

PAULA RAYANNE COSTA

DA LEGALIDADE DOS LOTEAMENTOS FECHADOS

CARATINGA
CURSO DE DIREITO
2015

PAULA RAYANNE COSTA

DA LEGALIDADE DOS LOTEAMENTOS FECHADOS

Monografia apresentada à banca examinadora do curso de Direito das faculdades Integradas de Caratinga - FIC, como exigência para aprovação na disciplina de Monografia Jurídica II, requisito parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Urbanístico e Direito Administrativo

Orientador: Professor Claudio Boy Guimarães

CARATINGA
CURSO DE DIREITO
2015

Dedico este trabalho a Deus, por ter me dado força a todo o momento, ao meu esposo por todo carinho dedicado à mim, a minha família pelo apoio e por estarem ao meu lado nos momentos de fragilidade. Muito Obrigada a todos, amo muito todos vocês!

Agradeço primeiramente a Deus, em sua infinita bondade, pelas vezes que me deu forças nos momentos difíceis, por me amparar e por me amar com amor incondicional de Pai.

Agradeço ao meu primo Glauber Costa pela oportunidade de ingressar e concluir este curso.

Agradeço a Doutora Camila Leitão pelo carinho, amor e apoio durante toda a elaboração desta pesquisa.

Agradeço o meu orientador Cláudio Boy Guimarães, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube.

Agradeço a minha família, pelo amor, incentivo e apoio incondicional. E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação.

Agradeço ao meu esposo Otavio, pelo seu amor e paciência nos momentos difíceis.

A todos o mais sincero agradecimento.

RESUMO

A presente pesquisa tem como objeto examinar a legalidade ou não de um novo padrão urbanístico, “os loteamentos fechados”. Os loteamentos fechados vem surgindo com o crescimento desordenado e desenfreado das cidades brasileiras e, se tornando cada vez mais presentes no nosso país. Tais loteamentos vem sendo implantados face à péssima qualidade na prestação dos serviços públicos que lhe incumbem, especialmente na área de segurança, na qual é um problema que o poder publico vem enfrentando nos dias atuais. Destarte que, os loteamentos fechados tem como finalidade o fechamento de vias públicas, construções de muros e guaritas permitindo tão somente a entrada privativa de moradores e pessoas autorizadas, impedindo assim o acesso do restante da população, ferindo notadamente o direito de liberdade de locomoção previsto na Constituição Federal de 1988. Sendo tal pratica ilegal, uma vez que, a figura loteamento fechado não é contemplado pela Lei Federal 6.766/79 e, em nenhum outro diploma normativo federal. Como já mencionado, não há previsão legal para os loteamentos fechados e, sim há priorização de interesses de classes mais economicamente favorecidas em detrimento de outras, o que significa desconsideração da função social da propriedade, a qual norteia-se pelo interesse publico, e não pelo determinado segmento social. Para tanto abordou-se o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a possibilidade ou não da legalidade deste novo padrão urbanístico que tem sido uma nova pratica no mercado imobiliário brasileiro.

Palavras chave: parcelamento do solo urbano, loteamentos, loteamentos fechados.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	10
CAPÍTULO I - PARCELAMENTO DO SOLO URBANO	11
1.1 LINEAMENTO HISTÓRICO	11
1.2 UMA ABORDAGEM DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE ENVOLVEM O LOTEAMENTO FECHADO.....	13
1.3 PARCELAMENTO DO SOLO URBANO: LOTEAMENTO E DESMEMBRAMENTO	16
1.3.1 Conceito e Peculiaridades de Loteamento	18
1.3.2 Conceito de Desmembramento.....	22
1.3.3 Proibições Legais do Parcelamento do Solo.....	23
CAPÍTULO II – BEM PÚBLICO	26
2.1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO	26
2.1 AFETAÇÃO E DESAFETAÇÃO	29
2.3 ATO ADMINISTRATIVO DE PERMISSÃO, CONCESSÃO E CESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO.....	30
CAPÍTULO III – OS LOTEAMENTOS FECHADOS	35
3.1 LOTEAMENTO FECHADO	35
3.2 TESES CONTRAPOSTAS ACERCA DA LEGALIDADE DOS LOTEAMENTOS FECHADOS	38
3.3 ANÁLISES DOS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS AO LOTEAMENTO FECHADO	41
3.3.1 Quanto a aplicação da legislação condominial aos loteamentos fechados	41
3.3.2 Exame da possibilidade ou não da desafetação de bens públicos criados pela aprovação dos loteamentos	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como finalidade estudar a possibilidade jurídica dos loteamentos fechados, no ordenamento jurídico brasileiro.

Tendo como objetivo examinar a legalidade ou não desse novo padrão urbanístico, denominado loteamento fechado, bem como o direito de locomoção, o direito a segurança, os bens públicos de uso comum do povo como as áreas verdes e institucionais, sistema de lazer, ruas e praças que estão inseridas no loteamento.

O questionamento que guinou este estudo se deu em razão do crescimento acelerado desses núcleos urbanos ao longo dos anos e, se tal pratica é admissível perante o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, é uma realidade cada vez mais presente nas cidades brasileiras, cuja origem esta na precária qualidade dos serviços públicos, principalmente no campo da segurança pública.

O loteamento fechado consiste, basicamente, na privatização dos espaços públicos, com instalação de guaritas, permitindo tão somente a entrada dos moradores. Tal pratica é ilegal, uma vez que, não há expressa previsão legal para esses empreendimentos. O que tem ocorrido atualmente é a priorização de interesses de classes mais economicamente favorecidas em detrimento de outras. Com efeito, permitir o fechamento de loteamento restringe notadamente o direito de ir e vir da população e o acesso aos bens de uso comum do povo, sendo esses bens afetados apenas a finalidade pública, de interesse coletivo.

Sarmiento Filho, assim elucida:

(...) Assim não pode o Município, fraudando a Lei Federal e, por vezes, as constituições, permitir o fechamento de ruas e loteamentos em benefício do particular, ao menos nos termos em que vem sendo feito nos casos de fechamento de loteamentos. Caso contrario, não teria qualquer sentido transferir ao poder publico a propriedade desses bens e ato contínuo desafetá-los, fazendo tábula da lei de parcelamento do solo.

Não se nega, evidentemente, a possibilidade legal de desafetação de bens públicos para sua utilização pelo particular, em casos excepcionais e justificados, mas não pode aceitar a pratica corrente de fechamento incondicional e sistemático de ruas e loteamentos ¹.

¹ SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. **Loteamento Fechado ou Condomínio de Fato**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 48.

A metodologia utilizada para a formação teórica foi a pesquisa bibliográfica de elementos textuais, com base na análise da legislação e opiniões doutrinárias.

Num primeiro momento verifica-se a existência da relevância jurídica, considerando a necessidade de se atentar as necessidades da sociedade nos dias atuais. Desse modo, o ganho jurídico pode ser traduzido nos ganhos de grande importância para o mundo acadêmico.

Quanto ao ganho social, se dá diante do fato de demonstrar para sociedade que não há previsão legal para os loteamentos fechados e, sim há priorização de interesses de classes mais economicamente favorecidas em detrimento de outras, o que significa desconsideração da função social da propriedade, a qual norteia-se pelo interesse público, e não pelo de determinado segmento social.

Já o ganho acadêmico do trabalho em tela refere-se à necessidade do pesquisador em aprofundar os conhecimentos nesse sentido, auxiliando na vida prática profissional futura.

A monografia será confeccionada em três capítulos distintos: no primeiro deles, intitulado como “Parcelamento do Solo Urbano e seus Fundamentos Jurídicos” será explicitado as particularidades da lei 6.766/79, bem como loteamento e suas proibições legais, e o desmembramento.

O segundo capítulo, que receberá o nome de “Bem Público” será abordado o entendimento os doutrinadores acerca dos bens públicos e sua classificação.

Por fim, o terceiro capítulo “Da Legalidade do Loteamento Fechado” será destinado a falar especificamente da temática, bem como, análises de argumentos favoráveis e contrários ao loteamento fechado.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Importante se faz o estudo do conceito das palavras-chave, para garantir uma melhor compreensão e clareza ao leitor.

O Loteamento para fins urbanos - espécie de parcelamento do solo - como sendo a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

Já o loteamento fechado é o termo que tem sido usado, com mais frequência, para diferenciar o parcelamento que se afasta do loteamento previsto na legislação, na medida em que as vias de circulação que cortam o empreendimento tem sua utilização destinada apenas aos proprietários dos lotes, com colocação de guaritas na entrada desses núcleos urbanos, impedindo o acesso do restante da população.

Esse novo padrão urbanístico tem surgido em razão do crescimento desordenado das cidades brasileiras e da notória deficiência do Poder Público na prestação dos serviços que lhe incumbem, especialmente no campo da segurança pública.

Os loteamentos fechados atropelam a legislação urbanística são assim concebidos para favorecer, na prática, a privatização do uso das áreas públicas dos loteamentos (áreas verdes e institucionais, sistema de lazer, ruas e praças). Com a aprovação do loteamento faz com que os espaços institucionais, ruas e praças, assim como as áreas destinadas a edifícios públicos sejam transmitidos automaticamente ao domínio público do Município, ficando afetados a finalidade pública.

Com a permissão do uso exclusivo desses empreendimentos (somente os moradores), restringe notadamente a liberdade de circulação, originária da liberdade de locomoção, direito fundamental previsto no art. 5º da Constituição Federal da República de 1988.

Esses núcleos urbanos vem sendo implantados face ao direito da segurança pública, no qual, tal direito deve ser sopesado e ponderado em face de outros direitos constitucionais, tais como liberdade de locomoção, direito ao lazer, solidariedade, à privacidade, à igualdade

CAPÍTULO I - PARCELAMENTO DO SOLO URBANO

1.1 LINEAMENTO HISTÓRICO

O crescimento urbano desordenado e desenfreado tem propiciado inúmeros problemas territoriais, socioeconômicos e ambientais à sociedade brasileira, trazendo a exclusão social e segregação espacial. A ocupação do território brasileiro, ao longo de sua existência, deu-se e, ainda continua a ocorrer de maneira descontrolada e sem planejamentos, possibilitando assim o surgimento de favelas, loteamentos clandestinos e construções que agridem notadamente os padrões urbanísticos mínimos estabelecidos pela lei 6.766/79.

O processo para formação das cidades deve observar as diretrizes estabelecidas na legislação urbanística, que preveem instrumentos normativos adequados de ocupação e parcelamento do solo, de modo a garantir um bom padrão de vida aos seus habitantes. Portanto, para melhor análise do tema é necessário trazer a baila o conceito de parcelamento do solo, *in verbis*: o parcelamento, para fins da Lei 6.766/79², consiste na subdivisão de gleba, situada em zonas determinadas do território municipal urbano, em lotes destinados à edificação. A lei Federal estabelece que o parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento – que prevê a abertura de novas vias de circulação, modificação ou ampliação de logradouros públicos, ou desmembramento – tem-se aproveitamento no sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento. Como já mencionado acima, o Estado brasileiro vem sofrendo alterações ao longo dos anos quanto ao processo de urbanização acelerado, gerando diversos fatores que refletem na sociedade brasileira, como a exclusão social, crise habitacional e, principalmente a violência.

A primeira norma jurídica a regulamentar o parcelamento do solo foi o Decreto-Lei 58 de 1937³, que regulamentava apenas matéria sobre loteamento, tanto rural quanto urbano. Tal Decreto estabelecia apenas a venda de terrenos e não especificamente questões sobre o uso solo urbano. Portanto, diante desta falta de regulamentação sobre o parcelamento do solo, surgiram assim as proliferações

² Lei Federal 6.766 de 19 de dezembro de 1979.

³ Decreto-Lei 58 de 10 de dezembro de 1937 .

de loteamentos clandestinos em todo país, acarretando sérios prejuízos à ordenação das cidades. Tal situação normativa acerca do solo urbano alongou-se até o ano de 1967, onde foi editado o Decreto-Lei 271 de 1967⁴, que, estabeleceu regras sobre matéria do parcelamento do solo urbano, dispondo apenas sobre a responsabilidade do loteador e definindo termos ainda não conceituados pelo legislador nas legislações anteriores. E por fim em meados de dezembro de 1979 foi publicada a Lei 6.766, que se tornou o referencial jurídico em matéria do parcelamento do solo urbano até os dias atuais, discorrendo sobre o tema de forma sistematizada e coerente. Destarte que, com base nas análises feitas nas entrelinhas da evolução legislativas sobre o tema, constatou-se que, o parcelamento do solo urbano foi tido de forma lenta e insuficiente, em razão da predominância do direito privado sobre o público, no qual se resultaram e um desenvolvimento com uma base jurídica inadequada, onde havia um descompasso entre a ordem em vigor, de caráter privado, e os processos socioeconômicos e territoriais da urbanização.

Feitas estas considerações acerca do parcelamento do solo urbano, cumpre ressaltar que a organização e ocupação do solo urbano é regulamentada pela referida lei, sendo esta regulamentação técnica e jurídica, uma vez que a mesma tem abrangência nacional e estabelece normas e parâmetros que vieram a nortear e determinar novas posturas nas legislações Estaduais e Municipais.

Ademais, ela é o paradigma urbanístico do país, no que tange à expansão urbana regular, com intuito de planejar e organizar a expansão urbana. Tal lei define as diretrizes do parcelamento, uso e ocupação do solo urbano e, regulamenta a sua aplicabilidade. As diretrizes estabelecidas na mesma lei são como um fator primordial para o uso e ocupação do solo urbano, Rech assevera que:

As diretrizes são normas norteadas, que indicam o caminho, balizam o tipo de desenvolvimento, estabelecem a unidade do projeto da cidade e que, portanto, devem se sobrepor as demais normas, buscando garantir o caminho a ser percorrido. Todas as demais normas que contrariam as diretrizes são ilegais e devem ser abandonadas, especialmente quando as diretrizes tiverem como fundamento ou natureza jurídica o diagnóstico da realidade⁵.

No próximo tópico serão analisados os direitos fundamentais que envolvem o loteamento fechado.

⁴ Decreto-Lei 271 de 28 de fevereiro de 1967.

⁵ RECH, Adir Ubaldó. **Direito Urbanístico**. Caxias do Sul: EDUCS, 2010. p. 90.

1.2 UMA ABORDAGEM DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE ENVOLVEM O LOTEAMENTO FECHADO

As normas urbanísticas, especialmente a de parcelamento do solo urbano, não permitem o fechamento de loteamento, leva-se em conta os valores, interesses e bens constitucionalmente assegurados, tais como a liberdade de locomoção, direito ao lazer, a solidariedade e a igualdade. Portanto, o Estado deve buscar a máxima proteção e garantia desses direitos.

Deste modo, permitir fechamento de loteamento, em razão do direito à segurança previsto no artigo 6º da Constituição Federal, estaria colidindo com os outros direitos fundamentais estabelecidos na Constituição. Descobrir qual deles deve prevalecer é uma tarefa complexa, que somente poderá ser realizada com o manejo da ponderação.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 5º, *caput* que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se os brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito a segurança e, prevê também em seu art. 144 que a segurança é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, onde é exercida através dos seguintes órgãos: polícia federal, polícia rodoviária federal, policiais civis, polícias militares e corpo de bombeiro, de modo a garantir a eficiência de suas atividades e garantir condições sociais dignas para sociedade.

Jose Afonso da Silva, assim discorre:

Na teoria jurídica a palavra “segurança” assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica. [...] Segurança social significa a previsão de vários meios que garantam aos indivíduos e suas famílias condições sociais dignas; tais meios se revelam basicamente como conjunto de direitos sociais. [...] Segurança pública é manutenção da ordem pública interna⁶.

⁶ SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 778.

Já, Carvalho elucidada que:

Na segurança pública, o que se garante é o inefável valor da convivência pacífica e harmoniosa, que exclui a violência nas relações sociais; quem garante é o Estado, já que tomou para si o monopólio do uso da força na sociedade e é, pois, o responsável pela ordem pública; garante-se a ordem pública contra a ação de seus perturbadores, e garante-se a ordem pública por meio do exercício, pela administração, do Poder de Polícia⁷.

Pires completa ainda que:

A disseminação da violência no país tem tomado proporções tonitruantes. Roubos com mortes em frente as residências, quando seus moradores chegam ou estão a partir, roubos com o confinamento de famílias inteiras, por intermináveis horas, dentro de seus próprios lares, sequestros consumados de frente dos lares das vítimas [...] alarmante evolução da violência. Há uma razão, como se vê, para a pretensão de “fechar” loteamentos e vilas. O que promove este desiderato de cercar loteamentos e restringir o acesso a vilas é a violência que cresce em proporções descomunais, o Estado que não tem encontrados meios eficazes para conte-la, e a sensação de abandono que medra o pânico da população descomunais⁸.

Diante do exposto, cumpre ressaltar que as políticas de segurança são, essencialmente, públicas, não sendo razoável entregá-las aos particulares. Portanto, o Estado deve ter como objetivo maior a preservação da ordem pública e a paz social. Garantindo assim, a população uma melhor qualidade de vida.

A segurança pública é como uma atividade de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas. Na negativa de segurança pública, no qual deveria ser fornecida pelo Estado, encontra-se a linha de defesa dos loteamentos fechados, para viabilizar o direito que constitucionalmente esta previsto, mas desrespeitado.

Do outro lado, tem-se o direito fundamental que também tem status de norma constitucional, a liberdade de locomoção, no qual esta resguardada no art. 5º, inciso LXVIII da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 5º. LXVIII - conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder⁹.

⁷ CARVALHO, *apud*, MOREIRA NETO, 2004. p. 630.

⁸ PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Loteamentos Urbanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.38-39.

⁹ Art. 5º. LXVIII da Constituição Federal de 1988.

A liberdade é indisponível no Estado de direito democrático, não cabendo a nenhuma autoridade assenhorar-se das prerrogativas do legislativo, criando novas formas inibidoras ao direito de ir e vir, sem a devida fundamentação e forma prescrita em lei. Portanto a importância dada pela Constituição Federal à liberdade de locomoção, um dos mais importantes direitos que dispõe o indivíduo. Sendo assim ao aludir à ameaça de violência ou coação a liberdade de locomoção, a norma constitucional previne.

Destarte que, a liberdade de locomoção tem sido um dos principais argumentos utilizados por cidadãos que não residem dentro de loteamento fechado e, que desejam circular livremente em áreas públicas e de fato de uso comum de todos, como ruas, praças, áreas de equipamento urbano e áreas verdes dos loteamentos.

Silva se posiciona sobre o direito a liberdade de locomoção:

A liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz, contem o direito de ir e vir de ficar e de permanecer, sem necessidade de autorização. Significa que “podem todos locomover-se livremente nas ruas, nas praças, nos lugares públicos, sem temor de serem privados de sua liberdade de locomoção”¹⁰.

Quanto à violação do direito a liberdade de locomoção nos loteamentos fechados, Pires assevera que:

Só o será se a restrição a liberdade de locomoção for exercida por ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º LXVIII da Constituição Federal). Só o será se a concordância da Administração Pública não atender os requisitos necessários para a outorga de uso exclusivo dos bens públicos. [...] Não há uma vedação a *priopri* no uso privativo de bens públicos¹¹.

Feitas estas considerações verifica-se que, diante dos valores que se encontram no principio da segurança pública quando se trata da pretensão de criação de loteamento fechado, desde que, preencham os requisitos necessários para obtenção do uso privativo de bens públicos, em geral esta pretensão poderá ser atendida, mas, outras situações existiram em que alguma condição peculiar

¹⁰ SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 238.

¹¹ PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Loteamentos Urbanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 38.

poderá prevalecer o princípio da liberdade de locomoção e, então será este o direito fundamental que deverá preponderar.

Enfim, o direito a segurança pública, deve ser sopesado e ponderado em face de outros direitos constitucionais, tais como liberdade de locomoção, direito ao lazer, solidariedade e à igualdade.

1.3 PARCELAMENTO DO SOLO URBANO: LOTEAMENTO E DESMEMBRAMENTO

A lei 6.799/79 é o instrumento legal que regulamenta o parcelamento do solo urbano, outorgando poderes aos Estados, ao Distrito Federal e os Municípios para estabelecerem normas complementares relativas ao parcelamento do solo municipal, ou seja, de acordo com a realidade do município, desde que, não contraria a referida lei, para melhor adaptação da lei as peculiaridades regionais e locais. A lei 6.766/79 tem como finalidade ordenar e disciplinar o uso e a ocupação do solo urbano em toda sua zona de expansão urbana. Tal lei procurou estabelecer uma técnica voltada para melhor aproveitamento urbanístico do solo, vista como um conjunto, ela traz para cada uma das partes envolvidas no processo de crescimento urbano, através de loteamentos, loteadores, Poder público e compradores de lotes. Alterações extremamente relevantes e de suma importância e necessidade, num quadro histórico marcado pela ausência de normas regulamentadoras e eficazes quanto a este instituto o parcelamento do solo urbano. A mesma lei estabelece em seu art. 3º que “somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal”.

Para que haja o parcelamento urbano é necessário que haja uma infraestrutura básica, que devesse ser constituída pelos equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação. Em se tratando de parcelamento situado em Zona Habitacional de interesse social ou Zona Especial de interesse social que são a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, são feitas mediante o estabelecimento de normas especiais de uso e ocupação do solo,

instituídas por lei municipal, a infraestrutura básica desse parcelamento constituirá, no mínimo: vias de circulação; escoamento das águas pluviais; rede para abastecimento de água potável; soluções para o esgotamento sanitário e para energia elétrica domiciliar. A energia elétrica pública ou iluminação pública, não é exigido como um dos elementos que compõem a infraestrutura básica dos parcelamentos inseridos nessas Zonas.

A responsabilidade pela execução das obras e dos serviços de engenharia, para instalação da infraestrutura básica dos parcelamentos é do parcelador. Mesmo nos casos de parcelamentos irregulares, cabe ao parcelador executar e, caso não o faça, o município, quando for o caso, promoverá a regularização com possibilidade de levantamento dos depósitos das parcelas devidas pelos adquirentes dos lotes e de indenização pelo loteador, conforme artigos 40 e seguintes da lei 6.766/79.

O parcelamento do solo urbano é instituto do Direito urbanístico e como já mencionado acima tem como finalidade ordenar e disciplinar o uso e a ocupação do solo urbano destinado à habitação.

Silva define o parcelamento do solo urbano como:

[...] à urbanificação de uma gleba, mediante sua divisão ou redivisão em parcelas destinadas ao exercício das funções elementares urbanísticas. Trata-se de atividade peculiarmente induzida pela administração pública, no sentido de fomentar os particulares a ordenarem o solo urbano, sob sua vigilância¹².

Para Eurico de Andrade Azevedo a definição é o seguinte:

É a “divisão de uma gleba em lotes, que passam a ter vida autônoma, com acesso direto à via pública. A gleba parcelada perde a sua individualidade, a sua caracterização originária, dando nascimento a várias parcelas individualizadas, que recebem o nome de “lotes”. Daí a denominação de “loteamento”. (...) O parcelamento para fins urbanos, ou parcelamento urbanístico, destina-se a integrar a gleba na cidade, permitindo que ela passe a ter usos urbanos, ou seja, uso residencial, comercial, industrial e institucional”¹³.

Não obstante, é a própria lei 6.766/79 que regulamenta os meios adequados ao parcelamento do solo urbano, conforme preconiza o art. 2º senão vejamos:

¹² SILVA, Jose Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1981. p. 373.

¹³ AZEVEDO, Eurico de Andrade. **Loteamento Fechado**. Revista de Direito Imobiliário, 1983. p. 65.

Art. 2º. O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes¹⁴.

Portanto só poderá haver parcelamento do solo urbano através de loteamento ou desmembramento.

1.3.1 Conceito e Peculiaridades de Loteamento

Como já mencionado acima o parcelamento do solo urbano conforme art. 2º da lei 6.766/79 poderá ser feito através de loteamento ou desmembramento, respeitando as normas desta lei e as normas estaduais e municipais. O loteamento é subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

Para Hely Lopes Meirelles, a conceituação é a seguinte:

Loteamento é o meio de urbanização e só se efetiva por procedimento voluntário e formal do proprietário da gleba, que planeja sua divisão e a submete a aprovação da prefeitura, para subsequente inscrição no registro imobiliário, transferência gratuita das áreas das vias públicas e espaços livres ao município, e a limitação dos lotes¹⁵.

Na visão urbanística, Jose Carlos de Freitas assevera que:

A implantação de um loteamento exerce direta influência sobre o meio ambiente urbano ou construído, porque irradia efeitos sobre a população difusa e coletivamente considerada, pois a inobservância das normas urbanísticas pode gerar problemas que afetam a segurança, a salubridade e o conforto dos cidadãos e transeuntes, bem como a funcionalidade e estética da cidade. Dai termos afirmados que a atividade de lotear, ainda que exercida por particulares, traduz uma função pública¹⁶.

¹⁴ Art. 2º da Lei Federal 6.766 de 1979.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Urbanismo e Proteção Ambiental**. Revista de direito público nº 39/40. São Paulo: Revistas dos tribunais, 1976. p. 62.

¹⁶ FREITAS, José Carlos de. **Loteamentos clandestinos e suas modalidades fraudulentas: atuação preventiva dos agentes públicos** in Revista de Direito imobiliária nº 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 200. p. 12.

Quanto a regularização e aprovação dos loteamentos, deverá ser feitos mediante aprovação do Município, ficando a cargo do loteador realizar toda infraestrutura básica do loteamento, bem como, a instalação de rede de abastecimento de água potável; escoamento das águas pluviais; vias de circulação; soluções para o esgotamento sanitário e para a energia elétrica domiciliar. Sendo que, a área a ser loteada deve-se obedecer uma série de tramites necessários para ser legalizada. Nesse sentido, assim esclarece Meirelles:

Após aprovação pela prefeitura o loteamento será levado à inscrição no registro imobiliário competente, sendo possível de levantamento de dúvidas pelo oficial do registro e impugnação por terceiros, as quais serão processadas e decididas judicialmente. A inscrição do loteamento produz, dentre outros, os seguintes efeitos imediatos: legitima divisão e as vendas dos lotes; torna imodificável unilateralmente o plano de loteamento e o arruamento; transfere para o domínio público do município as vias de comunicação e os espaços livres constantes do memorial e da planta, independentemente de qualquer outro ato alienativo¹⁷.

O artigo 4º da lei de parcelamento do solo urbano fixa os requisitos urbanísticos mínimos para aprovação dos loteamentos, o mesmo nos traz elementos que compõe o próprio loteamento, isto é, as características que deverá possuir de acordo com o padrão urbanístico adotado em nosso país e delimitado nos incisos deste mesmo artigo da lei 6.766/79. O Município, ou Distrito Federal quando for o caso, poderá ampliar as exigências impostas pelo legislador na lei de parcelamento do solo urbano, desde que, não contraria a referida lei. No entanto havendo interesse público e fundamentadamente, deverá fazê-lo por lei fixando-os, mas nunca poderá alterar ou suprimir os requisitos mínimos exigidos na lei federal, com exceção na área mínima dos lotes, no qual fica a cargo do município definir a área mínima dos lotes de acordo com o plano diretor local, desde que o tamanho da área não seja inferior do que estabelecido na lei. As áreas destinadas a sistema de circulação, de equipamentos urbano e comunitário, bem como espaços livres de uso público, serão proporcionais a densidade de ocupação prevista pelo plano diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que situem.

O processo de análise e aprovação dos loteamentos, esses desenvolvem em duas fases. A primeira fase é a de diretrizes, prevista nos artigos 6º, 7º e 8º, da lei 6.766/79. A segunda fase é a de aprovação, prevista no artigo 9º da mesma lei. A

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Urbanismo e Proteção Ambiental**. Revista de direito publico nº 39/40. São Paulo: Revistas dos tribunais, 1976. p. 62.

fase de requerimento de diretrizes é exclusiva para os loteamentos, mas a legislação municipal poderá exigir que nos desmembramentos também haja a fase de requerimento e expedição da certidão de diretrizes. Na fase diretrizes, antes da elaboração do projeto do loteamento, o requerente deverá apresentar a prefeitura requerimento de certidão de diretrizes do loteamento para o uso solo. Nesta fase o loteador manifesta a vontade de parcelar uma área para implantar um loteamento, devendo-se compatibilizar o seu interesse com o interesse público, previamente definido pelo legislador municipal nas leis de uso e ocupação do solo e, observando também a lei 6.766/79. O artigo 6º da mesma lei estabelece os documentos necessários para requerimento de certidão de diretrizes, *in verbis*:

Art. 6º. (...)

I - as divisas da gleba a ser loteada;

II - as curvas de nível à distância adequada, quando exigidas por lei estadual ou municipal;

III - a localização dos cursos d'água, bosques e construções existentes;

IV - a indicação dos arruamentos contíguos 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;

V - o tipo de uso predominante a que o loteamento se destina;

VI - as características, dimensões e localização das zonas de uso contíguas¹⁸.

O poder público deverá exigir obrigatoriamente que o requerimento esteja acompanhado desses documentos, podendo ainda exigir outros documentos, desde que, previsto em lei municipal e, sem suprimir o exigido no artigo 6º da 6.766/79. Deverá constar ainda da certidão de diretrizes conforme o artigo 7º da lei em comento os seguintes documentos: *a) as ruas ou estradas existentes ou projetada, que compõem o sistema viário da cidade e do município, relacionadas com o loteamento pretendido e a serem respeitadas; b) o traçado básico do sistema viário principal; c) a localização aproximada dos terrenos destinados a equipamento urbano e comunitário e das áreas livres de uso público; d) as faixas sanitárias do terreno necessárias ao escoamento das águas pluviais e as faixas não edificáveis; e) a zona ou zonas de uso predominante da área, com indicação dos usos compatíveis.*

Quanto ao prazo de vigência das diretrizes, a lei 6.766/79 estabelece o prazo de até quatro anos, mas, poderá o município através de legislação municipal definir

¹⁸ Art. 6º da Lei Federal 6.766 de 1979.

tal prazo. Expirado o prazo sem apresentação do projeto de loteamento, é considerado a caducidade das diretrizes devendo o requerente requerer novamente a certidão de diretrizes. Apresentado as diretrizes e aprovadas pelo município, o requerente deverá apresentar o projeto de loteamento, observando o traçado de diretrizes oficiais contendo os seguintes documentos segundo o artigo 9º da lei 6.766/79:

Art. 9º Orientado pelo traçado e diretrizes oficiais, quando houver, o projeto, contendo desenhos, memorial descritivo e cronograma de execução das obras com duração máxima de quatro anos, será apresentado à Prefeitura Municipal, ou ao Distrito Federal, quando for o caso, acompanhado de certidão atualizada da matrícula da gleba, expedida pelo Cartório de Registro de Imóveis competente, de certidão negativa de tributos municipais e do competente instrumento de garantia, ressalvado o disposto no § 4º do art. 18. (Redação dada pela Lei nº 9.785, de 1999)

§ 1º - Os desenhos conterão pelo menos:

- I - a subdivisão das quadras em lotes, com as respectivas dimensões e numeração;
- II - o sistema de vias com a respectiva hierarquia;
- III - as dimensões lineares e angulares do projeto, com raios, cordas, arcos, pontos de tangência e ângulos centrais das vias;
- IV - os perfis longitudinais e transversais de todas as vias de circulação e praças;

V - a indicação dos marcos de alinhamento e nivelamento localizados nos ângulos de curvas e vias projetadas;

VI - a indicação em planta e perfis de todas as linhas de escoamento das águas pluviais.

§ 2º - O memorial descritivo deverá conter, obrigatoriamente, pelo menos:

- 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;
- III - a indicação das áreas públicas que passarão ao domínio do Município; (Redação dada pela Medida Provisória nº 514, de 2010)
- 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.

§ 3º Caso se constate, a qualquer tempo, que a certidão da matrícula apresentada como atual não tem mais correspondência com os registros e averbações cartorárias do tempo da sua apresentação, além das consequências penais cabíveis, serão consideradas insubsistentes tanto as diretrizes expedidas anteriormente, quanto as aprovações consequentes. (Incluído pela Lei nº 9.785, de 1999)¹⁹.

Ademais, conforme estabelecido pelo artigo 9º, o projeto de loteamento deveser executado dentro do prazo constante do cronograma de execução, cujo prazo máximo é de quatro anos.

¹⁹ Art. 9º da Lei Federal 6.766 de 1979.

Diante do exposto, percebe-se o quão é detalhista e rigoroso o processo de aprovação de loteamento. A lei 6.766/79 veio não somente para beneficiar os moradores dos loteamentos, mas também a coletividade como todo.

1.3.2 Conceito de Desmembramento

Como já mencionado anteriormente o desmembramento trata-se de uma espécie de parcelamento do solo urbano, senão vejamos o seu conceito, conforme estabelecido no artigo 2º § 2º da lei 6.766/79: *considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes.*

Para Hely Lopes Meirelles, a conceituação é a seguinte:

O desmembramento é apenas a repartição da gleba, sem atos de urbanização, e tanto pode ocorrer pela vontade do proprietário (venda, doação, etc.) como por imposição judicial (arrematação, partilha, etc.) e, em ambos os casos sem qualquer transferência ao domínio público²⁰.

Para se caracterizar um desmembramento leva-se em conta à existência de uma gleba, a sua divisão em lotes, a destinação destes lotes a edificação, o aproveitamento do sistema viário existente, além do fim urbano. Todos os lotes resultantes do desmembramento deverão ter, no mínimo, uma frente para logradouro público oficial, reconhecido pelo poder público. Destarte que, as ruas clandestinas, ruas particulares, cicloviárias, rodovias, ferrovias não podem ser utilizadas como frente do lote para caracterizar o desmembramento.

Embora, o desmembramento e o loteamento ser modalidades do parcelamento do solo urbano, apresentam características diversas. Enquanto o loteamento há aberturas de novas vias de circulação, já o desmembramento há o aproveitamento do sistema viário e sem abertura de novas vias e logradouros públicos, nem prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Urbanismo e Proteção Ambiental**. Revista de direito público nº 39/40. São Paulo: Revistas dos tribunais, 1976. p. 62.

Para alguns doutrinadores existem dois tipos de desmembramento, o tradicional previsto no artigo 167 da lei 6.015/73, também chamado desdobro e, o especial previsto na lei 6.766/79.

Assim, esclarece Oliveira:

O desmembramento, a seu turno, diferencia-se da figura do desdobro (ou fracionamento), na medida em que este último, espécie de parcelamento não contemplado na Lei Federal n.º 6.766/79 (...), é doutrinariamente aceito se previsto em lei municipal de regência. O desdobro, vale dizer, é a divisão da área do lote para formação de novo ou de novos lotes. Estes devem atender às exigências mínimas de dimensionamento e índices urbanísticos para sua edificação.

Admite-se, pois, conceber, ao lado do conceito de desmembramento, a ideia de desdobro, ocorrente em casos de repartição de lote existente, sem preocupações de urbanização ou venda por oferta pública.

O desdobro, assim como o desmembramento e o loteamento, necessita ser aprovado pela municipalidade, bem como deve estar previsto em lei municipal, pois a Lei Federal n.º 6.766/79 não o disciplina. O registro do desmembramento e do loteamento, diga-se, é sempre obrigatório (art. 18 da Lei Federal n.º 6.766/79). Já com relação ao registro do desdobro (ou desdobramento), o art. 18 da Lei Federal n.º 6.766/79 nada dispõe a respeito, pois trata apenas de loteamento e desmembramento²¹.

Cumprе ressaltar que, a lei 6.766/79 não tratou do desdobro de lote, muito embora o admita, tendo deixado a cargo do Município a fixação de normas e critérios de aprovação. Com o desdobro do lote se resulta dois ou mais novos lotes, o município devera levar em conta a área mínima permissível do lote, fixada na lei 6.766/79 em seu artigo 4º, inciso II. Portanto, torna-se difícil estabelecer, em alguns casos, a exata distinção entre desmembramento, sujeito as formalidades da legislação, e o desdobro, sendo a simples divisão de lote preexistente para anexação a outro ou formação de uma nova área.

1.3.3 Proibições legais do Parcelamento do Solo Urbano

²¹ OLIVEIRA, Gustavo Burgos de. Parcelamento do solo urbano, desdobro, loteamento fechado e condomínio (geral, edifício, horizontal de lotes e urbanístico. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, 2008. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/atuacaomp/not_artigos/id15041.htm> Acesso em 31 de outubro de 2015.

A lei 6.766/79 estabeleceu em seu artigo 3º paragrafo único restrições gerais de parcelamento do solo, buscando a segurança, a saúde e o meio ambiente ecologicamente equilibrado à população.

São proibições de caráter absoluto ou relativo. Será absoluto quando o terreno apresentar condições que impeçam, mesmo com a ação humana, torná-lo habitável. É o que se verifica na hipótese do inciso IV, do mencionado paragrafo único, nos terrenos onde as condições geológicas não aconselham a edificação. Neste caso, é vedado o parcelamento do solo. Considera-se um vicio insanável.

Quanto as proibições de caráter relativo estão previstas nos incisos I, II, III e IV, do referido paragrafo único e, nelas, embora apresentem inicialmente impedimentos para habitualidade, a intervenção humana poderá tornar o terreno em condições de ocupação. É o que ocorre: a) em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas; b) em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados; c) em terrenos com declividade igual ou superior a 30% (trinta por cento), salvo se atendidas exigências específicas das autoridades competentes; d) em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção.

Rech assevera que:

A ocupação pelo homem sempre gera desequilíbrio, pois a urbanização sempre coloca, em determinado espaço, mais pessoas e atividades suportáveis pela natureza, quando não ocupa locais que não poderiam ser ocupados. Disso decorre o caos no trânsito, alagamentos, deslizamentos (...). Além disso, ocupações sem sustentabilidade tornam impossível que a água das chuvas ecoe normalmente²².

Ressalta que, é através do direito urbanístico que se tem normas e diretrizes disciplinadoras dos espaços habitáveis ou não, garantindo a sustentabilidade ambiental, econômica e social, com vistas à qualidade de vida do homem.

O ilustre autor esclarece ainda:

Ousamos acrescentar que não mais apenas espaços habitáveis, mas também espaços não habitáveis, como área de preservação permanente, parques ecológicos, reservas ambientais, área rural, etc., pois é necessário

²² RECH, Adir Ubaldó. **Direito Urbanístico**. Caxias do Sul: EDUCS, 2010. p. 48

definir como o homem deve se portar sobre elas, ordenando e limitando as formas de ocupação e intervenção humana em todos os espaços do planeta²³.

No próximo capítulo serão abordados, os bens públicos e suas peculiaridades, bem como sua classificação doutrinária, afetação e desafetação.

²³ RECH, Adir Ubaldo. **Direito Urbanístico**. Caxias do Sul: EDUCS, 2010. p. 38

CAPÍTULO II – BEM PÚBLICO

2.1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

O patrimônio público é formado por bens de toda natureza e espécie que tenham interesse para administração e para a comunidade administrativa. Portanto o Código Civil em seu artigo 98 adotou terminologia própria, peculiar ao direito brasileiro quanto aos bens públicos:

Art. 98. 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 ²⁴.

Na lição de Carvalho Filho são bens públicos:

Todos aqueles que, de qualquer natureza e a qualquer título pertençam às pessoas jurídicas de direito público, sejam elas federativas como a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sejam da Administração descentralizada, como as autarquias, e as fundações de direito público ²⁵.

Para Meirelles a conceituação é o seguinte: São todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, as entidades estatais, autarquias, fundacionais e empresas governamentais ²⁶.

O instituto dos bens públicos, como aqueles que pertencem às pessoas jurídicas de direito público, possuem um regime jurídico específico quanto à sua destinação, titularidade e disponibilidade. Quanto a sua destinação, apresenta-se uma divisão conforme estabelece o artigo 99 do Código Civil: a) *os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças*; b) *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*; c) *os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de*

²⁴ Art. 98 da lei 10.406 de 2002 – Código Civil Brasileiro.

²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 993.

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 623.

direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Para a ilustre autora DI Pietro a classificação tripartite que o referido dispositivo do Código Civil atribuiu aos bens públicos, tem:

O critério dessa classificação é o da destinação ou afetação dos bens: os da primeira categoria são destinados, por natureza ou por lei, ao uso coletivo; os da segunda ao uso da Administração, para consecução de seus objetivos, como os imóveis onde estão instaladas as repartições públicas, os bens móveis utilizados na realização dos serviços públicos (...); os da terceira não têm destinação pública definida, razão pela qual podem ser aplicados pelo poder público, para obtenção de renda; (...) ²⁷.

Os bens comum de uso do povo pertencem a todos e podem ser utilizados por qualquer cidadão, esses bens pertencem ao ente de direito público que possuem a guarda, a administração e fiscalização. Os cidadãos possuem apenas o uso e gozo desses bens. Tais bens são utilizados indistintamente por todos os cidadãos em concorrência igualitária e harmoniosa com os demais, de acordo com o destino do bem e condições que não lhe causem uma sobrecarga invulgar.

Desta forma, Meirelles conceitua o seguinte:

Bens de uso comum do povo ou de domínio público: como exemplifica a própria lei, são os mares, praias, rios, estradas, ruas e praças. Enfim, todos os locais abertos a utilização pública adquirem esse caráter de comunidade, de uso coletivo, de fruição própria do povo ²⁸.

Quanto aos bens de uso especial, são os bens destinados à execução dos serviços públicos, são os imóveis destinados ao serviço público ou para o estabelecimento da administração federal, estadual e municipal, inclusive pelas autarquias. Esses bens possuem uma destinação especial, por serem utilizados pelo próprio poder público. Porém em alguns casos, o particular poderá obter o uso exclusivo de parte ou de todo o bem de uso especial, por ser esta a destinação do imóvel, como exemplo, quando a administração concede, permite ou autoriza, mediante licitação, o uso de todo o prédio de uma rodoviária a uso privado, agencia bancaria em espaço público, dentre outros. Ressalta-se que, não perdem a característica de bens de uso especial aqueles que, objetivando a prestação de

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas S.A, 2011. p. 671.

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 625.

serviços públicos, estejam sendo utilizados por particulares, desde que, sob regime de delegação.

Ademais, tanto os bens de uso comum do povo, quanto aos bens de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determina, conforme dispõe o artigo 100 do Código Civil Brasileiro.

Di Pietro assevera que:

A inalienabilidade, no entanto, não é absoluta, a não ser com relação a aqueles bens, por sua própria natureza, são insuscetíveis de valoração patrimonial, como os mares, praias, rios navegais; os que sejam inalienáveis em decorrência de destinação legal e sejam suscetíveis de valoração patrimonial podem perder o caráter de inalienabilidade, desde que percam a destinação pública, o que ocorre pela desafetação²⁹.

Os bens de uso comum do povo e os de uso especial caracterizam-se pela sua indisponibilidade e inalienabilidade, deste modo Carvalho Filho discorre:

Bens indisponíveis são aqueles que não ostentam caráter tipicamente patrimonial e que, por isso mesmo, as pessoas a que pertencem não podem deles dispor.

Não poder dispor, no caso, significa que não podem ser alienados ou onerados nem desvirtuados das finalidades a que estão voltados³⁰.

O ilustre autor conclui assegurando que: São bens indisponíveis os bens de uso comum do povo, porquanto se revestem de características não-patrimonial. Incluem-se, então, os mares, os rios, as estradas, as praças e logradouros públicos, o espaço aéreo etc³¹.

Desse modo, os bens públicos de uso comum do povo são por natureza de uso de toda a coletividade. Portanto vedada a limitação de acesso. São bens que se destinam a toda coletividade indistintamente, em concorrência igualitária e harmoniosa com os demais, de acordo com o destino do bem e em condições que não lhe causem desequilíbrio.

Por fim, os bens dominicais, são os destituídos de qualquer destinação, prontos para ser utilizados ou alienados. São os bens que compõe o patrimônio da

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas S.A, 2011. p. 677.

³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 1001.

³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 1001.

União, dos Estados, dos Municípios e do distrito Federal, podendo ser bens moveis ou imóveis, objetos de direito pessoal ou real das pessoas jurídicas de direito público interno. Sendo que, poderá o poder público autorizar que esses bens sejam utilizados por particulares, na forma de locação, arrendamento, permissão de uso, concessão de uso, concessão de direito real de uso, concessão de uso especial e autorização de uso. Podem ser utilizados pelos seus proprietários para todos os fins de direito, observadas, evidentemente, as legislações dos demais entes federados, não podendo ser dada destinação diferente da permitida pelas legislações municipais de uso e ocupação do solo.

2.1 AFETAÇÃO E DESAFETAÇÃO

Afetação e Desafetação dizem respeito aos fins para os quais está sendo utilizado o bem público. Afetação é a condição do bem público que está servindo a alguma finalidade.

Carvalho Filho, conceitua afetação como o seguinte: Afetação como sendo o fato administrativo pelo qual se atribui ao bem público uma destinação pública especial de interesse direto ou indireto ³².

Já a Desafetação se define pela perda da destinação pública de um bem de uso comum ou de uso especial para caracterizá-lo como bem dominical, visto que somente os bens dominicais podem ser alienados, pois não tem destinação específica. Afetação e desafetação são os fatos administrativos que indicam a alteração das finalidades do bem público. Se o bem está afetado e passa a desafetado do fim público, ocorre a desafetação, se, ao revés, um bem desativado passa a ter alguma utilização pública, ocorre à afetação. Vale ressaltar que, enquanto os bens de uso comum do povo e de uso especial são afetados, os bens dominicais são desafetados.

Afetar é atribuir uma finalidade pública determinada para o bem, modificando sua natureza. Enquanto desafetar é retirar do bem sua finalidade pública específica, modificando sua natureza de "bem de uso comum do povo" ou "bem de uso especial" para "dominical".

³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 1002.

Em relação a declaração de vontade do poder público em desafetar um bem público, devera ocorrer através de lei municipal, depende de previa motivação. Apta a demonstrar que o bem que se pretende mudar a classificação não mais se destina ao fim para o qual está afetado. Sendo assim, não se pode por lei simplesmente mudar a classificação de um bem público, deve-se observar se dentro do planejamento municipal esse bem público é útil, caso contrario poderá ser desafetado e alienado. Isso nada mais é, do que uma exigência decorrente da necessidade de motivação dos atos administrativos, os quais deverão estar norteados por negócios jurídicos de interesse público.

A importância de um bem público deve ser mensurada de acordo com sua destinação. Os bens de uso comum do povo estão a serviço de toda população, é patrimônio social comunitário.

2.3 ATO ADMINISTRATIVO DE PERMISSÃO, CONCESSÃO E CESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO

A Constituição Federal de 1988 traçou regras básicas sobre a política urbana em seus artigos 182 e 183, bem como a Lei 10.257 de 2001. No mesmo ano, em meados do mês de setembro, surgiu a Medida Provisória nº 2.220, de 04 de setembro de 2001, que, também com intuito urbanístico, instituiu duas novas figuras: a concessão de uso especial e a autorização de uso especial de imóvel público.

a) Da Autorização e Permissão de Uso

Permissão e autorização são atos administrativos, veiculados por decreto ou portaria, pelos quais a administração pública outorga a alguém, que para isso tenha demonstrado interesse, ou uso privativo de um bem que lhe pertence, mediante certas condições.

Nos dizeres de Meirelles: “A autorização de uso é o ato unilateral, discricionário e precário pelo qual a administração consente na pratica de determinada atividade individual incidente sobre um bem público”³³.

Já Di Pietro define como: Autorização de uso é o ato unilateral e discricionário, pelo qual a administração consente, a titulo precário, que o particular se utilize de bem público com exclusividade³⁴.

Para Carvalho Filho a conceituação é o seguinte: Autorização de uso é o ato administrativo pelo qual o Poder Público consente que determinado indivíduo utilize bem público de modo privativo, atendendo primordialmente a seu próprio interesse³⁵.

O ato administrativo é unilateral, porque a exteriorização da vontade é apenas da administração pública, muito embora o particular seja o interessado no uso. Como regra a autorização não deve ser conferida com prazo certo. O comum é que seja, ate que a administração decida revoga-lo. Essas autorizações são comuns para a ocupação de terrenos baldios, para a retirada de água em fontes não abertas ao uso comum do povo, de fechamento de ruas para festas comunitárias e para outras utilizações de interesse de certos particulares, desde que, não prejudiquem a comunidade nem embarcem o serviço público.

Quanto à permissão de uso é ato pela qual a administração consente que certa pessoa utilize privativamente do bem público, atendendo ao mesmo tempo aos interesses público e privado.

O ato de autorização de uso e o ato de permissão de uso se assemelham, mas há distinção entre ambos no qual na autorização de uso, o interesse que predomina é o privado, conquanto haja interesse público. Já na permissão de uso, os interesses são nivelados, a administração tem certo interesse publico na exploração do bem do particular e, este tem intuito lucrativo na utilização privativa do bem. Como exemplo de permissão de uso: feiras de artesanatos em praças públicas; vestiários públicos.

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 630.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas S.A, 2011. p. 694.

³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 1025.

b) Da Cessão de Uso

Cessão de uso é aquela em que o poder público consente o uso gratuito de bem público por órgãos da mesma pessoa ou de pessoa diversa, incumbida de desenvolver atividades que, de algum modo, traduza interesse para a coletividade.

O autor Diógenes Gasparini conceitua o seguinte: Cessão de uso é o ato que consubstancia a transferência do uso certo bem de um órgão para outro da mesma pessoa política, para que este utilize segundo sua natureza e fim, por tempo certo ou indeterminado³⁶.

Hely Lopes Meirelles complementa:

Cessão de uso é a transferência gratuita da posse de um bem público de uma entidade ou órgão para outro, a fim de que o cessionário o utilize nas condições estabelecidas no respectivo termo, por tempo certo e indeterminado³⁷.

A formalização da cessão de uso se efetiva por instrumento firmado entre os representantes das pessoas cedentes e cessionárias, denominado de termo de cessão ou de termo de cessão de uso. Podendo o prazo ser determinado e indeterminado e, o cedente pode a qualquer tempo reaver a posse do bem cedido. Ressalta-se que é vedado qualquer desvio de finalidade, bem como a extensão das dependências.

c) Da Concessão de Uso

Concessão de uso é o contrato administrativo pelo qual o público atribui a utilização exclusiva de um bem de seu domínio a particular, para que o explore segundo sua destinação específica. O que caracteriza a concessão de uso e a distingue dos demais institutos assemelhados como o da autorização e permissão de uso, é o caráter contratual e estável da concessão do uso do bem público ao particular, para que o utilize com exclusividade e nas condições estabelecidas com a Administração.

³⁶ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 984.

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 632.

Como já mencionado acima, a concessão de uso é formalizada por contrato administrativo, enquanto a permissão e a autorização se formalizam por atos administrativos. Portanto fica bem claro neste instituto o aspecto de unilateralidade.

A concessão poderá ser remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, mas deverá ser sempre precedida de autorização legal e, de concorrência para o contrato. Ao contrário dos outros institutos mencionados acima, sua outorga não é discricionária nem precária, uma vez que, obedece a normas regulamentares e tem a estabilidade relativa dos contratos administrativos, gerando direitos individuais e subjetivos para o concessionário, nos termos do ajuste. Tal contrato confere ao titular da concessão de uso um direito pessoal de uso especial sobre o bem público, privativo e intransferível sem prévio consentimento da administração, pois é realizado *intuitu personae*, embora admita fins lucrativos. Contudo a concessão processo licitatório nos termos da lei 8.666/93.

Di Pietro assim elucida:

Quando a concessão implica utilização de bem de uso comum do povo, a outorga só é possível para fins de interesse público. Isto porque, em decorrência da concessão, a parcela de 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 concessionário³⁸.

Ressalta-se ainda, que, na concessão de uso prevalece público sobre o particular, razão pela qual é admitida a alteração de cláusulas regulamentares do ajuste e até mesmo sua rescisão antecipada, mediante composição dos prejuízos, quando houver motivo relevante.

d) Da concessão de direito real de uso

A concessão de direito real de uso é o contrato pelo qual a administração transfere o uso remunerado ou gratuito de terreno público a particular, como direito real resolúvel, para que dele se utilize em fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra exploração de interesse social, nos termos do Decreto-Lei nº 271 de 1967, artigo 7º, devidamente modificado pela

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas S.A, 2011. p. 699.

Lei nº 11.481/2007, *in verbis*: *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, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas.*

A concessão de uso, como direito real, é transferível por ato *inter vivos* ou causa mortis, a título gratuito ou oneroso, assim como os demais direitos reais sobre coisas alheias. No entanto, o imóvel retornará à administração pública se o concessionário e/ou seus sucessores não lhe derem o uso contratado ou o desviarem de sua finalidade. Assim, o poder público garante-se quanto à execução do contrato, garantindo o uso que o bem se destina, evitando, ainda, especulações imobiliárias dos que adquirem imóveis públicos para aguardar valorização.

Ademais, a concessão, embora um direito real, não se confunde com o instituto enfiteuse ou aforamento, uma vez que, o mesmo é uma instituição civil bem diversa e menos adequada ao uso especial de bem público por particulares.

Assim esclarece Meirelles:

Efiteuse ou aforamento é o instituto civil que permite ao proprietário atribuir a outrem o domínio útil de imóvel, pagando a pessoa que o adquire (enfiteuta) ao senhorio direto uma pensão ou foro, anual, certo e invariável (CC/16, art.678). Consiste, pois na transferência do domínio útil de imóvel público a posse, uso e gozo perpétuos da pessoa que ira utiliza-lo dai por diante ³⁹.

E por fim, a concessão de direito real poderá ser outorgada através de escritura pública ou termo administrativo, no qual o instrumento ficara sujeito a inscrição no livro próprio do registro imobiliário competente.

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 637.

CAPÍTULO III – OS LOTEAMENTOS FECHADOS

3.1 LOTEAMENTO FECHADO

O processo de urbanização desenfreado no Brasil como já mencionado no primeiro capítulo produziu nos últimos anos uma concentração urbana desordenadas das cidades. O caos urbano é uma realidade crescente em nosso país e, as soluções apontadas são temporárias e ineficientes. Apesar de se estar produzindo uma abundancia de normas, as mesmas não se efetivam não tem eficácia.

Os loteamentos fechados tem ocorrido em razão da notória deficiência do poder público na prestação de serviços que lhe incumbem, principalmente no campo da segurança pública. Além do aspecto associado a violência urbana, a ocupação desordenada do solo e, a crescente degradação de áreas nobres da cidade. Com efeito, tem surgido no mercado imobiliário esses empreendimentos, que prometem uma melhor qualidade de vida aos seus moradores, mas, que, não há expressa previsão legal e, sim há priorização de interesses de classes mais economicamente favorecidas em detrimento de outras.

Freitas contribui no sentido que:

O processo de urbanização desordenada das cidades traz algumas consequências negativas de ordem estrutural e social, como a deficiência do sistema de transportes, o congestionamento do trânsito de veículos automotores, a proliferação de habitações subnormais, a ocorrência de inundações (causadas, por exemplo, pela impermeabilização do solo e ocupação de áreas de várzea), a precariedade do saneamento básico, a “favelização” das áreas públicas invadidas e a violência. Inspirados na má qualidade de vida urbana, gerada pela desenfreada e caótica ocupação do solo nos grandes centros, empresários do ramo imobiliário têm optado por moradias dotadas de comodidade, luxo e segurança, além do “status” de se morar bem.

Estas são algumas das razões da proliferação de uma modalidade de parcelamento do solo urbano, os “loteamentos fechados”, com características especiais que os diferem dos convencionais⁴⁰.

⁴⁰ FREITAS, José Carlos. **Da Legalidade dos Loteamentos Fechados**. São Paulo: Revista Tribunais, n. 750. p. 149-169.

Sarmento filho define o loteamento fechado como:

O loteamento fechado é o termo que tem sido usado, com mais frequência, para diferenciar o parcelamento que se afasta do loteamento previsto na legislação, na medida em que as vias de circulação que cortam o empreendimento tem sua utilização destinada apenas aos proprietários dos lotes, com colocação de guaritas na entrada desses núcleos urbanos, impedindo o acesso do restante da população ⁴¹.

Os loteamentos fechados, atropelando a legislação civil e urbanística são assim concebidos para favorecer, na prática, a privatização do uso das áreas públicas dos loteamentos (áreas verdes e institucionais, sistema de lazer, ruas e praças). Ressalta que, com a aprovação do loteamento faz com que os espaços institucionais, ruas e praças, assim como as áreas destinadas a edifícios públicos sejam transmitidos automaticamente ao domínio público do Município, ficando afetados a finalidade pública. Tal transferência ocorre automaticamente, *ex-lege*, com a simples aprovação do projeto, na forma do artigo 22 da lei 6.766/79. *In verbis: Desde a data de 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.*

Roberto Barroso assevera que:

Aprovado loteamento pela municipalidade, os espaços livres, as vias, as praças, assim como outras áreas destinadas a equipamentos urbanos, tornam-se inalienáveis; e, com o registro do loteamento, transmitem-se, automaticamente, ao domínio público do município, com a afetação ao interesse público especificando no plano do loteamento. Tal transferência dos bens ao domínio público e sua afetação aos fins públicos indicados no plano de loteamento independem de qualquer ato jurídico de natureza civil ou administrativa (escritura ou termo de doação) ou ato declaratório de afetação ⁴².

contempla ainda que:

Não é demais insistir-se na ideia de que o loteamento é, via de regra, como se disse, matriz de um novo bairro residencial da Cidade. Daí ser imperativo ter-se em linha de conta que as ruas e praças do loteamento, assim como os espaços livres de proteção ambiental ou de fins paisagísticos não podem ser desvirtuados. Não podem sofrer trespasseiro,

⁴¹ SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. **Loteamento Fechado ou Condomínio de Fato**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 24.

⁴² BARROSO, Roberto. **O Município e o Parcelamento do solo**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar e Fundação Getúlio Vargas, v. 194. p. 57.

por ato da autoridade pública municipal, no exercício de seu poder de império sobre os bens de seu domínio público⁴³.

Em relação ao processo de implantação desses empreendimentos, podem surgir por vontade do empreendedor, que obtém licença para implantar um loteamento obedecendo todos os requisitos da lei 6.766/79 e, posteriormente, transformando-o, com o benefício do poder público, em um loteamento fechado, erguendo muros em torno do loteamento, ou, pelos próprios moradores através de associação.

Sarmiento Filho, assim discorre:

O poder público em diversas cidades, por intermédio de decretos, tem regulado a matéria no que concerne ao uso de bens públicos com exclusividade pelos moradores do local, permitindo a instalação de cancelas e guaritas na entrada de logradouros ou mesmo fechando loteamentos inteiros⁴⁴.

Com o fechamento do perímetro do loteamento por muros ou cercas e, o consequente uso exclusivo das vias públicas, é contrariar todo espírito das normas sobre loteamento constantes na lei 6.766/79. A referida lei inclui como requisito urbanístico para os loteamentos a articulação das vias a serem implantadas com as vias adjacentes. Importa salientar que, esses núcleos urbanos interferem notoriamente no sistema viário das cidades, dificultando a locomoção e a integração entre ruas e bairros.

Neste sentido, Barroso afirma:

A nova realidade urbanística resultante da implantação do loteamento, como é óbvio, afeta à Cidade como um todo, sobrecarregando seus equipamentos urbanos, sua malha viária e toda a gama de serviços públicos de infraestrutura da cidade.

Por sinal que, a transcender desses direitos subjetivos dos proprietários de unidades imobiliárias dos loteamentos, deve-se reconhecer, mesmo, a existência de um direito comunitário, de todo o povo, ao desfrute do novo bairro, como unidade urbanística do todo que é a Cidade. O loteamento, sob essa visão, não é patrimônio de um conjunto de pessoas, mas, sim, núcleo urbano de interesse comum de todos⁴⁵.

⁴³ BARROSO, Roberto. **O Município e o Parcelamento do solo**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar e Fundação Getúlio Vargas, v. 194. p. 59.

⁴⁴ SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. **Loteamento Fechado ou Condomínio de Fato**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 26.

⁴⁵ BARROSO, Roberto. **O Município e o Parcelamento do solo**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar e Fundação Getúlio Vargas, v. 194. p. 56-61.

Os loteamentos são em essência, abertos, como já mencionado acima, admitir fechamento de loteamento, do ponto de vista urbanístico, é uma contradição em termos. Não há legislação que ampare esses núcleos urbanos, o que ocorre é uma distorção e uma deformação de duas instituições jurídicas: do aproveitamento condominial de espaço e do loteamento ou desmembramento.

Portanto o que se percebe é uma disfarçável forma de escapar as exigências da lei 6.766/79, na medida em que sua instituição não se dá em razão da iniciativa de incorporação imobiliária regida pela lei 4.591/64, uma vez que, o empreendedor não assume a obrigação de neles edificar as casas, conforme dispõe o artigo 8º da referida lei.

Ademais, esses núcleos urbano, esvazia os espaços públicos, de construção coletiva, empobrece a realidade cultural das cidades, ferindo assim os direitos sociais da sociedade ferindo o direito a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

Enfim, o nosso ordenamento jurídico até o presente momento não acolhe os loteamentos fechados, os mesmos não têm sustentação jurídica e, a atividade administrativa para autorizá-los não se legitima, dado que, não está a presidi-la o princípio da legalidade.

3.2 TESES CONTRAPOSTAS ACERCA DA LEGALIDADE DOS LOTEAMENTOS FECHADOS

Não há como negar o quanto o tema em tela gera controvérsias entre os doutrinadores. Neste contexto, há urbanistas que se contrapõem visceralmente ao modelo dos loteamentos fechados. Consideram que as áreas públicas incorporadas ao município não podem ser desafetadas para privilegiar um determinado grupo de moradores, afastando-se completamente da finalidade para as quais foram criadas.

Enquanto de outro lado, encontram-se aqueles que entendam que os loteamentos fechados valorizam os espaços urbanos e melhoram a qualidade de vida dos seus habitantes, garantindo-lhe o mínimo de segurança. São muitos os doutrinadores adeptos da tese favorável à existência dos loteamentos fechados. Sendo, portanto, fundamental e indispensável abordarmos essas opiniões.

Toshio Mukai, por exemplo, afirma que:

Vale ressaltar que é possível, ainda, a idealização de loteamentos fechados com a interferência municipal. Tratar-se-á de um loteamento comum, sujeito a regras superiores da lei 6.766/79, mas cuja vias de comunicação e espaços livres sejam objeto de fechamento mediante lei municipal, que ao mesmo tempo autorizara o Executivo a outorgar a concessão do direito real de uso a sociedade formada pelos adquirentes dos lotes, mediante instrumento público ou particular, onde deverão constar obrigações da sociedade visando o fechamento do loteamento e a implantação de portarias de acesso, urbanização e conservação das vias e praças, manutenção dos serviços de limpeza, permissão e facilitação da fiscalização dos agentes públicos municipais, com a possibilidade de rescisão da concessão em caso de desvirtuamento das condições pactuadas⁴⁶.

Para Diogenes Gasparini, tal forma de empreendimentos não pode ser submetida ao regime da lei 4.591/64, mas admite que após a transferência das áreas ao Município, pode haver concessão de uso exclusivo aos particulares⁴⁷.

Todavia, há julgados que enfrentam a questão dos loteamentos fechados, no sentido de não admitir a desafetação de bens públicos de loteamento para outorga de concessão de uso aos particulares. Nesse sentido, tem-se interessante caso da jurisprudência, a respeito de concessão municipal a loteamento fechado. A medida ocorreu em Itanhaém, São Paulo, que manteve sob o poder dos moradores, ainda que não exclusivo, a prestação de serviços considerados públicos, inclusive segurança. Porém, proibiu que os condôminos impedissem a circulação dos demais cidadãos nas vias interiores do condomínio. Esta condição causou discussão na via judicial e acabou chegando a análise em acórdão do Superior Tribunal de Justiça, na medida cautelar nº 15.726 - SP (2009/0124772-0).

Na ação, os moradores requerem que não sejam demolidos muros construídos nos entornos do condomínio. Tem-se o explicativo da posição da associação de moradores do condomínio, citado no relatório, feito pelo ministro Luiz Fux:

(...) A defesa da ré está centrada na Lei Municipal n- 2424, de 29 de dezembro de 1998 (fls. 696, 1001 e 1.004) e ainda o "Contrato de Concessão Administrativa de Uso de Bens Públicos Municipais "A lei citada "autoriza a transferência da manutenção, conservação e realização de serviços públicos mediante concessão de uso (...)". E o seu art. 3º elenca quais os serviços que, de início, eram prestados pela Municipalidade e que

⁴⁶ MUKAI, Toshio. **Temas Atuais de Direito Urbanístico e Ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.92.

⁴⁷ GASPARINI, Diogenes. **O Município e o Parcelamento do Solo**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 17.

transfere para o particular. E em seu art. 4º estabelece que: "Art. 4º - A concessionária deverá organizar sistema de vigilância na área do loteamento com o objetivo de preservar os bens e equipamentos públicos, assim como a tranquilidade e segurança dos moradores, podendo para tanto implantar sistemas de portarias, como portões e/ou cancelas para o controle de acesso, sem prejuízo do poder de polícia dos Poderes Públicos da Federação, União, Estado e Município". Todavia, em seu parágrafo 3º prevê que: "3- - Em nenhuma circunstância será proibido o trânsito de qualquer pessoas na referidas áreas, por continuarem a manter as características de bens de uso comum do povo". Observe-se, ainda, que o descumprimento desta norma "implicará no cancelamento sumário da presente concessão" (4º). Ora, o Poder Público autorizou a ré a "(...) implantar sistemas de portarias como portões e/ou cancelas para o controle de acesso" e em seguida fixou que em nenhuma circunstância será proibido o trânsito de qualquer pessoa nas referidas áreas, em face a natureza das vias, isto é, por serem elas "bens de uso comum do povo (...)"⁴⁸.

Diante da medida adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que não ficou impedida a edição de norma municipal permitindo o fechamento de determinada área, desde que não entre em conflito com o planejamento urbano do local e não retire completamente o poder administrativo municipal. De outro lado, percebe-se o conflito entre os direitos fundamentais à livre locomoção e à segurança que devem ser sopesados e ponderados para aferição da prevalência.

Em sentido contrário, alguns doutrinadores, ainda justificam de que é permitido aos municípios promover a desafetação das ruas concedendo aos particulares o seu uso exclusivo, os mesmo argumentam, ainda, que os municípios podem criar, através de leis locais, a figura loteamento fechado, com base na autonomia constitucionalmente assegurada a estes entes federativos. Nesse sentido invoque-se a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 68.759-0/0, julgada em 2001, contra lei municipal que autorizou o fechamento de loteamento, decidindo pela constitucionalidade:

Ora, a lei de que se cuida não alterou o destino das áreas, permanecendo sob o domínio e patrimônio do município as ruas, praças, áreas verdes e institucionais. A natureza jurídica dos loteamentos não sofreu alteração. E na espécie, não houve delegação legislativa ao executivo, pois a lei em referência disciplina de forma expressa as medidas administrativas, na órbita da segurança, à competência de ação executiva. Ao município é

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial em Medida Cautelar 2009/0124772-0. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO TRANSFORMADO EM CONDOMÍNIO FECHADO. LEI MUNICIPAL AUTORIZADORA. CONCESSÃO DE USO. TRANSFERÊNCIA DA MANUTENÇÃO, CONSERVAÇÃO E REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. CONSTRUÇÃO DE PÓRTÕES E/OU CANCELAS. LIMITAÇÃO AOS CIDADÃOS. Relator: Ministro Luiz Fux. Data do julgamento: 20/04/2010 Publicação: 12/05/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9272972/medida-cautelar-mc-15726-sp-2009-0124772-0/inteiro-teor-14305110>> Acesso em: 07 de novembro de 2015.

reservada a competência para legislar sobre assuntos de interesse local (CF/88 - art. 30). A competência municipal não é subordinada e nem mesmo suplementar à competência estadual, no que tange à ordenação do solo urbano. O alegado "fechamento" não trará prejuízo aos moradores de bairros lindeiros. Na verdade, é preciso reconhecer que a violência urbana é um mal gravíssimo que aflige principalmente a classe média que paga a maior parte dos impostos e não tem a segurança garantida com eficiência pelo Poder Público. Não se trata de delegar aos particulares atribuição que não lhes é própria, inerente ao campo de segurança pública, mas permitir-lhes que possam proteger-se, através de meios necessários, uma vez que o Poder Público, nesse aspecto, tem sido ineficiente. (...) A violência urbana é um mal gravíssimo que aflige principalmente a classe média que paga a maior parte dos impostos e não tem a segurança garantida com eficiência pelo Poder Público. Não se trata de delegar aos particulares atribuição que não lhes é própria, inerente ao campo da segurança pública, mas permitir-lhes que possam proteger-se, através de meios necessários, uma vez que o Poder Público, nesse aspecto, tem sido ineficiente. Destarte, se o município tem ampla competência para disciplinar a matéria, observada a lei local, inegável que, na espécie, não se verifica a alegada inconstitucionalidade ⁴⁹.

Para outros autores como Hely Lopes Meirelles e Toshio Mukai, haveria previsão legal para o fechamento de loteamento, na forma do artigo 8º da lei 4.591/64. No qual será abordado no próximo tópico.

3.3 ANALISES DOS ARGUMENTOS FAVORAVEIS E CONTRARIOS AO LOTEAMENTO FECHADO

3.3.1 Quanto a aplicação da legislação condominial aos loteamentos fechados

Existe uma forte linha doutrinaria, sustentada por alguns doutrinadores em se aplicar a lei 4.591/64 nos loteamentos fechados. Sendo que, a mesma lei dispõe sobre condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Os mesmos doutrinadores sustentam a tese que o artigo 8º da referida lei daria suporte a este padrão urbanístico.

⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação Direta de Inconstitucionalidade 68.759-0/0. FEHCAMENTO NORMALIZADO DE LOTEAMENTO, VILAS E RUAS SEM SAÍDA. PRESERVAÇÃO DA SEGURANÇA INTERNA DO LOTEAMENTO. POSSIBILIDADE. COMPETENCIA MUNICIPAL PARA LEGISLAR SOBRE ASSUNTOS DE INTERRE LOCAL. IMPROCEDENCIA DO PEDIDO. Relator: Desembargador Menezes Gomes. Data de Julgamento: 01/08/2001. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15648292/apelacao-apl-994051328602-sp/inteiro-teor-103276231>> Acesso em 10 de novembro de 2015.

Senão vejamos o artigo 8º da lei 4.591/64:

Art. 8º 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: em relação às unidades autônomas que se constituírem em casas térreas ou assobradadas, será discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação e 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 ⁵⁰.

O atual Código Civil Brasileiro não mencionou qualquer disposição semelhante a do artigo 8º da lei 4.591/64. Expressiva corrente doutrinaria considera que o novo Código Civil não revogou a lei 4.591/64, estando, portanto, validas as normas que não colidem com o novo diploma legal, já que não houve revogação expressa. O artigo 8º cuida de uma modalidade especial de aproveitamento condominial do espaço, em que existe a unidade autônoma edificada, além de uma área reservada para utilização exclusiva como jardim ou quintal, piscinas, salão de jogos e, finalmente, uma fração ideal que incidira sobre as áreas comuns, consistentes nas vias internas, guaritas e clubes esportivos.

Pereira, assim define a figura condominial:

Diversamente da propriedade horizontal típica, em que cada unidade se vincula apenas a quota ideal do terreno e partes comuns, aqui existe uma modalidade autônoma, uma parte de terreno edificado, uma parte do terreno reservado como utilidade exclusiva para jardim ou quintal e ainda a fração ideal sobre o que constitui o condomínio (...) ⁵¹.

Portanto, percebe-se que a modalidade de condomínio previsto no artigo 8º da Lei 4.591/64 não é disponível ao acesso público, não existem áreas públicas ruas nem praças. Tudo o que se integra ao condomínio é de propriedade exclusiva dos condôminos, portanto não têm a obrigação legal de trasladar os espaços internos ao município, quando da aprovação e do registro do empreendimento. As praças e ruas que integram ao condomínio, não são logradouros públicos, o que possibilita assim o bloqueio de acesso ao condomínio através de portão ou portaria. Ademais, inexistem entradas ou vias públicas na área condominial.

⁵⁰ Art. 8º da Lei 4.591 de 16 de dezembro de 1964.

⁵¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Condomínio e Incorporações**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.71

O autor Eurico Azevedo estabeleceu as diferenças entre o condomínio de casas do art. 8º da Lei 4.591/64 no qual ele chamou de “loteamento fechado ou condominial” e o loteamento convencional ou comum da Lei 6766/79:

Na verdade, o que difere basicamente o loteamento comum do “loteamento fechado” é que, no primeiro, as vias e logradouros passam a ser do domínio público, podendo ser utilizadas por qualquer do povo, sem nenhuma restrição a não ser aquelas impostas pelo próprio Município. No segundo, as ruas e praças, jardins e áreas livres continuam de propriedade dos condôminos, que delas se utilizarão conforme estabelecerem em convenção. No loteamento comum, cada lote tem acesso direto à via pública; no loteamento condominial, não; os lotes têm acesso ao sistema viário do próprio condomínio, que, por sua vez, alcançará a via pública. No loteamento comum, a gleba loteada perde a sua individualidade, deixa de existir, para dar nascimento aos vários lotes, como unidades autônomas destinadas a edificação. No loteamento condominial a gleba inicial não perde a sua caracterização; ela continua a existir como um todo, pois o seu aproveitamento é feito também como um todo, integrado por lotes de utilização privativa e área de uso comum⁵².

Não obstante, boa parte da doutrina confundem as figuras jurídicas do condomínio de casas com o loteamento fechado, prejudicando, sobremaneira, a compreensão do mesmo.

Meirelles, por exemplo, assim expressou:

(...) os loteamentos especiais, também conhecidos por “condomínio horizontal” ou “loteamento fechado”, vêm sendo implantados consoante a permissão genérica da Lei federal 4.591/64 (art. 8º), mas, na maioria dos casos, sem normas locais regulamentares de seus aspectos urbanísticos. Tais loteamentos são bem diferentes dos convencionais, pois que continuam como áreas particulares, sem vias públicas e com utilização privativa de seus moradores. (...). Portanto, a lei aplicável aos loteamentos fechados ou condomínios horizontais é a de n. 4.591/64, por força do art. 3º do Dec.-lei 271/67, e aos loteamentos abertos ou convencionais é a de n. 6.766/79⁵³.

Já, Sarmiento Filho discorre que:

A modalidade chamada de condomínio de casas é ontologicamente diversa do loteamento, tanto na sua forma prevista na lei 6.766/79, quanto na sua variante não disciplinada no ordenamento brasileiro, denominada de loteamento fechado.

⁵² AZEVEDO, Eurico de Andrade. **Loteamento Fechado**. Revista de Direito Imobiliário. São Paulo: RT, v. 11. p. 67.

⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Loteamento Fechado**. Revista de Direito Imobiliário. São Paulo: RT, v. 09. p. 10.

No loteamento, o adquirente recebe o lote, com exclusividade, desvinculando daqueles adquiridos pelos seus vizinhos, ao passo que no condomínio de casas, o adquirente tem o domínio sobre uma unidade condominial, a qual corresponde a uma fração ideal sobre o terreno comum, mantendo relação com os demais proprietários, sendo todos regidos por uma convenção⁵⁴.

Desse modo, verifica-se que o condomínio e tudo que se integra a ele constituem-se propriedade privada, pertencentes aos condôminos, que devam em consequência arcar com todos os custos da manutenção do condomínio, enquanto os loteamentos são dotados de vias e praças públicas. Embora boa parte da doutrina confunde o condomínio de casas e os loteamentos fechados, ficou constatado que não se aplica a lei 4.591/64 ao loteamento fechado.

E, por fim, traz-se o entendimento de Gasparini:

Concluindo, o nosso ordenamento jurídico não acolhe os loteamentos qualificados como fechados, especiais, em condomínio nos termos da definição inicialmente posta. Destarte, qualquer pedido nesse sentido deve ser indeferido e exigido que a urbanização se faça nos moldes da legislação existente sobre o parcelamento do solo urbano e de expansão urbana.⁵⁵

Conclui-se, portanto ser inaplicável ao loteamento fechado o artigo 8º da lei 4.591/64.

3.3.2 Exame da possibilidade ou não da desafetação de bens públicos criados pela aprovação dos loteamentos

Já foi assinalado que, na forma do artigo 22 da lei 6.766/79, com aprovação do loteamento pela municipalidade, os espaços livres, as vias e praças, assim como outras áreas destinadas a equipamentos urbanos transferem automaticamente ao domínio público do município.

Sarmento filho discorre que:

Esses bens obedecendo-se à consagrada e tradicional classificação doutrinária, são chamados de bens de uso comum do povo, que são aqueles que, por sua natureza ou determinação legal, tem sua destinação

⁵⁴ SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. **Loteamento Fechado ou Condomínio de Fato**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 41.

⁵⁵ GASPARINI, Diogenes. **O Município e o Parcelamento do Solo**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 17.

conferida a toda comunidade, não estando o seu uso normal sujeito a qualquer tipo de formalismo ou consentimento por parte do poder público⁵⁶.

Contempla ainda que:

Assim não pode o Município, fraudando a Lei Federal e, por vezes, as constituições, permitir o fechamento de ruas e loteamentos em benefício do particular, ao menos nos termos em que vem sendo feito nos casos de fechamento de loteamentos. Caso contrário, não teria qualquer sentido transferir ao poder público a propriedade desses bens e ato contínuo desafetá-los, fazendo tábula da lei de parcelamento do solo⁵⁷.

Os bens públicos adquiridos pelo Município, em decorrência da implantação de um loteamento, guardam consigo, afetação específica ao interesse público reconhecido pelo Município ao aprovar o projeto de loteamento. Não podendo, portanto, tredestinar os fins do bem que, de certo modo a própria lei expropriou.

Os espaços, destinados à afetação pública ou a acudirem ao bem geral da comunidade passarão a integrar o patrimônio público municipal, no qual ficaram gravados de indisponibilidade, por constituírem parcela do loteamento destinado à satisfação do interesse público. A integração desses espaços ao patrimônio público se dá por ato vinculativo das vontades do particular e da administração. Tal integração opera-se como cláusula de um negócio jurídico: a aprovação do loteamento, e a licença para sua implantação, sendo que, nem uma, nem outra das partes - o loteador e a Administração podem a seu livre arbítrio, alterar as características essenciais do loteamento, especialmente no que tange aos traçados de ruas e praças e a preservação desses logradouros como parte do patrimônio coletivo.

Sarmiento Filho assevera que:

Tratando de bens de uso comum ou de uso especial, a desafetação deve ser feita por instrumentos jurídicos próprios do direito público, como a autorização, a permissão ou a concessão de uso, todos eles marcados pela preponderância do interesse público e com a nota de precariedade⁵⁸.

⁵⁶ SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. **Loteamento Fechado ou Condomínio de Fato**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 47.

⁵⁷ SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. **Loteamento Fechado ou Condomínio de Fato**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 48.

⁵⁸ SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. **Loteamento Fechado ou Condomínio de Fato**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 49.

Tanto a permissão quanto a concessão de uso, segundo Di Pietro, só podem ser outorgadas em razão de um interesse da coletividade, o que não ocorre na privatização de praças e ruas ⁵⁹. Já o instituto da autorização se presta a atender primordialmente os interesses do particular. Portanto, não legitima a sua utilização nas hipóteses de fechamento de loteamento.

Freitas aduz que:

Não ser possível em nenhuma hipótese, a concessão de uso privativo de bens públicos aos moradores de um loteamento, o que só seria admissível nas hipóteses de interesse social, mas nunca em benefício de um grupo de moradores ⁶⁰.

Sarmiento Filho contempla ainda: O interesse do particular não pode sobrepor ao interesse público, desvirtuando a sua destinação natural, especialmente quando se tratar de bens de uso comum mares, ruas, praças ⁶¹.

Contudo, os bens de uso comum do povo existem para propiciar o bem-estar a todos os cidadão e, não somente aos proprietários do lote. Tais bens pertencem ao domínio eminente do Estado, que submete todas as coisas de seu território à sua vontade, como uma das manifestações de soberania interna, mas seu titular é o povo. Portanto, não constitui um direito de propriedade ou domínio patrimonial de que o Estado possa dispor, segundo as normas de direito civil. O Estado é gestor desses bens e, assim, tem o dever de vigilância, tutela e fiscalização para assegurar sua utilização comum, por todos os membros da coletividade.

Cumprido Ressaltar ainda que, alguns doutrinadores sustentam a tese de que o Município pode viabilizar o loteamento fechado, através da concessão de direito real de uso das áreas públicas, com base no artigo 7º do Decreto-lei 271, de 1967. Os mesmos doutrinadores fundamentam essa tese no artigo 3º do mesmo decreto-lei, no qual equiparava o loteador ao incorporador, os compradores de lote aos condôminos e as obras de infraestrutura à construção da edificação, determinando a aplicação da lei 4.591/64 aos loteamentos. Razão esta, não persistir, pois como já mencionado acima não se aplica a lei condominial ao loteamento fechado.

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 640.

⁶⁰ FREITAS, José Carlos. **Da Legalidade dos Loteamentos Fechados**. São Paulo: Revista Tribunais, n. 750. p. 161.

⁶¹ SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. **Loteamento Fechado ou Condomínio de Fato**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 49.

Conceder a concessão de direito real de uso de ruas, praças, espaços livres, áreas verdes e institucionais dos loteamentos, aos particulares, irá beneficiar tão somente o desejo dos moradores, de cunho individual (sossego, segurança e conforto pessoais). Se contrapondo, portanto, com o interesse coletivo, pois, essas áreas estão afetadas ao uso comum do povo. Logo, essa modalidade de concessão não se presta a ser utilizada para os bens de uso comum, que se pressupõem como direito a todos, e a gratuidade de uso, sem contraprestação pecuniária ou indenização ao particular, uma vez que, o princípio geral que rege a utilização dos bens de uso comum é o de que o uso de um seja transitório e precário, não impedindo o uso dos demais.

Ademais, os loteamentos fechados afetam à cidade, sobrecarregando seus equipamentos urbanos, sua malha viária e toda a gama de serviços públicos de infraestrutura da cidade. Diminuindo assim, as opções de entrada e saída dos bairros, sobrecarregando o fluxo de trânsito em algumas vias em detrimentos de outras.

Sarmiento Filho enfatiza o seguinte: Um número reduzido de vias públicas representa uma excessiva sobrecarga em determinados logradouros, afunilando o trânsito, o que ocasiona imensos transtornos para população ⁶².

E, por fim verifica-se que a desafetação só poderá ocorrer para se alcançar uma nova finalidade pública. E se tratando de bens de uso comum do povo, estes são indisponíveis e inalienáveis. Portanto, não servindo a desafetação para alcançar o bem da população, mas sim para beneficiar um determinado grupo de pessoas, sendo o ato administrativo inviável e ilegal que o formaliza.

3.3.3 Considerações quanto a legalidade ou não de lei municipal regulamentar a figura loteamento fechado

Muitos Municípios brasileiros tem editado até mesmo criado lei local, acerca dos loteamentos fechados. Embora o ato seja ilegal, existe uma forte linha argumentativa que invoca o artigo 30, inciso I, VIII da Constituição Federal de 1988, afirmando que essas normas permitiriam aos Municípios legislarem sobre a matéria,

⁶² SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. **Loteamento Fechado ou Condomínio de Fato**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 52.

de modo que a lei local poderia autorizar o fechamento de loteamentos, conforme será analisado adiante.

Varias são as decisões, reconhecendo a legitimidade do Município para conceder à iniciativa privada a gerência sobre deveres públicos, tal como a segurança pública. Tais decisões utilizam-se do argumento das competências legislativas do Município, ainda que realmente haja competência do Município para legislar sobre esta matéria, retoma-se como contraponto a limitação dos direitos patrimoniais à sua função social. Questiona-se assim que função social poderia haver em proteger uma parte da população, economicamente favorecida, da violência urbana, restringindo acesso dos demais cidadãos.

No entanto, há decisões nesse sentido, não reconhecendo a legitimidade dos Municípios em criarem leis locais acerca dos loteamentos fechados como figura jurídica legítima. Senão vejamos alguns trechos da decisão do acórdão julgado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2220443-66.2014.8.26.0000, julgada em 2015 pela procedência da ação quanto a inconstitucionalidade da lei local.

(...) Acrescenta-se que a restrição de liberdade de circulação e a utilização restrita dos bens públicos de uso comum, ambas causadas pela norma, contrariam o interesse local. Salienta-se que o interesse local não pode ser invocado para violar normas gerais de licitação e contratação, instituídas pela União. Assevera-se, ademais, a inexistência de lei federal que viabilize a suplementação normativa municipal, eis que o regramento federal no qual se tenta amparar os loteamentos fechados se refere ao condomínio em edificações e a incorporações imobiliárias, sendo, portanto, incompatível com o do parcelamento do solo. Ao restringir a liberdade de circulação e de usufruto dos bens públicos de uso comum do povo, a Lei nº 1.686/2010 infringe o direito à liberdade, e, por consequência, o artigo 144 da Constituição Paulista, além de violar o interesse público, a função social da cidade e o princípio da razoabilidade.

Com a Lei 6.766, de 19.12.1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo para fins urbanos, foram editadas normas urbanísticas para o loteamento e o desmembramento de glebas destinadas a urbanização, mas com a ressalva de que 'os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão estabelecer normas complementares relativas ao parcelamento do solo municipal para adequar o previsto nesta Lei às peculiaridades regionais e locais' (art. 1º, parágrafo único). As normas urbanísticas desta lei federal são de caráter geral e fixam parâmetros mínimos de urbanização da gleba e de habitualidade dos lotes, os quais podem ser complementados com maior rigor pelo Município, para atender às peculiaridades locais e às exigências do desenvolvimento da cidade. Nem se compreenderia que, tendo o Município competência geral para o ordenamento urbano, não a tivesse

para disciplinar os loteamentos, que constituem, em nossos dias, a origem das cidades e o fato de sua expansão⁶³.

Não Obstante, nesse mesmo sentido o Tribunal Justiça de Minas Gerais tem-se posicionado diante da legitimidade de criar normas acerca dos loteamentos fechados. A medida ocorreu no Município de Uberaba, Minas Gerais, em Apelação Cível, julgada em 2013, onde a lei municipal nº 375/2002 do Município de Uberaba autorizou fechamento de loteamentos, decidindo por si só pela sua constitucionalidade, senão vejamos trechos da decisão do seguinte acórdão:

(...) Assim, a Lei Complementar Municipal, nº 375/2007 de Uberaba, MG, com as suas alterações posteriores, pode nortear a transformação de Loteamento Convencional em Loteamento Convencional Fechado, mas, principalmente levando-se em conta que, no caso concreto, o loteamento já é aprovado, com individualização da gleba em lotes já vendidos, cumprindo as finalidades previstas na lei de parcelamento do solo urbano, de competência legislativa da União e inexistindo no ordenamento jurídico pátrio a figura jurídica de Loteamento Fechado, indicia-se hipótese de criação de lei com objeto não reservado ao Município, senão a União (invasão de competência).

Não havendo no ordenamento jurídico, ainda, previsão para a existência de loteamento fechado, a atividade administrativa que o autoriza não está presidida pelo princípio da legalidade e o trespasse de bens de uso comum do povo, bem assim os de uso especial, não pode ser objeto de disposição por lei (hipótese da Lei nº 10.954/2010), em casos de concessão de uso, sem que se sobreleve um interesse público compatível com a destinação do bem.

Em síntese, posto que já operada a ação administrativa de transferência de bens públicos de uso comum ao domínio do Loteamento Jockey Club, e tornado ele Loteamento Fechado, é de se submeter à definição da eg. 15ª Câmara Cível, do TJMG, o presente incidente de inconstitucionalidade concreta da Lei Complementar 375/2007, do Município de Uberaba, MG, e da Lei Municipal 10954/2010, nos efeitos que estenderam a ação administrativa de transformação do Loteamento Jockey Club em Loteamento Fechado e transferência do domínio de bens públicos de uso comum, por concessão de direito real de uso à Associação dos Moradores

⁶³ BRASI. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2220443-66.2014.8.26.0000. LEI MUNICIPAL QUE REGULAMENTA A IMPLANTAÇÃO DE LOTEAMENTOS FECHADOS NO MUNICÍPIO DE PENÁPOLIS. LEGÍTIMO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL SUPLEMENTAR EM MATÉRIA DE DIREITO URBANÍSTICO. INDISPENSÁVEL, CONTUDO, A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA DISCUSSÃO SOBRE O PROJETO DE LEI. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 180 II, CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. Relator: Márcio Bartoli. Data de Julgamento: 13/15/2015. Publicação: 19/05/2015. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/189920438/direta-de-inconstitucionalidade-adi-22204436620148260000-sp-2220443-6620148260000/inteiro-teor-189920447>> Acesso em 14 de novembro de 2015.

do Condomínio Jockey Club, com ofensa aos artigos 21,I, 24,I, 5º, caput, XV,XXXVI e artigo 37, todos da CF ⁶⁴.

Ademais, como já citado nas decisões acima, em se tratando de direito urbanístico, a competência é concorrente entre a União e os Estados, na forma do artigo 24, I, da Constituição Federal. Cabe ao Município tão somente promover e executar o planejamento urbano, o que não significa liberdade para legislar sobre a matéria, principalmente em desconformidade com a lei federal, e demais normas urbanísticas.

Sarmiento Filho entende que:

Absolutamente fora de propósito que cada Estado ou Município pudesse legislar em relação a tema tamanha importância, criando disparidade de tratamento legislativo. Evidente que, no limite dos interesses locais, poderão fazer ajustes, melhor adaptando a lei ⁶⁵.

Cumprido ressaltar que, o Plano Diretor, por sua vez, não deve ser usado para tratar de normas genéricas, mas somente operacionais, uma vez que, em todos esses casos, os institutos e princípios são regulamentados em lei federal ou estadual, cabendo ao Município apenas a sua aplicação concreta. O Plano Diretor estabelece apenas os índices urbanísticos e a localização das redes de infraestrutura e dos equipamentos públicos, enquanto as leis regulam abstratamente os próprios institutos, detalhando a legislação federal. Entretanto, a lei do Plano Diretor não pode se afastar das diretrizes urbanísticas instituídas pelo Estatuto da Cidade, nem mesmo de normas gerais de conteúdo urbanístico como a lei de parcelamento do solo urbano a 6.766/79.

Enfim, vários são os tribunais que tem julgado ações pela inconstitucionalidade de lei local acerca dos loteamentos fechados. Portanto, falta nas cidades atualmente, a percepção de que o local urbano é de todos, privatizar os espaços públicos, fere o direito de livre circulação previsto na Constituição Federal.

⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Civil 1.0701.10.012878-7/005. TRANSFORMAÇÃO DO LOTEAMENTO EM MODALIDADE FECHADA. POSSIBILIDADE. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. COMPETÊNCIA. DIREITO URBANÍSTICO. LEI MUNICIPAL 375/2007. VALIDADE LEI 6766/79. BEM DE USO COMUM DO POVO. Relator: Desembargador Tiago Pinto. Data do julgamento: 02/05/2013. Publicação: 10/05/2013. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115410136/apelacao-civel-ac-10701100128787005-mg/inteiro-teor-115410185>> Acesso em 14 de novembro de 2015.

⁶⁵ SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. **Loteamento Fechado ou Condomínio de Fato**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 60.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao termino desse estudo pode-se concluir que, a sociedade está em constante transformação, com reflexo direto em seus anseios por mais segurança, privacidade e bem-estar e, a norma jurídica não tem conseguido acompanhar tais transformações de maneira necessária e legítima.

Como exemplo, observa-se o crescimento na busca pelo produto imobiliário denominado loteamento fechado na maioria das cidades brasileiras nos últimos anos. Cujos os benefícios podem ser citados como: a segurança, a facilidade na gestão do serviço público como limpeza urbana, manutenção das vias, rede de esgotamento sanitário, arborização entre outros.

O instituto do loteamento fechado consiste, basicamente, na privatização dos espaços originalmente públicos, com a instalação de guaritas e cancelas na entrada desses núcleos urbanos, permitindo assim tão somente a entrada dos moradores e, impedindo o acesso do restante da população, pode ocorrer por iniciativa do loteador, logo após sua conclusão e aprovação pela municipalidade, ou mesmo por iniciativa dos moradores.

Não se confunde condomínio edilício de casas, previsto no artigo 8º da lei 4.591/64, com o dito loteamento fechado. Na modalidade dos condomínio edilícios, as vias que cortam o empreendimento são particulares, constituindo-se área comum pertencente aos condôminos e, portanto, não disponível ao público, ao passo que no loteamento, mesmo na modalidade fechada, essas vias possuem natureza pública. Destarte, portanto, não procede o entendimento daqueles que utilizam como fundamento para juridicizar os loteamentos fechados com base na legislação 4.591/64, artigo 8º.

Em relação as áreas incorporadas ao patrimônio do Município, por força do artigo 22 da lei 6.766/79 – bens de uso comum do povo não podem ser desafetadas e transferidas para o uso de determinados moradores, uma vez que, isso somente poderá ocorrer para atender a uma finalidade pública, o que não ocorre na hipótese em estudo, na medida em que beneficia apenas a um pequeno grupo de moradores em detrimento do restante da população.

Ficou evidente, pelo exposto, a irregularidade do loteamento fechado nas condições em que este se estabelece. Não há previsão legal e há priorização de interesses de classes mais economicamente favorecidas em detrimento de outras, o

que significa desconsideração da função social da propriedade, a qual norteia-se pelo interesse público, e não pelo de determinado segmento social. Não é possível, nestas condições, a regularização do loteamento fechado, muito menos a inércia da Administração Pública frente aos problemas que decorrem desta irregularidade.

Cumprido ressaltar que, com o fechamento de loteamento fere o direito dos moradores da cidade na medida em que: restringe o acesso a ruas, praças, áreas verdes, rios e mares; traz transtornos a população em função da excessiva carga no sistema viário; fere o direito de livre locomoção, previsto no artigo 5º, XV, da Constituição Federal; prejudica o direito fundamental ao lazer, privando a população da utilização de áreas públicas; afronta a privacidade dos cidadãos, que são parados por seguranças contratados, indagando-lhe o destino e vedando o acesso a bens públicos; formam-se guetos, dificultando a realização dos valores do artigo 3º da Constituição Federal, que prestigia a convivência social livre, igual, justa e solidária.

Em se tratando de direito urbanístico, a competência é concorrente entre a União e os Estados, na forma do artigo 24, I, da Constituição Federal. Cabe ao Município tão somente promover e executar o planejamento urbano, o que não significa liberdade para legislar sobre a matéria, principalmente em desconformidade com a lei federal, e demais normas urbanísticas.

Quanto o direito à segurança previsto no artigo 6º da Constituição Federal, deve ser sopesado e ponderado em face de outros direitos constitucionais, tais como a liberdade de locomoção, direito ao lazer, a solidariedade, a privacidade e, a igualdade.

Ademais, entende-se que, quanto a melhoria dos serviços públicos e bem estar nos loteamentos fechados não justificam a ilegalidade, uma vez que, o poder público tem a faculdade de gerir o desenvolvimento urbanístico buscando parceria com a coletividade para suprir os déficits nos serviços públicos, fortalecendo a participação popular, dos diversos segmentos da sociedade, na gestão dessas prestações, mesmo nos loteamentos abertos.

Conclui-se, portanto, a partir da pesquisa desta monografia que não há previsão legal para os loteamentos fechados, tal prática é ilegal, uma vez que, os loteamentos são em essência abertos. Permitir o fechamento de loteamento contraria todo espírito da norma estabelecida pela lei 6.766/79. Restringir o acesso aos bens de uso comum do povo fere notadamente o direito de locomoção. Quanto à omissão do poder público na prestação de serviço, não justifica por si só o

fechamento do loteamento, no qual inviabiliza juridicamente a implantação desses urbanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Eurico de Andrade. **Loteamento Fechado**. Revista de Direito Imobiliário, 1983.

BARROSO, Roberto. **O Município e o Parcelamento do Solo**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar e Fundação Getúlio Vargas, v. 194.

BRASI. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2220443-66.2014.8.26.0000. LEI MUNICIPAL QUE REGULAMENTA A IMPLANTAÇÃO DE LOTEAMENTOS FECHADOS NO MUNICÍPIO DE PENÁPOLIS. LEGITIMO O EXERCICIO DA COMPETENCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL SUPLEMENTAR EM MATERIA DE DIRETITO URBANISTICO. INDISPENSAVEL, CONTUDO, A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA DISCURSSÃO SOBRE O PROJETO DE LEI. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 180 II, CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. Relator: Márcio Bartoli. Data de Julgamento: 13/15/2015. Publicação: 19/05/2015. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/189920438/direta-de-inconstitucionalidade-adi-22204436620148260000-sp-2220443-6620148260000/inteiro-teor-189920447>> Acesso em 14 de novembro de 2015.

BRASIL. Código Civil Brasileiro: Lei Nº 10.406 de 10 janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 10 de Novembro de 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 10 de Novembro de 2015.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 271 de 28 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0271.htm> Acesso em: 10 de Novembro de 2015.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 58 de 10 de dezembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del058.htm> Acesso em: 10 de Novembro de 2015.

BRASIL. Lei Federal Nº 6.766 de 19 de dezembro de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6766.htm> Acesso em: 10 de Novembro de 2015.

BRASIL. Lei Nº 4.591 de 16 de dezembro de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm> Acesso em: 07 de novembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial em Medida Cautelar 2009/0124772-0. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO TRANSFORMADO EM CONDOMÍNIO FECHADO. LEI MUNICIPAL AUTORIZADORA. CONCESSÃO DE USO. TRANSFERÊNCIA DA MANUTENÇÃO, CONSERVAÇÃO E REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. CONSTRUÇÃO DE PORTÕES E/OU CANCELAS. LIMITAÇÃO AOS CIDADÃOS. Relator: Ministro Luiz Fux. Data do julgamento: 20/04/2010 Publicação: 12/05/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9272972/medida-cautelar-mc-15726-sp-2009-0124772-0/inteiro-teor-14305110>> Acesso em: 07 de novembro de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Civil 1.0701.10.012878-7/005. TRANSFORMAÇÃO DO LOTEAMENTO EM MODALIDADE FECHADA. POSSIBILIDADE. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. COMPETÊNCIA. DIREITO URBANÍSTICO. LEI MUNICIPAL 375/2007. VALIDADE LEI 6766/79. BEM DE USO COMUM DO POVO. Relator: Desembargador Tiago Pinto. Data do julgamento: 02/05/2013. Publicação: 10/05/2013. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115410136/apelacao-civel-ac-10701100128787005-mg/inteiro-teor-115410185>> Acesso em 14 de novembro de 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

CARVALHO, apud, MOREIRA NETO, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas S.A, 2011.

FREITAS, José Carlos de. **Loteamentos Clandestinos e suas Modalidades Fraudentas**: atuação preventiva dos agentes públicos in Revista de Direito imobiliária nº 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 200.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Loteamento Fechado**. Revista de Direito Imobiliário. São Paulo: RT, v. 09.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Urbanismo e Proteção Ambiental**. Revista de direito publico nº 39/40. São Paulo: Revistas dos tribunais, 1976.

MUKAI, Toshio. **Temas atuais de Direito Urbanístico e Ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

OLIVEIRA, Gustavo Burgos de. Parcelamento do solo urbano, desdobro, loteamento fechado e condomínio (geral, edifício, horizontal de lotes e urbanístico. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, 2008. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/atuacaomp/not_artigos/id15041.htm> Acesso em 31 de outubro de 2015.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Condomínio e Incorporações**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Loteamentos Urbanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RECH, Adir Ubaldo. **Direito Urbanístico**. Caxias do Sul: EDUCS, 2010.

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. **Loteamento Fechado ou Condomínio de Fato**. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, Jose Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1981.