida e regulamentada pela lei, porém, faltam-lhe determinados requisitos que as tornam carecedoras de condições legais para sua acessão, em princípio, na vida do direito. Sua existência é concreta em vários pontos das relações humanas, mas por insuficiência da sistemática ortodoxa em absorver a carência contida nessas situações acaba criando uma cisão entre o mundo real e o mundo jurídico

Contudo, como sustentado, não se cogita possível a teoria de que os moradores não associados estariam obrigados pelo rateio das despesas advindas do fechamento. Desta forma, não é razoável o entendimento de que os moradores não associados devem contribuir no rateio das despesas, primeiramente, porque usufruem dos serviços prestados pela associação, e, em outro momento, por se consorciarem em espécie de “condomínio de fato”.

Porque, como asseverado pelos precedentes (colacionados neste capítulo e quando se dissertou sobre os loteamentos especiais), os bairros fechados não são condomínios, pelo simples e elementar motivo de que não é possível a copropriedade de bens públicos. Trata-se, como visto, de associações de moradores que detêm do poder público permissões ou concessões de uso privativo ou exclusivo, que não são capazes de afastar garantia fundamental atinente à liberdade do indivíduo em se associar ou manter-se associado.

Conquanto, obviamente, uma vez que o morador se associa, torna-se obrigatório contribuir com o custeio das áreas públicas da parte enclausurada.

Porém, controvérsia maior advém quanto ao direito fundamental da liberdade em manter-se associado.

Assim, diante do direito fundamental da liberdade associativa, é imperiosa a defesa de que, mesmo que haja possibilidade jurídica para o fechamento, é imprescindível a concordância de todos os moradores, não se vislumbrando possível a ficção jurídica de condomínio de fato.

### ***5.1.3 Possibilidades atinentes ao fechamento de ruas e logradouros públicos sem saída consonantes ao Direito Urbanístico e Constitucional***

Ricardo Pereira Lira (2007), ao narrar sobre a precisa consciência que se deve ter ao se tratar do uso e ocupação do solo urbano, assevera que é necessário que as decisões sobre a cidade devam ser tomadas e vistas “[...] através do prisma da qualidade de vida não apenas individual, mas predominantemente da comunidade” (LIRA, 2007, p. 03). Neste sentido, é possível que, em determinados e singulares casos, seja viável o fechamento de ruas e logradouros públicos de bairros da cidade, em vista do melhoramento da segurança pública, desde que, primeiramente, não contrarie direitos constitucionais e esteja consonante às regras e princípios do Direito urbanístico, o que permite asseverar que não diz respeito à possibilidade de se fechar bairros inteiros que integram a cidade.

Desta forma, entende-se que o fechamento destes espaços poderia ser realizado quando a via pública não se compusesse dentro do indispensável sistema viário da cidade,

notadamente, *este fato se resumiria às ruas sem saída de área residencial*<sup>70</sup>, portanto, de rua que não sirva de acesso a qualquer outro lugar senão às casas que a integram<sup>71</sup>, sendo necessário, para o fechamento, autorização expressa em lei e mediante ato do Executivo<sup>72</sup>; mormente, quando nestas regiões os índices de criminalidade fossem altos, sendo razoável, pois, que documento estatístico da polícia se agregasse no termo de permissão, angariando os motivos do ato.

Sobre a possibilidade de se admitir o fechamento de via sem saída, colaciona-se acórdão da 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2011), assim ementado:

**Ementa:** Apelação Cível. Ação Civil Pública. Autorização de Uso. *Fechamento de rua residencial sem saída*. Autorização concedida por Decreto Municipal. Pretensão do Ministério Público dirigida à anulação do ato. Inadmissibilidade. Outorga de uso privativo que pode recair sobre quaisquer espécies de bens públicos, sejam eles dominicais, de uso especial ou uso comum do povo. Ausência de mácula ao interesse público, pois o bem não perde o caráter de público e nem - se o caso - sua afetação ao uso comum do povo. Autorização ou permissão de uso - cuja distinção é reputada irrelevante por abalizada doutrina - que possui caráter eminentemente precário, podendo ser revogada a qualquer momento, a critério de conveniência e oportunidade, relegado ao alvedrio do Poder Público. Precariedade que ressuma evidente no caso dos autos. Característica expressamente prevista tanto no Decreto de outorga, quanto no termo de recebimento e responsabilidade assinado pelos moradores. Ato que encontra respaldo em legislação municipal sobre o tema. Ilegalidade não configurada. Ação julgada improcedente na origem. Sentença mantida - Recurso não provido. (TJ.SP. Ap. n.º 9221615-65.2007.8.26.0000 Rel. Des. Rui Stoco. Data do julgamento: 11/07/2011; data de registro: 18/07/2011)

<sup>70</sup> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL Ação Declaratória - Instalação de portão em entrada de *rua sem saída*. Pedido de desistência da ação do qual a requerida discordou expressamente - Inteligência do § 4º do artigo 267 do Código de Processo Civil - Ausência de irregularidade no julgamento do mérito - Matéria exclusivamente de direito - *Existência de imóveis com destinação não residencial no local - Afronta à legislação municipal* - Restrição ao acesso de veículos e de pessoas - Impossibilidade - *Excepcionalidade do fechamento de via pública* - Bem de uso comum do povo - Necessário o preenchimento de todos os requisitos legais - Sentença mantida - Recurso improvido. (TJ.SP. 5ª Câmara de Direito Público. Rel. Des. Maria Laura Tavares. Dje. 24/09/2012).

<sup>71</sup> Neste sentido, decidiu a 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo: EMENTA. Apelação Cível. Mandado de Segurança. *Notificação para retirada de portões instalados para fechamento de duas vias públicas interligadas* - Subsunção da situação fática à definição de ruas com características de *rua sem saída* e às exigências contidas na legislação de regência para fechamento não reconhecida - *Ruas que, além da ligação entre si, servem como acessos independentes a terceiro logradouro* - Direito líquido e certo não evidenciado - Retidão da conduta da autoridade impetrada reconhecida - Ordem denegada. Nega-se provimento ao recurso interposto, com observação. (TJ.SP. 13ª Câmara de Dir. Público. Rel. Des. Ricardo Anafe. Data de julgamento: 29/09/2010. Data de registro: 07/10/2010, grifos nossos)

<sup>72</sup> EMENTA: ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO - Vias públicas - Passeio - Municípios que fazem erigir mureta e floreira em área verde, *sem autorização*, por sobre toda a extensão do passeio de um dos lados de via pública, sem saída - *Notificação para desobstrução do local, pela Administração* - Interesse particular que não pode se sobrepor ao interesse público - Sentença de procedência reformada - Recurso da Municipalidade provido - Deve ser julgada improcedente ação movida por municípios, visando obstar atuação da Administração, consistente em notificação para desocupação de área verde erigida por toda a extensão de passeio de um dos lados de via pública sem saída pois o interesse particular não pode se sobrepor ao interesse público. (TJ.SP. 11ª Câmara de Direito Público. Rel. Des. Luis Ganzerla. Data de julgamento, 01/06/2009).

Para tanto, a permissão de uso deveria ser explícita em admitir apenas o controle das entradas e saídas de pessoas e veículos, no intuito de melhorar a segurança local, sendo permitido, para tanto, a construção de guaritas, a instalação de câmeras de segurança e a presença de seguranças privados; contudo, vedado a instalação de cancelas, correntes e portões, para que não se contrariasse direito fundamental à circulação, evitando-se situações que em virtude da amplitude do texto legal se desvirtua o objetivo da norma.

É importante, ainda, que a área a ser encarcerada não detivesse bens públicos de uso comum relevantes à população da cidade, como, por exemplo, praças e parques públicos, para que não se contrariasse o direito fundamental à cidade, privando a população de espaços comuns relevantes à urbe. Sendo salutar, também, que a área sujeita ao fechamento não se compusesse de muitas ruas, nem de grandes extensões, de forma que se limitasse à rua sem saída, evitando-se, deste modo, que se permitisse, de forma transviada, o fechamento de partes imensas de bairros ou mesmo de bairro inteiro, que fatalmente exerce função social indispensável à cidade.

Para se evitar o englobamento destes bens indispensáveis para população cidadina, é salutar que a lei municipal que autorize a permissão de uso de ruas e logradouros sem saída exija estudo prévio dos impactos à vizinhança<sup>73</sup>.

Diante deste estudo, o controle dos possíveis fechamentos se daria de forma mais contundente. Pois, realizada as audiências da população circunvizinha e dos órgãos de controle do meio-ambiente e da ordem urbana, mormente o Ministério Público e secretarias municipais, dar-se-ia oportunidade para que esses agentes, em vista de qualquer ilegalidade, objetasse determinada resolução contida na pretensa permissão, antes do empreendimento.

Sendo igualmente indispensável que o fechamento seja aprovado por todos os moradores, pois não é legítimo que se obrigue alguém a associar ou manter-se associado<sup>74</sup>. Corroborar a este argumento, recente acórdão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do

---

<sup>73</sup> Sobre a necessidade de se exigir Estudo de Impacto de Vizinhança no processo de aprovação de loteamentos convencionais, Fabiane Parente Teixeira Martins preceitua que “[...] Para os casos em que a lei municipal exigir o estudo prévio de impacto de vizinhança, obrigatoriamente, deverão ser realizadas audiências públicas. *A política urbana tem como diretriz a realização de audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente, o que deve ser estendido a empreendimentos ou atividades que possam causar efeitos negativos ao meio ambiente urbano e à qualidade de vida das pessoas*” (MARTINS, 2008, p. 72, grifos nossos).

<sup>74</sup> RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. COBRANÇA COMPULSÓRIA DE TAXA. NÃO ASSOCIADO. IMPOSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. 1. Impossibilidade de a associação de moradores efetuar a cobrança de taxa condominial, ou assemelhada, de não-associado, pois tal ente coletivo não se caracteriza como condomínio. Precedentes específicos desta Corte. 2. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ. REsp. n.º 1.322.393-SP. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Data de julgamento, 20/05/2013).

Estado de Minas Gerais, em Ação Direta de Inconstitucionalidade contra Lei n.º 2.759/2007 do Município de Lagoa Santa, que declarou inconstitucional artigo<sup>75</sup> que dispunha sobre a possibilidade de fechamento de bairro convencional, sendo assim apresentado a ementa da decisão:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI N.º 2.759/2007 DO MUNICÍPIO DE LAGOA SANTA, ART. 46, II, IV, PARÁGRAFO ÚNICO - PARCELAMENTO DO SOLO URBANO - CONDOMÍNIO FECHADO EM LOTEAMENTO ABERTO - CRIAÇÃO - INCISO XX DO ART. 5º DA CR/88 - VIOLAÇÃO - PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - OBSERVÂNCIA - COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO - REPRESENTAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

- O Município por necessidade lógica e expressa disposição constitucional deve obedecer aos princípios plasmados na CR/88, por força do art. 165, parágrafo 1º, da CEMG.

- Compete privativamente ao Executivo Municipal a aprovação de projetos de edificação e planos de loteamento, arruamento e zoneamento urbano, haja vista tratar-se de atividade tipicamente administrativa.

- A criação de condomínio fechado em loteamento aberto já existente fere o direito fundamental de livre associação (inciso XX do art. 5º da CR/88), haja vista que obrigará todos os proprietários dos lotes a se associarem independentemente de sua vontade.

- A obrigatoriedade de anuência prévia de setor técnico da Prefeitura Municipal para a modificação da Lei em nada atinge o princípio da separação e independência dos Poderes. (TJ.MG, Órgão Especial, ADI n.º 1.0000.10.008471-4/000. Rel. Des. Belizário de Lacerda. Data julgamento: 26/02/2014; Data Publicação: 14/03/2014)

Em que pese o fundamento da maior parte dos julgados contra o fechamento de rua sem saída (mesmo que nos termos restritos aqui apresentados) se basear na violação ao direito de livre associação, vê-se que corrobora ao argumento contrário ao fechamento, talvez de forma mais acertada, a possível violação ao direito de propriedade. Pois é juridicamente impossível impor que morador proprietário de imóvel edificado em loteamento convencional viva em espécie de loteamento transmutado à modalidade fechada, tratando-se imperioso o respeito ao direito de propriedade deste morador que escolhera edificar sua morada ou empreendimento em local *aberto* (mesmo por que, se quisesse viver em ambiente fechado, escolheria dentre os diversos empreendimentos deste tipo ofertados pelo mercado imobiliário – condomínio fechado ou loteamento especial).

De fato, o direito a livre associação, por si só, pode não ser bastante, em concreto, para obstar o fechamento da rua sem saída, pois, em hipótese, o proprietário pode não concordar com a associação (por exemplo, por não aceitar o rateio das despesas de manutenção e melhoria da rua fechada), mas pode ser que aceite viver em ambiente enclausurado. Contudo,

<sup>75</sup> Art. 37. Para os fins desta Lei, conceitua-se como loteamento fechado aquele que seja cercado ou murado, no todo ou em parte do seu perímetro, compreendendo 3 (três) situações específicas: [...] III - os loteamentos abertos já implantados, que venham a tornar-se fechados, total ou parcialmente, nos termos desta Lei.

se o morador discordante com o fechamento não deseja viver neste tipo de ambiente, não pode a Administração Pública impor que viva em espécie transviada em “condomínio” fechado, tendo em vista o direito fundamental de propriedade.

É importante ressaltar que a permissão de uso privativo, sem prazo determinado, é o instrumento que melhor se compatibiliza as possibilidades elencadas acima. Porque se trata de ato administrativo precário, que pode ser revogado a qualquer momento, sem dar direito a possíveis indenizações.

Assim, contrariando o interesse público, a Administração de imediato poderia determinar novamente a regulação do espaço fechado, podendo determinar, no ato permissivo, que a associação, nestes casos, restitua o bem da forma original, sem as acessões necessárias ao fechamento. Neste sentido, colaciona-se precedente da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado:

DECLARATÓRIA. Instalação de guarita, cancela e floreiras em via urbana localizada em bairro de zoneamento residencial. Lei Municipal nº 15.002/09 que veda o fechamento quando a via servir de acesso a área verde de uso público ou área institucional. Prova pericial que dá suporte ao decreto de improcedência, que deve ser mantido.

*Termo de permissão de uso que é ato precário e provisório. Ato da Administração que pode ser revisto por ela própria, no exercício de seu poder de autotutela. Recurso desprovido. (TJ/SP. Ap. nº 0014237-65.2009.8.26.0053. Rel. Des.Vera Angrisani Data do julgamento: 16/10/2012 Data da publicação: 07/11/2012)*

Nisto, não se vislumbra possível, porquanto contrário à ordem urbanística constitucional, a desafetação de bens públicos de uso comum com o único propósito e finalidade futuros de concedê-los a particulares, mediante concessão de direito real de uso (corroborada a esta afirmação os mesmos fundamentos transcritos no item 3.4).

Assim, vislumbra-se que se o fechamento da via pública sem saída, desde que se limite à formatação aqui delineada, poder-se-ia compor de medida razoável, na medida em que como dissertado por Victor de Carvalho Pinto (2006, p. 06):

Muitas atividades poderiam ser assumidas por elas [as associações], desde que essa fosse a vontade dos moradores [...]. Pode-se citar, por exemplo, o serviços de segurança privada, limpeza, coleta de lixo e paisagismo. Seriam beneficiados não apenas os moradores, mas toda a coletividade, na medida em que as vias e praças continuariam públicas e de livre circulação, mas melhor cuidadas. Além disso, o orçamento público seria desonerado, uma vez que tais funções seriam financiadas pelos próprios moradores.

Contudo, o fechamento de rua ou logradouro público deve ser medida excepcional, possível apenas em casos singulares como os apresentados.

## 6 CONCLUSÃO

Para que a cidade cumpra sua função social é necessário que a propriedade esteja em consonância com os preceitos constitucionais, cooperando na concretização dos direitos fundamentais, buscados na realização das funções sociais da cidade. A concretização do paradigma de sustentabilidade urbana se apoia, portanto, na propriedade privada e, precipuamente, na propriedade pública. Desta forma a propriedade imobiliária pública deve atender a sua função social, para que o próprio planejamento urbanístico municipal não seja desfalcado.

Para tanto, o Estatuto da Cidade institui a *Gestão Democrática da cidade*, que consiste na 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. A construção do que se planeja deve ser a efetiva realização do querer dos moradores da urbe.

Neste contexto, é notável a importância que os bens públicos possuem na concretização do sucesso do plano diretor. A construção de uma cidade sustentável perpassa pela boa utilização dos bens públicos, que exige a sua conformação às finalidades sociais. A boa utilização dos bens públicos nada mais é senão o direito fundamental à boa administração pública deste patrimônio, que consiste na gestão dos bens públicos com fundamento nos princípios e regras constitucionais.

Por isso, é necessário que as diversas modalidades e institutos que se referem a ocupação, modificação e ao parcelamento do solo urbano se constituem dentro do regramento disposto, primeiro, no ordenamento urbanístico constitucional, notavelmente quanto aos preceitos gerais ditados pelas leis federais e, eventualmente, estaduais; segundo, no Plano Diretor municipal, e; terceiro, dentro do que lei específica do município determinar.

Nisto, configura-se, tradicionalmente, no cenário urbano brasileiro, duas formas básicas que de forma direta e impactante ditam a construção das cidades, primeiro, as espécies de parcelamento do solo (loteamento e desmembramento) que incorporam à cidade novas áreas e bens públicos, marcando o crescimento e o modo em que este se programa; e, segundo, a propriedade em condomínio (tanto vertical quanto horizontal), que, notadamente, define os destinos dados aos loteamentos, e, assim como este, também representa o crescimento, os limites e a forma em que se dá o uso da propriedade urbana; contudo, os dois institutos são totalmente distintos quanto as características, modo de comercialização, natureza e regime jurídicos.

Limitou-se aqui apontar sobre os loteamentos e os condomínios horizontais fechados. Tendo em vista o crescimento da insegurança pública, tem surgido no Brasil desde os anos de 1970, empreendimentos imobiliários em ambiente fechado, ou seja, são loteamentos ou condomínios que não se agregam à cidade formal.

Não se disserta contra estes atuais empreendimentos em ambientes fechados, pois se conclui que os loteamentos especiais (fechados) se instituem desde o início em formato fechado, permitindo que a Administração municipal insira-os dentro do planejamento urbanístico, baseados em lei municipal específica de forma compatível com a Lei Federal n.º 6.766/1979, vale destacar, que, neste caso, impõe-se contraprestação adequada, evitando que a cidade perca novos espaços públicos, enquanto perdurar o prazo da permissão de uso. Desta forma, os loteamentos especiais, fechados desde a origem, não viola o direito fundamental de propriedade nem o de livre associação (pois, o comprador do lote saberá desde sua aquisição que se tratava de empreendimento em ambiente controlado e fechado, para tanto, as exigências cartorárias para o registro do loteamento especial são indispensáveis para a viabilidade jurídica do empreendimento).

Quanto ao condomínio horizontal fechado, é importante ressaltar que não há por que confundir o instituto com o loteamento especial, pois se trata de espécie que diz respeito à propriedade privada, sendo as vias internas do empreendimento área de uso comum dos condôminos, assim, as relações civis (entre condôminos) se sujeitam ao regime jurídico privado.

Ressalta-se, porém, quando os condomínios ultrapassam a intenção estampada no permissivo contido no art. 8.º da Lei Federal n.º 4.591/1964 (cujas redação é de restrita permissão à construção de condomínios horizontais), vê-se que necessitam de legislação municipal que regule os efeitos do empreendimento no que diz respeito à questão do planejamento urbano, tendo em vista que estes empreendimentos adquiriram nas últimas décadas tamanhos expressivos que implicam regulação urbanística, inclusive para que não se permita o parcelamento do solo disfarçado de condomínio.

Questão distinta se aduz quando da análise do fechamento, *a posteriori*, de loteamento convencional ou logradouro público já incorporado à cidade formal.

Este enclausuramento dos espaços públicos incorporados à ambiência citadina se realiza, como exposto, com a complacência dos entes públicos que autorizam o fechamento em prol de grupos de moradores que se associam com o intuito de organizarem o bairro ora enclausurado, rateando as despesas provenientes da manutenção dos bens públicos concedidos

ou permitidos, como se se organizassem em condomínio (constituindo-se o que parte dos civilistas defendem como condomínio de fato).

Neste caso, o fechamento priva a cidade dos já escassos bens públicos de uso comum, indo de encontro à Lei de Parcelamento do Solo, aos princípios norteadores do Estatuto da Cidade, aos valores constitucionais da política urbana e as garantias individuais de livre locomoção e associação (art. 5º, XV, XVII e XX, Constituição da República de 1988), bem como viola o direito de propriedade, pois é juridicamente impossível impor que morador proprietário de imóvel edificado em loteamento convencional viva em espécie de loteamento transmutado à modalidade fechada, tratando-se imperioso o respeito ao direito de propriedade deste morador que escolhera edificar sua morada ou empreendimento em local *aberto* (mesmo por que, se quisesse viver em ambiente fechado, escolheria dentre os diversos empreendimentos deste tipo ofertados pelo mercado imobiliário – condomínio fechado ou loteamento especial).

Diante do que por ora se conclui, não se entende possível que a cidade seja privada de seus já escassos bens públicos de uso comum provenientes de loteamentos convencionais.

Pois os bens públicos de uso comum, precipuamente os consagrados ao cumprimento de função socioambiental, destinam-se a uso coletivo de tal relevância, que retirar-lhes este uso, bastando a prolação de lei, é afrontar a política urbana constitucional.

Uma rua ou praça que é normalmente usufruída pelos cidadãos não pode simplesmente ser desafetada ou fechada a uso exclusivo de uns poucos moradores tão somente por autorização legislativa e ao arbítrio de administradores públicos.

Em vista disso, só se entende legal e juridicamente possível, excepcionalmente, o fechamento de ruas e logradouros públicos sem saída. Para tanto, o fechamento destes espaços só poderia ser realizado quando a via pública não se compusesse dentro do indispensável sistema viário da cidade.

Notadamente, este fato se resume às ruas sem saída de área *residencial*, portanto, de rua que não sirva de acesso a qualquer outro lugar senão às casas que a integram, não possuindo áreas verdes, espaços públicos de lazer ou ambientes de valor estético ou cultural para a cidade. Sendo necessário, para o fechamento, autorização expressa em lei e mediante permissão onerosa de uso *privativo* sem prazo determinado, emanado pelo Executivo municipal, devidamente motivado, restringindo-se a permitir o controle de acesso e saída de pessoas e moradores, de forma alguma podendo barrar indivíduos, havendo, ainda, a necessidade de que todos os proprietários concordem com o enclausuramento, sendo de igual importância que a circunvizinhança seja ouvida. Desta forma, cabe asseverar que a escolha

de muitos Municípios pela desafetação de bens de uso comum para a concessão futura a grupos de moradores não se coaduna com o ordenamento jurídico.

Hodiernamente, contudo, a prática da desafetação de bens de uso comum da cidade é comumente realizada cumprindo-se tão somente formalidades legais, o mesmo ocorrendo quanto a outorga de uso *exclusivo* à particulares. Deste modo se implementa, como dissertado, a maior parte dos fechamentos de bairros.

Assim, a análise dos fatos reais evidencia o contraste entre os anseios expostos na Carta Magna e a realidade social, que demonstra a forte influência, na atualidade, de um exacerbado individualismo e de enfraquecimento das questões públicas.

É lamentável, portanto, reconhecer em nossa sociedade que, apesar do desenvolvimento do ordenamento legal e de toda construção teórica quanto à normatividade dos princípios e valores constitucionais, impera, mesmo sobre as questões arraigadamente públicas e coletivas como o urbanismo, interesses privados nebulosos, que evidenciam, por vezes, o caráter patrimonialista do Estado brasileiro, tornando ainda mais difícil o desafio posto pelo direito urbanístico de mitigar os erros do mercado sem ampliar as falhas de governo, conforme brilhantemente ementou Victor Carvalho Pinto (2010).

Para o alerta, exposto por Teresa Pires do Rio Caldeira (2011, p. 283), sobre o fato de que à medida que os bens de uso comum do povo são cercados, “[...] ruas são fechadas por correntes e controladas por guardas particulares, e bairros são transformados em enclaves fortificados com a ajuda da administração pública a possibilidade de tratamentos justos relativamente isentos na esfera pública é cada vez menor”. De forma que a cautela deve preponderar quando se trata de permitir a “privatização” destes espaços, pois é imprescindível que haja contraprestação verdadeira, ou seja, que a permissão do fechamento venha, de fato, beneficiar a cidade, e não o contrário, agraciando grupo seletivo de proprietários, perdendo a cidade seus já escassos espaços públicos.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *Constituição de Weimar*, de 14 de agosto de 1919. Disponível em: <[http://www.zum.de/psm/weimar/weimar\\_vve.php#Fifth Chapter: The Economy](http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php#Fifth Chapter: The Economy)> Acesso em: 03 mar. 2013.

ABE, Nilma de Castro. *Gestão do patrimônio público imobiliário*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

AMADEI, Vicente de Abreu. Anotações para uma reflexão sobre o aspecto instrumental do registro imobiliário no controle urbanístico da propriedade. *Revista de Direito Imobiliário*. RT: São Paulo. vol. 32. Jan. 1993.

ÁVILA; Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. Novos aspectos da função social da propriedade no direito público. *Revista de Direito Público (RDP)*, v. 20, p. 39-45, out./dez. 1987.

BARBOSA, Denio Dutra; PIMENTA, Carlos Souza. Loteamento Fechado. *Revista do Curso de Direito do UNIFOR*. Belo Horizonte (versão eletrônica), v. 01, n. 01, p. 09-25, jan. 2010. Disponível em: <http://periodicos.uniformg.edu.br:21011/periodicos/index.php/cursodireitouniformg/issue/view/5>. Acesso em: 02 dez. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 102, n. 384, p. 83, mar/abr. 2006.

BELO HORIZONTE. Lei municipal nº. 8.768, de 20 de janeiro de 2004, com redação atualizada pela Lei nº. 10.068/2011. *Dispõe sobre permissão de direito real de uso de área pertencente ao município, em via cul de sac ou com característica semelhante que faça recomendar seu fechamento, e dá outras providências*. Disponível em: <http://cm-belo-horizonte.jusbrasil.com.br/legislacao/236537/lei-8768-04> Acesso em: 23 nov. 2013.

BELO HORIZONTE. Decreto nº 11.745, de 24 de junho de 2004. *Concede permissão de direito real de uso da área que menciona à associação dos moradores do conjunto residencial Dr. Waldemar Diniz Henriques*. Disponível em: <<http://cm-belo-horizonte.jusbrasil.com.br/legislacao/239621/decreto-11745-04?ref=home>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

BELO HORIZONTE. Decreto nº 11.746, de 24 de junho de 2004. *Concede permissão de direito real de uso da área que menciona à associação comunitária do bairro Mangabeiras III parte*. Disponível em: <http://cm-belo-horizonte.jusbrasil.com.br/legislacao/239620/decreto-11746-04?ref=home>. Acesso em: 23 nov. 2013.

BERWIG, Juliana Altmann. Cidade e Risco. *Revista de direito ambiental (RDA)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 64, p. 217-236, out. 2011.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função* : novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, São Paulo: Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo : Malheiros, 2001.

BRANCATELLI, Rodrigo. Ruas se fecham, e caso acaba na Justiça. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 10 de julho de 2008. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,ruas-se-fecham-e-caso-acaba-na-justica,203354,0.htm>>. Acesso em: 05 dez. 2013.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS FEDERAIS. Projeto de Lei nº 3.057, de 2000. *Dispõe sobre o parcelamento do solo para fins urbanos e sobre a regularização fundiária sustentável de áreas urbanas, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/516752.pdf> . Acesso em: 14 dez. 2013.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Jornadas de direito civil I, III, IV e V*: enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

BRASIL. Constituição Federal (1988). In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívia. *Vade mecum Saraiva*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre loteamento urbano, responsabilidade do loteador, concessão de uso e espaço aéreo e dá outras providências. *Diário oficial da União*, Brasília 28 fev. 1967.

BRASIL. Lei Federal nº. 4.591, de 12 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. *Diário oficial da União*, Brasília, 21 dez. 1964.

BRASIL. Lei Federal nº. 6.766, de 17 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. *Diário oficial da União*, Brasília, 20 dez. 1979.

BRASIL. Lei Federal nº. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. *Diário oficial da União*, Brasília, 11 jul. 2001.

BRASIL. Lei Federal nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *Diário oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei Federal nº. 12.587, de 3 de janeiro de 2012. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. *Diário oficial da União*, Brasília, 04 jan. 2012.

BRASIL. Lei Federal nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário oficial da União*, Rio de Janeiro, 05 jan. 1916.

BRASIL. Lei Federal nº. 4.504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra. *Diário oficial da União*, Brasília, 31 nov. 1964.

BRASIL. Lei Federal nº. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. *Diário oficial da União*, Brasília, 31 dez. 1973.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Resp. nº 1.190.901 – SP. Rel. Min. Vasco Della Giustina. Dj. 03 maio 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.034.349 – SP. Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior. Dj. 27 maio 2009.  
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1138517 / MG. Rel. Min. Humberto Martins. DJe. 01 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp. nº. 1125837/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 08/05/2012, DJe. 05 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência em Recurso Especial nº 444.931 – SP. Relator para o acórdão Min. Humberto Gomes de Barros. Dj. 26 out. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Resp. nº 709.403 / SP. Relator Ministro Raul Araújo. Dj. 06 dez. 2011. DJe. 10 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 623.274 - RJ. Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito. Data de julgamento. 25 maio 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em Mandado de Segurança nº 43.300 MT. Rel. Min. Humberto Martins. DJe. 29.10.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1158679 / MG. Rel. Min. Nancy Andrighi. Dj. 07 jul. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1179259 / MG. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJe. 24 maio 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 1135807 / RS. Rel. Min. Herman Benjamin. Dj. 15/04/2010. DJe. 08/03/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp nº 429570 / GO, Relatora Min. Eliana Calmon. Dj. 11 nov. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Resp. nº 799765. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Dj. 27.8.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. AgRg no REsp 1393031 / SP. Rel. Des. Sidnei Beneti. Dj. 19 nov. 2013. DJe. 03 dez. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. AgRg nos EDcl no REsp 1279017/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Julgado em 10 abr. 2012. DJe. 17 abr. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Resp. nº 1.324.107 – SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Dj. 10 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.950, Relator Ministro Eros Grau, Dj. 02 de junho de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.756, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 21-6-2007, Plenário, DJ de 19-10-2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º. 2.213-MC, Relator Ministro Celso de Mello, Dj 23 de abril de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.706, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-4-2008, Plenário, DJE de 12-9-2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Repercussão Geral no Agravo de Instrumento nº 745.831/SP. Relator Ministro Dias Toffoli. Dj. 20 de outubro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Extraordinário nº 432.106/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio. Dj. 20 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201.819/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ de 27.10.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 158.215-RS de relatoria do Min. Marco Aurélio, DJ de 07/06/1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 160.222-RJ (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 01/09/1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 145.023, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ. 18 de dezembro de 1992.

BUZAID, Alfredo. Bem público de uso comum – conceito – bens públicos – alienabilidade – loteamento de terreno – da inalienabilidade imposta pelo decreto-lei n. 58/37. *Revista dos Tribunais*. RT 353/48, mar. 1965.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros*. 3ªed. São Paulo: Edusp, 2011.

CARMELLO JR., Carlos Alberto; FREITAS, Gilberto Passos. A cidade sustentável e o direito penal ambiental. *Revista de Direito Ambiental (RDA)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 68, p. 153 – 170, out. 2012.

CARVALHO, Afrânio. *Restrições urbanísticas em loteamento*. Doutrinas Essenciais de Direito Registral. São Paulo: RT, v. 5, p. 1.061-1.065. 2012.

CASSESE, Sabino. Lo Stato come problema storico. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.01, p. 183-204, ano 2013.

CHALHUB, Melhim Namem. Condomínio de lotes de terreno urbano. *Revista de Direito Imobiliário (RDI)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 67, p. 101-159, jul.-dez. / 2009.

Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). *Solo urbano e ação pastoral*. Disponível em: < <http://www.cnbb.org.br>>. Acesso em 17. Ago. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

CRETELLA JR., José. *Tratado do domínio público*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. O cidadão e a Administração Pública nas reformas administrativas brasileiras: ensaio jurídico-histórico. In: MURTA, Antônio Carlos Diniz; LEAL, André Cordeiro. (coord.). *A tensão entre o público e o privado: ensaios sobre os paradoxos do projeto democrático constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 47-70.

DIAS, Edna Cardozo. Meio ambiente equilibrado como direito fundamental. In: MURTA, Antônio Carlos Diniz; LEAL, André Cordeiro. (coord.). *A tensão entre o público e o privado: ensaios sobre os paradoxos do projeto democrático constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012a, p. 03-22.

DIDIER JR., Fredie. A função social da propriedade e a tutela processual da posse. *Revista de Processo*. vol. 161. p. 9-20. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8ed. São Paulo: Atlas, 2011.

\_\_\_\_\_. *Uso privativo de bem público por particular*. 2ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIVINÓPOLIS. Lei Municipal nº 4.933, de 16 de novembro de 2000 (alterada pela Lei n. 7.310/2011). Publicada no *Jornal Sintonia* nº 103, de 16 a 22/11/2000. Disponível em: [http://sapl.camaradiv.mg.gov.br/sapl/sapl\\_documentos/norma\\_juridica/529\\_texto\\_integral](http://sapl.camaradiv.mg.gov.br/sapl/sapl_documentos/norma_juridica/529_texto_integral). Acesso em 14 dez. 2013.

DUGUIT, León. *Las transformaciones generales del derecho público y privado*. Buenos Aires: Heliasta, s/d.

DWORKIN, Ronald M. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FALLE, Maria Helena Ferreira Fonseca. O direito de propriedade e o tortuoso processo de sua funcionalização: do conceito de propriedade liberal à função social da propriedade e da empresa. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 14, n. 102, fev./mai. 2012.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FARIAS, Valter Nazareno. A função social da propriedade como cláusula geral. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: RT, vol. 32, p. 287-312, Out. 2007.

FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Org.). *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. *Coletânea de legislação urbanística : normas internacionais, constitucionais e legislação ordinária*. Belo Horizonte : Fórum, 2010.

FERNANDES, Florestan. A Constituição como projeto político. *Tempo Social; Rev. Sociol. USP*, São Paulo, 1(1): 47-56, 1.sem 1989.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Estatuto da cidade e a função social da propriedade. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 97, n. 867, jan. 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRANCO JR., Raul de Mello. *Alienação de bem público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRANÇA. *Código Civil francês*, de 6 de fevereiro de 1.804. Disponível em : <[http://www.napoleon-series.org/research/government/code/book2/c\\_title02.html#section2](http://www.napoleon-series.org/research/government/code/book2/c_title02.html#section2)>. Acesso em : 14 ago. 2013.

FRANÇA. *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*, de 26 de agosto de 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em 02 fev. 2013.

FREITAS, Juarez. *Discricionariade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, José Carlos de. Bens públicos de loteamento e sua proteção legal. *Revista de Direito Imobiliário (RDI)*. São Paulo: RT, vol. 46, p. 183-191, jan. 1999.

\_\_\_\_\_. Dos interesses metaindividuais urbanísticos. In: *Temas de direito urbanístico*. FREITAS, José Carlos de. (coordenação geral). Vários autores. Coedição Ministério Público/Imprensa Oficial, São Paulo, 1999a.

GAETTI, Wanderli Acillo. Condomínios de lotes: viabilidade, benefícios e restrições. *Revista de Direito Imobiliário (RDI)*. São Paulo: RT, vol. 70, p. 173-202, jan. 2011.

GAMBOGI, Luís Carlos B.; SANTOS, Bernardo Olive dos. A tecnologização da vida e do Direito. In: MURTA, Antônio Carlos Diniz; LEAL, André Cordeiro. (coord.). *A tensão entre o público e o privado: ensaios sobre os paradoxos do projeto democrático constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 23-44.

GARREAU, Joel. *Edge city: life on the new frontier*. New York: Anchor Books, 1991.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Paulo César da Costa. *A condição urbana: ensaios de geopolítica da cidade*. 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2006.

GOVERNADOR VALADARES. Lei municipal n.º 5.250, de 17 de novembro de 2003. *Dispõe sobre a permissão a título precário de uso das vias de circulação, para construção dos loteamentos fechados no município de Governador Valadares/MG e dá outras providências*. Disponível em: <<http://leismunicipa.is/qdemk>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

GRANJA, Lêda Virgínia Aguiar de Carvalho. Os condomínios e os “condomínios fechados”. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GROSSI, Paolo. La costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico post-moderno. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2013, n. 3, p. 607-627.

GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GUARAPARI. Lei Municipal n.º 3.449, de 23 de julho de 2012. Estabelece normas e autoriza o município a conceder direito real de uso resolúvel de áreas públicas de loteamentos com perímetros fechados a serem implantados e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.guarapari.es.gov.br/v3/phocadownload/leis/lei%203449%20-%202012%20-%20area%20resoluvel%20com%20area%20fechada.pdf>>. Acesso em: 20 de novembro de 2013.

GUERRA, Evandro Martins. Bens públicos. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*. Disponível em: [http://200.198.41.151:8081/tribunal\\_contas/2003/03/-sumario?next=2](http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2003/03/-sumario?next=2). Acesso em 10 ago. 2013.

HELENA, Eber Zoehler Santa. Condomínio urbanístico: “de lege data, de lege ferenda”. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*. Vol. nº 09, dez/jan de 2007.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

JENSEN, Marcelo. *O negócio loteamento residencial e sua avaliação como alternativa de investimento no mercado imobiliário: o estudo de caso de um loteamento*. Disponível em: <[www.realestate.usp.br](http://www.realestate.usp.br)>, acesso em 20 ago. 2012.

LEAL, Carolina. Moradores vão à justiça para tentar manter ruas fechadas. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 03 de março de 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/96659-moradores-vaio-a-justica-para-tentar-manter-ruas-fechadas.shtml>> Acesso em: 03 mar. 2013.

LEAL, Rogério Gesta. A função econômico-social da propriedade: estudos de casos no âmbito dos impactos econômicos das decisões judiciais. *A & C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. v. 9, n. 38, out./dez. 2009.

LEVIN, Alexandre. *Parcelamento, edificação e utilização compulsórios de imóveis públicos urbanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LIRA, Ricardo Pereira. Direito urbanístico, Estatuto da Cidade e regularização fundiária. In: COUTINHO, Ronaldo et al. (org.). *Direito da Cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 1-15, 2007.

\_\_\_\_\_. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade*. Função social e abuso de poder econômico. São Paulo : Quartier Latin, 2006.

LOPEZ, Teresa Ancona. Artigo 5º, incisos XXII ao XXVI. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro : Forense, 2009.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Dos direitos reais. In; PELUSO; Cezar. (Coord.). *Código Civil comentado*. Doutrina e jurisprudência. Barueri, SP: Manole, 2008.

LUNA, Danusa Emile Ulla Silva de. Privatização do espaço público: a cidade entre muros. O conjunto habitacional Luiz Eduardo Magalhães e a Vila Olímpia – Feira de Santan/BA. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental (FDUA)*. Belo Horizonte, ano 10, n. 55, p. 21-34, jan./fev. 2011.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Artigo 5º, incisos XV. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos costumes*. Tradução: Edson Bini. - 1.ed. - São Paulo : Folha de São Paulo, 2011.

MADER; Helena. Decisão determina a retirada de grades em pilotis de edifício da SQS 208 e se estende para as demais quadras do Plano Piloto. *Correio Brasiliense*. Brasília, 22 de março de 2012. Disponível em: <[www.correiobrasiliense.com.br](http://www.correiobrasiliense.com.br)>. Acesso em 05 out. 2012.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Artigos 182 e 183. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARTÍ, Silas. O pesadelo americano. *Folha de São Paulo*. Caderno Ilustríssima. São Paulo, 29 jun. 2013.

MARTINS, Fabiane Parente Teixeira. Loteamentos: a exigibilidade de Estudo de Impacto de Vizinhança. *Revista de Direito Ambiental*. RDA 50, p. 66-80, 2008.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público: comentários à Lei de improbidade administrativa*. 4ªed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Quinta Câmara Cível. Apelação nº nº 2012.005539-4/0000-00. Relator Desembargador Luiz Tadeu Barbosa Silva. Data de julgamento: 24 de maio de 2012.

MATTIETTO, Leonardo. Função social e a diversificação do direito de propriedade. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Ano VI, Nº 6 - Junho de 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Atualizado por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direito municipal brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENEZES, Olindo Herculano. *Perfil da propriedade contemporânea*. 2009. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília – UNB. Brasília.

MESQUITA, Ruy. Bairros privatizados. *O Estado de São Paulo*. Editorial publicado no dia 16 de julho de 2008. Acesso em: <www.estadao.com.br>. Acesso em: 05 dez. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado Minas Gerais. Órgão Especial. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.0000.10.008471-4/000. Rel. Des. Belizário de Lacerda. Data julgamento: 26/02/2014; Data Publicação: 14/03/2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado Minas Gerais. Apelação cível. nº 1.0145.10.035414-4/001. Des. Rel. Nilo Lacerda. Dj. 12 nov. 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado Minas Gerais. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.0000.11.015597-5/000. Rel. Des. Armando Freire. Dj. 24 jul. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 12ª Câmara Cível Apelação Cível n.º 1.0090.09.026041-6/002. Relator: Des. Saldanha da Fonseca. Data do Julgamento: 29/02/2012; data da Publicação: 12/03/2012.

MINAS GERAIS. 8ª Câmara Cível. Ação Popular. Apelação nº 1.0024.05.860138-6/004. Rel. Des. Edgard Penna Amorim. DJ. 09/06/10.

MINAS GERAIS. 8º Câmara Cível. Ação Popular. Embargos de Declaração nº 1.0024.05.860138-6/005. Rel. Des. Edgard Penna Amorim. Data do Julgamento: 02/06/2011  
Data da Publicação: 24/08/2011.

MINAS GERAIS. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos. *As prefeituras privadas e a inconstitucionalidade do fechamento de ruas e de praças*. s/d. Disponível em: <[www.ammmp.org.br/inst/artigo/Artigo-32.doc](http://www.ammmp.org.br/inst/artigo/Artigo-32.doc)>. Acesso em 05 de dezembro de 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Provimento nº 260. Codifica os atos normativos da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais relativos aos serviços notariais e de registro. Disponível em: [http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/noticias/arquivos/Codigo\\_de\\_Normas-Provimento\\_n\\_260.pdf](http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/noticias/arquivos/Codigo_de_Normas-Provimento_n_260.pdf). Acesso em: 07 dez. 2013. *Diário oficial Minas Gerais*, Belo Horizonte, 30 out. 2013.

MONTEIRO FILHO; Ralphe Waldo de Barros. Função social da propriedade: conteúdo e diretrizes para a sua compreensão. *Revista Forense*, v. 104, n. 397, maio/junho 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. vol. 3. São Paulo. Saraiva: 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 29.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MUKAI, Toshio. O direito de ir e vir e os loteamentos fechados. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*. Porto Alegre: Magister, vol. nº 37 - Ago/Set de 2011.

\_\_\_\_\_. Impossibilidade jurídica da desafetação legal de bens de uso comum do povo, na ausência de desafetação de fato. *Revista de Direito Público (RDP)*, São Paulo, v. 75, ano 18, p. 246-249, jul./set. 1985.

NÓBREGA, Mônica. Bairros “privatizados” acumulam problemas. Disponível em: [http://www.diarioweb.com.br/editorial/corpo\\_noticia.asp?IdCategoria=62&IdNoticia=40754&IdGrupo=1](http://www.diarioweb.com.br/editorial/corpo_noticia.asp?IdCategoria=62&IdNoticia=40754&IdGrupo=1). Acesso em: 10 out. 2013.

ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. Não basta ser proprietário, tem que participar: algumas notas sobre a função social da propriedade imobiliária no direito brasileiro. *Revista de Direito Privado*, RT, São Paulo, vol. 46. Abr. 2011.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Doação de área institucional em loteamento: regime jurídico, boa-fé objetiva, aspectos notariais e registrais. *Revista de Direito Imobiliário (RDI)*. São Paulo: RT, vol. 53, p.31-68, jan. 2013.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: introdução ao processo civil*, volume II. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. Condomínios horizontais e loteamentos fechados: proposta de regulamentação. In: *Consultoria Legislativa*. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 06. Também disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/127>. Acesso em 25 nov. 2013.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Loteamentos urbanos: natureza jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PIRES, Maria Coeli Simões; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da. Função social do espaço urbano: uso do solo e construção de sustentabilidades. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 14, n. 74, jul./ago. 2012. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/51288>. Acesso em: 21 set. 2013.

RANGEL, Helano Márcio Vieira; RIBEIRO, Homero Bezerra. A impossibilidade de desafetação de áreas verdes incorporadas ao domínio municipal por força de aprovações de loteamento. In: *XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza, p. 6305-6330, Jun. 2010.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função social da propriedade pública*. São Paulo: Malheiros, 2005.

RIBEIRO, Guilherme Wagner. Competência legislativa na federação brasileira e a disciplina dos “loteamentos fechados”. *Revista Fórum de Direito Urbano e Ambiental (FDUA)*. Belo Horizonte, ano 7, n. 38, p. 49-58, mar./abr. 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 19ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 70028861847. Des. Rel. Guinther Spode. Dj. 17 nov. 2009

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70014881767. Des. Rel. Alzir Felipe Schmitz. Dj. 29 abr. 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70020348199. Des. Rel. José Aquino Flores de Camargo. Dj. 21 nov. 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70014703193. Rel. Des. Luiz Felipe Silveira Difini. Dj. 02 out. 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

\_\_\_\_\_. *Promessa de compra e venda e Parcelamento do Solo Urbano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Direito fundamental à boa Administração Pública*. Tradução, Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RUBIM, Maria. Vias públicas dentro de condomínios são fechadas a quem não é morador. *O Globo*, Rio de Janeiro, 02 nov. 2011. Disponível em: <http://oglobo.globo.com>

/rio/bairros/posts/2011/11/02/vias-publicas-dentro-de-condominios-sao-fechadas-quem-nao-morador-414431.asp> Acesso em: 03 mar. 2013.

RUSSO JR., Rômulo. Direito real de uso. Transferência do direito de construir no estatuto da cidade, direito à terra urbana, o aparecimento das favelas, função social da propriedade, a desafetação e a ordem urbanística. *Revista de direito imobiliário* (RDI), vol. 55, p. 113-128, jul. 2003.

RUSSOMANO, Rosah. Função social da propriedade. *Revista de Direito Público* (RDP). São Paulo, v. 75, ano 18, p. 263-268, jul./set. 1985.

SALDANHA, Nelson. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. O jardim e a praça: ensaio sobre o lado “privado” e o lado “público” da vida social e histórica. *Ci. & Tróp.*, Recife, jan./jun., 1983. Disponível em: [periodicos.fundaj.gov.br/index.php/CIT/article/download/232/195](http://periodicos.fundaj.gov.br/index.php/CIT/article/download/232/195). Acesso em: 10 mar. 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

\_\_\_\_\_. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Embargos Infringentes nº 2011.031318-3. Rel. Des. Jorge Luiz de Borba. Dj. 09 maio 2012.

SANTIN, Janaína Rigo; MATTIA, Ricardo Quinto. Direito urbanístico e estatuto das cidades. *Revista de Direito Imobiliário*. RDI. 63/38. jul./dez. 2007.

SÃO PAULO. Constituição do Estado de São Paulo. Atualizada até a Emenda nº 36, de 17/05/2012. Disponível em: <<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/index.htm>>. Acesso em: 09 dez. 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo (TASP). Rel. Juiz Alcides Faro, Dj. 16 abr. 1952, *RT* 203/412.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo . 5ª Câmara de Direito Público. Relatora Des. Maria Laura Tavares. Dje. 24/09/2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 13ª Câmara de Dir. Público. Rel. Des. Ricardo Anafe. Data de julgamento: 29/09/2010. Data de registro: 07/10/2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 11ª Câmara de Direito Público. Relator Des. Luis Ganzerla. Data de julgamento, 01/06/2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ap. n.º 9221615-65.2007.8.26.0000 Rel. Des. Rui Stoco. Data do julgamento: 11/07/2011; data de registro: 18/07/2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2ª Câmara de Direito Público. Apelação nº 0014237-65.2009.8.26.0053. Relatora Desembargadora Vera Angrisani. Data do julgamento: 16/10/2012; data da publicação: 07/11/2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 4ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 0008310- 08.2011.8.26.0358. Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda. Dj. 21 de março de 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação, em sede de Ação Civil Pública nº 0.005.274-54.2008.8.26.0360. Rel. Des. Evaristo dos Santos. Dj. 25 fev. 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 4ª Câmara de Direito Público. Apelação, em sede de Ação Civil Pública nº 9221615-65.2007.8.26.0000. Rel. Des. Rui Stoco. Data do julgamento: 11/07/2011; data de registro: 18/07/2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 11ª Câmara de Direito Público. Apelação, em sede de Ação Civil Pública, nº 0003890-17.2011.8.26.0048 Atibaia. Rel. Des. Luís Ganzerla. Dje. 22 jan. 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Órgão Especial. Incidente de Inconstitucionalidade de Lei n. 0267438-79.2011.8.26.0000 – Salto/SP. Rel. Des. Renato Nalini. Dj. 18 jan. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Órgão Especial. Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 181.303-0/5. Rel. Des. Laerte Sampaio. Dj. 09 dez. 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Órgão Especial. Incidente de Inconstitucionalidade n. 0056648-83.2012.8.26.0000 – Caçapava/SP. Rel. Des. Alves Bevilacqua. Dj. 12 set. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Incidente de Inconstitucionalidade nº 178.011-0/5, Rel. Des. Souza Lima. Dj. 19.8.2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Órgão Especial. Incidente de Inconstitucionalidade nº 174.906-0/0, Rel. Des. José Santana, Dj. 9 abr. 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Órgão Especial. ADI nº 169.056-0/9, Rel. Des. Armando Toledo. Dj. 22 jul. 2009.

SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. Representação nº 146.952/2011, Subprocurador-Geral de Justiça Sérgio Turra Sobrane. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Assessoria\\_Juridica/Civel/Controle\\_Constitucionalidade/ARQUIVAMENTOS\\_PARECERES/ADIN146.952.htm](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Assessoria_Juridica/Civel/Controle_Constitucionalidade/ARQUIVAMENTOS_PARECERES/ADIN146.952.htm)>. São Paulo, 18 jun. 2012.

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. *Loteamento fechado ou condomínio de fato*. Curitiba: Juruá, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

SCAVONE JR., Luiz Antônio. *Loteamento, loteamento fechado e loteamento irregular*. Disponível em: <http://www.scavone.adv.br/index.php?loteamento-loteamento-fechado-e-loteamento-irregular>. Acesso em: 25 nov. 2013.

SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Ano VI, nº 6 – Jun. 2005.

SILVA, Caio Mário Pereira da. *Condomínio e Incorporações*. Rio de Janeiro : Forense, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo : Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito urbanístico brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira. Artigo 5º, incisos XVIII ao XXI. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SOARES, Danielle Machado. *Condomínio de Fato: incidência do princípio da autonomia privada nas relações jurídicas reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovani. *Questões polêmicas de direito econômico*. São Paulo : LTr, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. O estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade: comentários à lei federal 10.257/01*. São Paulo: Malheiros, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro : Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. A função social da propriedade e o meio ambiente. *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 37. p. 127-148. Rio de Janeiro: Padma, jan.-mar. 2009.

THOREAU, Henry David. *A desobediência civil*. Traduzido por Sérgio Karam. São Paulo: L&PM, 2011.

UBERABA. Lei Municipal Complementar nº 375, de 18 de junho de 2007 (alterada pela Lei Complementar 455/2011). Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e os condomínios urbanísticos no Município de Uberaba, MG. Publicado no *Porta Voz* nº 675, 16 jul. 2007.

WISNIK, Guilherme; NOBRE, Ana Luiza; NOBRE, Ligia. As cidades em processo: a bienal é de urbanismo. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 06 out. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrissima/132479-as-cidades-em-processo.shtml>>. Acesso em: 06 out. 2013.