

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

GABRIEL ISMAEL FOLGADO BLANCO

Loteamentos fechados
Condomínios fictícios

MESTRADO EM DIREITO URBANÍSTICO

São Paulo

2011

GABRIEL ISMAEL FOLGADO BLANCO

**Loteamentos fechados
Condomínios fictícios**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito (Direito Urbanístico), sob orientação do Professor Doutor Nelson Saule Junior.

Pontifícia Universidade Católica

São Paulo

2011

BANCA EXAMINADORA

Dedicatória

Aos meus pais, Clara e Ismael, a quem tudo devo
À Marisa e Pedro, sem quem nada sou

Agradecimentos

Todas as profissões são importantes, algumas talvez tenham maior relevância pelos seus efeitos imediatos concretos, mas, dentre todas, nenhuma se iguala à de professor, nenhum título tampouco supera o de simples professor, assim, não poderia deixar de agradecer a todos os professores do Curso de Mestrado da PUC-SP, pela dedicação e o brilhantismo na arte de ensinar, bem como, a todos os professores da minha vida docente. Também àqueles que no dia a dia professam a arte de ensinar e com quem aprendo cotidianamente, especialmente Marisa e todos os amigos que com sabedoria sabem tolerar as imprudências verbais e indicar o caminho da reflexão-ação. Ao meu orientador Nelson Saule Junior, a quem agradeço a paciência e amizade devotada.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo enfrentar, sob o enfoque do Direito Urbanístico, a prática do mercado imobiliário de promoção de um modelo, relativamente recente, de empreendimento habitacional, que atende por diversos nomes, sendo, entretanto, mais conhecido por “loteamentos fechados” ou “condomínios fechados”.

Para tanto, inevitável o trânsito pelos campos do Direito Constitucional, do Direito Administrativo, do Direito Civil entre outros, bem como, o socorro no campo de outras matérias como do Urbanismo e da Sociologia, de modo a minimamente entender o desenho urbano e os motivos que ensejam o sucesso mercadológico de empreendimentos imobiliários que até hoje não tem suas bases jurídicas devidamente constituídas.

Desafio que transcorre todo o trabalho se apresenta na definição de competências entre os entes federativos, de modo a definir com precisão o campo de cada um na área do Direito Urbanístico, especialmente em relação ao parcelamento do solo.

Uma preocupação permanente foi a de realizar uma abordagem demonstrativa dos efeitos desses modelos de loteamentos que se isolam fisicamente, sob o ponto de vista do planejamento urbano, do ordenamento territorial e suas conseqüências em face dos direitos fundamentais da pessoa humana, sua co-relação com o direito à cidade, abordando ao largo os efeitos quanto à segurança jurídica.

O trabalho procurou evidenciar alguns aspectos desse tipo de intervenção urbanística, sob o ponto do desenvolvimento sócio-ambiental sustentável das cidades, olhar esse que não tem obtido por parte do Poder Judiciário a devida atenção, o qual tem se concentrado nos aspectos das relações pessoais, no que tange ao pagamento das “taxas condominiais” ou sob o vetor da segurança de quem reside nesses empreendimentos.

A pretensão audaciosa é a de que os argumentos apresentados contribuam para a abertura de uma maior reflexão quanto à regulamentação desse tipo de solução urbanística que ainda não possui uma conformação jurídica definida.

Palavras chave: Direito urbanístico; loteamento fechado, condomínio fechado, competência federativa, parcelamento do solo

ABSTRACT

The intention of this task is to face, under the focus of de Urban Law, the practice of the property market in promoting an undertaking residential model relatively recent, that is called by several names, been however, more well-known by “closed division of land into lots” or “closed condominiums”.

For that it is necessary to transit through the fields of Constitutionalist Law, Administrative Law , Civil Law, as well as the support in others fields like Urbanization and Sociology, in order to understand at minimum the urban designer and the causes that make the success of the property undertaking market that, till now ,doesn't have its legal bases properly established.

The challenge that goes through the whole task is the definition of the competences between the states of the federation in order do define precisely the each one's field in the area of Urban Law, especially in relation to the parcelling out of the soil.

A permanent preoccupation was to make an approach that demonstrated the effects of these divisions of land into lots models, physically isolated, under the point of view of the urban planning, the territory organization and its consequences in relation to the human being fundamental rights and its correlation with the right of the city, approaching at the same time the effects concerning to the legal security.

The task tried to put in evidence some aspects of this kind of urban intervention, under the point of view of the cities' s social environmental upheld development, that hasn't got from the Judiciary the due attention, which has concentrated itself in the personal relationships aspects concerning to the payment of the “condominium taxes” or the undertakings residents' s security.

The task's audacious pretension is that the showed arguments contribute to an overture of a bigger reflection concerning to the regulation about this kind of urban solution that still doesn't have a definite legal structure.

Keyword: Urban Law; gated development; gated community; federative jurisdiction; land subdivision process

Sumário

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I - DO DIREITO	15
A razão do Direito é o ser humano	15
Direito Público.....	18
Conceituação de Estado.....	19
Direito Urbanístico	21
Direito à Cidade	30
Direito de propriedade e sua evolução	33
Fundamento Jurídico da Propriedade.....	36
Propriedade como relação jurídica complexa.....	38
Mecanismo para a definição concreta da função social da propriedade	42
CAPÍTULO II - COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS.....	57
A concepção de federalismo no Brasil.....	57
Das características do federalismo	60
O Município como ente federativo	62
Das características das diversas competências constitucionais.....	65
Competência da União – normas gerais.....	67
Competência legislativa concorrente	71
Competência suplementar dos Estados	75
Competência suplementar do Município.....	75
Competência dos Entes Federativos para legislar sobre parcelamento do solo....	76
Competência do Estado para legislar sobre parcelamento do solo	79
Dos limites da competência Municipal	82
Competência legislativa do Município.....	84
CAPÍTULO III - DIVERSAS TIPOLOGIAS DE PARCELAMENTO	88
Causas estimuladoras de novos modelos de ocupação territorial	88
Loteamento fechado como padrão de não-cidade.....	90
A mítica da segurança	92
Concepção de Desenvolvimento urbano	95

Formas de Parcelamento do Solo	99
Modalidades de parcelamento na Lei 6.766/79	102
Características da figura do loteamento aprovado e regularizado	108
O lote como instituto de direito urbanístico	111
Previsão legal para a figura dos loteamentos fechados	122
Previsão legal para a figura do Condomínio de lotes ou “Condomínio Urbanístico”	123
Loteamentos regulares e sua transmutação em loteamentos fechados	124
Competência do município para conversão do loteamento padrão em “loteamento fechado”	128
A anuência na conversão de loteamento público em privado	131
Possibilidade de alterações nas relações contratuais	133
Loteamentos que já nascem “fechados”	134
A figura do Condomínio Edilício	135
Condomínio Especial	140
Condomínios de Fato ou Condomínios Atípicos	142
Condomínios Fechados	145
CAPÍTULO IV - ANÁLISE CRÍTICA – REGULAMENTAÇÃO, ENFRENTAMENTOS E POSSIBILIDADES	148
Análise do Ato Administrativo e seus fundamentos	148
Caso Concreto - Condomínio Laranjeiras	155
Ação Civil Pública em face do Município de Bauru	157
Ação Direta de Inconstitucionalidade, em face da Lei Distrital 1.913/97	162
Análise do Projeto de Lei 3057/00	166
Emenda Parlamentar ao Projeto de Lei 3057/00	169
Regularização de Loteamentos Fechados no Município de Vinhedo	171
CONCLUSÃO	175
Competência da União para legislar sobre condomínio edilício	184
Competência da União para legislar sobre Direito Urbanístico	185
Competência do Município para fechamento de sistema viário	186
Competência do Município para fechamento de loteamentos	188
Competência do Município para aprovar condomínio de lotes	190
Competência do Município para a provação de loteamentos fechados	191
Loteamentos fechados – exigência de parâmetros especiais	193

A necessidade de fixar tamanho máximo de gleba	194
Configuração atual.....	195
BIBLIOGRAFIA	197

INTRODUÇÃO

A presente dissertação de mestrado tem por objeto central desenvolver uma argumentação sobre a figura dos denominados “loteamentos fechados”, também conhecidos por “condôminos fechados”, loteamento especial ou “loteamentos em condomínio”.

Trata-se de espécie de ocupação territorial extremamente difundida por todo o território nacional e que não encontra uma norma regulamentadora específica, socorrendo-se para a sua justificativa legal da utilização de diversos instrumentos normativos próprios de outros institutos jurídicos.

Sob o ponto de vista urbanístico pode essa nova figura de parcelamento do solo significar o incrustamento de enormes áreas fechadas que representarão ao longo do tempo um entrave ao desenvolvimento, ao ordenamento e planejamento territorial de nossas cidades.

Sob o ponto de vista sociológico representam um retrocesso, em contraposição à construção de sociedades integradoras, multiculturais, não segregadoras, adotando modelo medieval de cidades fechadas.

Sob o ponto de vista do mercado imobiliário representam a grande coqueluche, o objeto de desejo inicialmente das classes mais abastadas, depois de todas as classes sociais, estimulada essa nova tipologia de moradia pela indústria imobiliária e por um *marketing* que explora a violência cotidiana das cidades, exibida de forma desmedida e sensacionalista pelos meios de comunicação, gerando uma indústria do medo.

Essas questões concretas da vida cotidiana de uma sociedade provocam, como reação natural, a necessidade de construção de uma nova compreensão jurídica que dê conta de responder aos novos modelos de ocupação territorial e de discipliná-los.

Ao buscar desenvolver uma reflexão jurídica sobre o fenômeno dos denominados “loteamentos fechados”, procurou-se dissecar a motivação estruturante dessa nova modalidade de ocupação do solo urbano, seu amparo e reflexos jurídicos.

O foco do trabalho localiza-se na prática do parcelamento do solo com finalidade urbana, na análise das formas previstas no ordenamento jurídico vigente, no estudo da competência dos entes federativos, conforme disposto no texto constitucional.

O escopo final é apresentar uma reflexão sobre os limites de competência do Município para fixar regras que estabeleçam uma normatização para a implantação dessa nova figura jurídica.

Refletir sobre as conseqüências práticas sob o ponto de vista urbanístico e dos direitos fundamentais do cidadão é outro objetivo estabelecido.

A análise da legislação criada por alguns municípios e seus efeitos concretos também foi utilizado como parte da metodologia adotada para possibilitar o entendimento da lógica jurídica e de ordenamento territorial que vêm amparando esse novo comportamento na divisão do solo com finalidades urbanas.

Busca-se entender com o presente estudo a lógica desenvolvida para justificar essa nova tipologia de parcelamento do solo, identificando aspectos que lhe possam conferir legalidade e os aspectos que maculam esse procedimento de modo a constituí-lo em procedimento eivado de ilegalidade e, portanto, caracterizado como irregular.

Desta forma, desenvolver um raciocínio voltado à análise das competências federativas, especialmente da União e dos Municípios no que tange ao regramento do parcelamento do solo é um desafio do qual não se pode escapar.

Uma série de perguntas se encontram presentes e em face dessas se procurará encontrar respostas à luz dos princípios constitucionais, do arcabouço legal infra-constitucional, da doutrina, da jurisprudência, sempre calcados nos aspectos concretos urbanísticos e sociais.

De início se faz necessário estabelecer alguns conceitos e diferenciações que nortearão todo o processo de discussão objetivado na execução do presente

trabalho e identificar as semelhanças com os institutos do parcelamento do solo, do condomínio edilício e da concessão de áreas públicas.

Pretende-se assim analisar em que medida os instrumentos jurídicos presentes nesses institutos podem ser utilizados com liberdade associativa para compor uma nova figura de ocupação territorial.

O outro aspecto são as conseqüências advindas dessa nova modalidade de ocupação, avaliando-se quais os seus reflexos para a cidade e para os seus cidadãos.

É necessário, portanto, estabelecer as diferenças e semelhanças entre a situação jurídica de loteamentos aprovados, que por alguma circunstância migram para a condição de irregulares e convertem-se em loteamentos regularizados com fundamento na Lei de parcelamento do solo; aqueles que em idêntica situação nascem como “loteamentos abertos” e passam para a categoria de “loteamento fechado”, bem como, a diferenciação entre o “loteamento fechado” e a figura do condomínio.

Coloca-se o desafio de responder qual a competência do Município para conversão do loteamento convencional em loteamento fechado, este procedimento estaria a ferir os direitos individuais e coletivos? Existe amparo legal para a aprovação de loteamentos fechados com base na Legislação federal? É possível a legislação municipal prever tal tipo de figura de parcelamento? Qual a extensão da competência legislativa municipal para criar a figura do loteamento fechado? A legislação Federal ao estabelecer as hipóteses de parcelamento do solo não estaria invadindo a competência municipal? É possível o município estabelecer a figura do condomínio de lotes, em desconexão com a construção da unidade habitacional, sem que haja previsão na legislação Federal?

A legislação estadual pode suplantar o vácuo legislativo federal em relação à ausência de disposição legal que trate do loteamento fechado ou condomínio urbanístico? Colocado de outra forma essa ausência de regulamentação específica caracterizaria um vácuo em que o estado possa agir supletivamente?

A concessão de áreas públicas fere os direitos fundamentais? É possível aplicar-se o processo de regularização fundiária para parcelamento do solo aos loteamentos

que obtiveram a autorização legislativa para fechamento? E para aqueles que nasceram como loteamento fechado á luz de uma legislação municipal?

É possível um loteamento aprovado e registrado, que tenha recebido o Termo de Verificação e Execução de Obras e que possuir autorização legislativa para concessão de áreas públicas e fechamento ser considerado irregular? É possível sanar essa irregularidade?

Responder a esses questionamentos é o desafio que se impõe.

CAPÍTULO I - DO DIREITO

A razão do Direito é o ser humano

O aumento da complexidade das relações sociais e a necessidade de se tratar dos conflitos inerentes passa a constituir-se em uma necessidade sentida pelo ser humano em cada comunidade. Disto decorre a criação de uma instância de autoridade capaz de prevenir e dirimir os conflitos, capaz de exercer o papel de árbitro. Essa construção decorre de um pacto que aos poucos vai se consolidando no seio da sociedade.

Há sem dúvida um ponto de vista normativo no estudo e na compreensão da história humana: é o ponto de vista segundo o qual as civilizações se caracterizam por ordenamentos de regras que contêm as ações dos homens que delas participam. A história apresenta-se, então, como um conjunto de ordenamentos normativos que se sucedem, se sobrepõem, se contrapõem, se integram. Estudar uma civilização do ponto de vista normativo significa, no final das contas, perguntar-se quais ações foram proibidas naquela determinada sociedade, quais foram comandadas, quais foram permitidas; significa em outras palavras, descobrir a direção ou direções fundamentais em que se orienta a vida de cada indivíduo.”¹

A partir do momento em o homem passa a se organizar e a se identificar como um grupo que possui uma estrutura de regras surge o Direito, o qual, nas palavras de Bobbio “nasce no momento em que um grupo social passa de uma fase inorgânica

¹ BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes. 2008, p. 4

para uma fase orgânica, da fase de grupo inorgânico ou não organizado para grupo organizado”.²

O Direito nasce da simples relação social, como se extrai das lições de Miguel Reale de que da “experiência jurídica, em verdade só podemos falar onde e quando se formam relações entre os homens, por isso, denominadas relações intersubjetivas, por envolverem sempre dois ou mais sujeitos [...] O Direito é, por conseguinte, um fato ou fenômeno social; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela”³

Apesar de se encontrar presente já nas relações mais primitivas do ser humano, o Direito ganha impulso com a sua conversão em escrita, como nos ensina Fábio Comparato:

A convicção de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem em uma sociedade organizada. [...] foi na Grécia que a preeminência da lei escrita tornou-se, pela primeira vez, o fundamento da sociedade política. Na democracia ateniense, a autoridade ou força moral das leis escritas suplantou, desde logo, a soberania de um indivíduo ou de um grupo ou classe social, soberania esta tida doravante como ofensiva ao direito do cidadão.⁴

Na concepção de Hobbes, Rousseau e Locke o homem emerge de um estado de natureza para um estado de sociedade, como fruto de uma necessidade de sobrevivência. No estado de natureza o ser humano desfruta de liberdade extrema, o que gera a guerra violência e terror, que acabará por causar a sua extinção.

Em contraposição a essa situação é que se passa a constituir um estado de sociedade que se implanta, impondo a alienação das liberdades, trasladadas essas ao Estado. “O Homem perdia a liberdade, mas ganhava a certeza de conservação”.⁵

² Ibidem p.9

³ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 21ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 2

⁴ COMPARATO. Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25

⁵ BONAVIDES. Paulo. Teoria do Estado. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 37

Na segunda metade do século XIX, prosseguindo os esforços da escola histórica de Savigny, o estudo histórico do direito romano, tal como fora empreendido por Ihering, conduziu gradualmente a uma mudança de perspectiva, a uma visão funcional do direito que se torna dominante por volta do fim do século.⁶

Segundo essa concepção, o direito não constitui um sistema mais ou menos fechado, que os juízes devem aplicar utilizando métodos dedutivos a partir de textos convenientemente interpretados. É um meio do qual se serve o legislador para atingir seus fins, para promover certos valores. Mas como ele não pode contentar-se com enunciar tais fins, assinalar tais valores, pois esse modo de proceder introduziria no direito uma indefinição e uma insegurança inadmissíveis, deve formular com certa precisão regras de conduta que indicam o que é obrigatório, permitido ou proibido, para atingir esses fins e realizar esses valores. Consequentemente, o juiz já não pode contentar-se com uma simples dedução a partir dos textos legais, deve remontar do texto à intenção que guiou sua redação, à vontade do legislador, e interpretar o texto em conformidade com essa vontade. Pois o que conta, acima de tudo, é o fim perseguido, mais o espírito do que a letra da lei.⁷

O Direito não pode ser interpretado simplesmente como sinônimo de lei, posto que é mais do que isso, há que se compreender o Direito como um sistema jurídico. Nesse sentido, uma lei deve estar de acordo com esse sistema, sob pena de seus efeitos não se constituírem em efetivo Direito.

Como ensina o mesmo Marcello Caetano:

a construção do sistema jurídico se assenta basilarmente na indução dos princípios a partir das leis, da jurisprudência e da prática administrativa entendidas pela doutrina à luz da História e das circunstâncias político-sociais do seu aparecimento e desenvolvimento, não pode desprezar as normas de Direito Natural, decorrentes de uma concepção racional de Justiça a partir da qual são formuladas por dedução. Como dedutivamente se hão de extrair

⁶ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 70

⁷ *Ibidem*, p. 71

também as conseqüências lógicas necessárias da ordem constitucional [...] ⁸

O direito moderno não se constitui mais como um texto sagrado possuidor da verdade absoluta, que tudo prevê e que sobre tudo consegue dispor, configurando-se como estrutura normativa estática e infalível. Superado esse modelo impera hodiernamente a concepção do Direito como conjunto de normas cuja interpretação deve se dar de forma sistêmica, aplicando-se os princípios norteadores em cada caso concreto.

Nas palavras de Marcello Caetano, “o Direito é uma disciplina eminentemente prática, isto é, cujo destino é a aplicação aos casos em que se manifestam situações humanas em busca da Justiça e de segurança.”⁹

Direito Público

O direito público como corpo sistemático de normas nasce na época da formação do Estado moderno. Com a dissolução do Estado antigo e com a formação das monarquias, as relações políticas sofreram transformações profundas e surgiram na sociedade medieval problemas como o das relações entre Estado e Igreja, entre o império e os reinos, entre os reinos e as cidades, para os quais o direito romano não possuía instrumentos de interpretação e análise suficientemente desenvolvidos. Objetivando desenvolver uma teoria jurídica do Estado os juristas europeus utilizam-se de princípios extraídos do “direito privado como o dominium – poder patrimonial do monarca sobre o território do Estado, distinto do imperium que significa o poder de comando sobre os súditos e o pactum que passa por princípio de legitimação do poder em toda a tradição contratualista que vai de Hobbes a Kant”.¹⁰

No período histórico em que os sistemas medievais cediam lugar a Estados centralizados, em que de forma absoluta o rei incorpora todos os poderes, ainda

⁸ CAETANO, Marcello. Manual de Direito administrativo. 10ª ed. rev. e atualizada. Lisboa: Almedina, p. 73

⁹ Ibidem, p. 73

¹⁰ BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política. 11ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 23.

impera a prevalência do direito privado em relação ao direito público, exemplificado na resistência que o direito de propriedade opõe à ingerência do poder soberano de expropriar (por motivos de utilidade pública) os bens do súdito.

Nas palavras de Paulo Bonavides¹¹:

Bodin¹², como teórico do absolutismo considera injusto o príncipe que violasse sem motivo justo e razoável a propriedade e julga tal ato uma violação das leis naturais a que o príncipe está submetido. Hobbes¹³ que atribui ao soberano um poder não controlado sobre a esfera privada dos súditos, reconhece, entretanto, que os súditos são livres para fazer tudo aquilo que o soberano não proibiu, por exemplo: a liberdade de comprar, vender e de fazer contratos.

Conceituação de Estado

A característica nata do ser humano, como ser gregário, exige conforme o aumento do grau de complexidade comunitária, a estruturação de uma organização capaz de garantir o cumprimento das normas convencionadas pelo grupo. Essa organização cresce e se aperfeiçoa na mesma proporção das complexidades a serem enfrentadas. Essa é a essência que justifica a necessidade da estruturação do que se convencionou denominar de Estado.

Conforme Paulo Bonavides:

Quando o Estado moderno se formou [...] a ciência do direito passou também a ocupar-se das coisas públicas. O Estado –

¹¹ BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado, 7ª ed.. São Paulo: Malheiros, p. 36

¹² Jean Bodin: Autor da obra *Les six livres de la republique* (*Os seis livros da república*), de 1576, período em que os sistemas medievais cediam lugar a Estados centralizados. Segundo este, somente o Estado soberano pode assegurar a ordem, definiu o Estado soberano em três tipos: monarquia, aristocracia e democracia, conforme o poder fosse atribuído a um indivíduo, a uma minoria, ou a uma maioria.

¹³ Hobbes introduz com o contratualismo social uma nova forma de fundamentação do poder, que já não promana da divindade, mas do homem e da sua razão prática. Com a obra *Leviatã*, clássico do Absolutismo, o mais engenhoso tratado de justificação dos poderes extremos, servidos de uma lógica perversa, em que a segurança sacrifica a liberdade e a lei aliena a justiça, contanto que a conservação social, de que é fiador o monarca, seja mantida a qualquer preço. Hobbes se projeta como o pensador do Positivismo e sobretudo da segurança jurídica.

este ser abstrato que representa, por atos de vontade cumpridos em seu nome, a coisa comum – se transformou no centro natural de todos os direitos e poderes que se devem exercer no interesse da coisa pública. As coisas públicas passaram a ser propriedade desse sujeito de direito.¹⁴

A reação contra a concepção liberal do Estado se funda sobre a contraposição do interesse coletivo ao interesse individual, bem como, da irreducibilidade do bem comum à soma dos bens individuais.

A supremacia ou o primado do público sobre o privado significa o aumento da intervenção estatal na regulação coativa dos comportamentos dos indivíduos.

Conforme leciona Paulo Bonavides:

No Estado moderno a sociedade é constituída por grupos organizados cada vez mais fortes, cujos interesses conflitam continuamente e perante os quais o Estado, como conjunto de organismos de decisão (parlamento e governo) e de execução (aparato burocrático), desenvolve a função de mediador e de garante, mais do que a de detentor do poder de império segundo a representação clássica da soberania. O Estado nessa concepção, pode ser representado como o lugar onde se desenvolvem e se compõem, para novamente decompor-se e recompor-se, estes conflitos, através do instrumento jurídico de um acordo continuamente renovado, representação moderna da tradicional figura do contrato social.¹⁵

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado, 7ª ed.. São Paulo: Malheiros, p. 20

¹⁵ Ibidem p. 26/27

Direito Urbanístico

Para bem compreendermos o campo de abrangência do Direito urbanístico importante partirmos do significado de urbanismo, palavra que possui a sua raiz etimológica originada no latim *urbs* ou *urbis*, que significa cidade. Nessa perspectiva, caracteriza-se o urbanismo como “a ciência ou a técnica de ordenar os espaços habitáveis, visando o bem-estar geral”¹⁶. No campo da ciência do Direito cabe ao Direito Urbanístico tratar desse ordenamento sob a ótica jurídica.

O Direito Urbanístico tem por fim regular a atividade urbanística, disciplinar a ordenação do território, o planejamento urbano, o uso e ocupação do solo urbano, as áreas de interesse especial, a ordenação urbanística da atividade edilícia e a utilização dos instrumentos de intervenção urbanística.¹⁷

O aumento da complexidade das relações entre indivíduos e a *urbis* faz com que haja a necessidade de construções normativas, de modo a dar respostas aos anseios da sociedade, organizando o disciplinamento da ocupação do solo, garantindo maior segurança jurídica.

Essas concepções normativas do campo estruturante das cidades desenvolvem-se de modo a responder aos diversos aspectos da vida urbana. A sociedade reclama a existência de regramentos que disciplinem de forma uniforme o uso, ocupação e parcelamento do solo, de maneira que se tenha um desenvolvimento planejado capaz de conduzir à existência de uma cidade estruturalmente sustentável.

A estrutura normativa exigida possui uma relação com os aspectos físicos que desenham a cidade, atentando aos seus mais diversos aspectos, de modo que se faça prevalecer o interesse público. A estruturação física das cidades e o seu funcionamento equilibrado é do interesse de toda a coletividade e é ao mesmo tempo direito de cada cidadão individualmente, pois esse direito coletivo guarda relação direta com os direitos fundamentais da pessoa humana.

Dadas as peculiaridades do campo de atuação e a nítida caracterização do interesse público prevalecente, nasce o Direito Urbanístico como um ramo do direito com

¹⁶ COSTA, Regina Helena. Urbanismo e meio ambiente. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, dez1994, p. 267

¹⁷ SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro, 3ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 37

atribuições específicas voltadas ao pleno desenvolvimento das atividades urbanísticas.

Nas palavras de José Nilo de Castro, “a cidade e as atividades que nela se desenvolvem têm disciplina jurídica que lhes imprime o Direito Urbanístico. Abrange essa disciplina jurídica, de maneira ampla, o traçado da cidade, compreendendo o arruamento, o alinhamento e o nivelamento, o zoneamento, o parcelamento (loteamento, desmembramento e o desdobro de lotes), a dimensão dos lotes, o controle das construções, a taxa de ocupação e o coeficiente de aproveitamento, os recuos, o gabarito das construções, a estética urbana (...)”¹⁸

Já Hely Lopes Meirelles averba que “a atividade urbanística consiste, em síntese, na intervenção do Poder Público com o objetivo de ordenar os espaços habitáveis. Trata-se de uma atividade dirigida à realização do triplo objetivo de humanização, ordenação e harmonização dos ambientes em que vive o homem”.¹⁹

Para José Afonso da Silva “por ser uma atividade do Poder Público que interfere com a esfera de interesse particular, visando a realização do interesse público da coletividade, deve contar com autorizações legais para poder limitar os direitos dos proprietários particulares ou para poder privá-los da propriedade”.²⁰

Toda atividade urbanística deve realizar-se no âmbito dos limites estabelecidos pela legislação, nesse sentido, “toda a planificação urbanística comporta uma disciplina de bens e de atividades que não pode atuar senão no quadro de uma regulamentação jurídica, pela delimitação que necessariamente põe à propriedade pública ou privada, ou mesmo, por tolher o uso desta”.²¹

Na concepção exposta por José Afonso, no Direito Urbanístico ocorre um processo dialético, sendo que a partir da realidade passam-se a elaborar as normas que regulamentarão a ocupação do espaço territorial, passando a ajustar (tornar justa) a realidade aos fins da realização da convivência humana. Trata-se de um processo

¹⁸ CASTRO, José Nilo de. *Direito Municipal Positivo*. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.305-306

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros. 1998, p. 388 a 396

²⁰ WOLFF, Joseff. p. 17, *apud* SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro* 3ª ed. São Paulo: Malheiro, 2000, p. 34.

²¹ LORENZO, Italo di. *Diritto Urbanístico*, p.8, *apud* SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro* 3ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 34.

científico que se desenvolve da realidade normada e normativa, com que se vai construindo o ramo do Direito Urbanístico.²²

Neste ponto parece-nos relevante a reflexão produzida por Eros Grau “o direito pressuposto condiciona a elaboração do direito posto (direito positivo), mas este modifica o direito pressuposto.”²³ [...] todos os movimentos de transformação do direito decorrem de alterações gestadas no seio da sociedade – isto é, no direito pressuposto. Nele, as aspirações, da sociedade, de conformação inclusive do que denominamos direito público.²⁴

Uma outra concepção análoga à do direito pressuposto se encontra em Markovic, para o qual “as duas categorias fundamentais de normas que constituem o direito positivo são as normas sociológicas e as normas estatais. Essas duas categorias existem e funcionam as duas simultaneamente na ordem positiva, complementando-se, entrelaçando-se e mutuamente influenciando-se. Dai a dualidade do direito positivo. As normas sociológicas são a expressão da justiça material existente na sociedade. Já, as normas estatais resultam de posições ideológicas que o Estado introduz na ordem jurídica positiva no exercício de seu imperium soberano.”²⁵

O Direito Urbanístico tem por objeto regular a atividade urbanística, disciplinar a ordenação territorial, o planejamento urbano, o uso e ocupação do solo urbano, as áreas de interesse social, a ordenação urbanística da atividade edilícia e a utilização dos instrumentos de intervenção urbanística.²⁶

Assim temos o Direito Urbanístico como ramo do direito Público que tem por objetivo expor, interpretar e sistematizar as normas e princípios reguladores da atividade urbanística, vale dizer, estabelece o conhecimento sistematizado sobre uma realidade jurídica.

Para vários autores urbanismo se relaciona aos espaços habitáveis, não se restringindo apenas à *urbis*, à cidade. Na realidade o direito urbanístico tem como foco principal a área urbana, mas isso não significa em hipótese alguma uma

²² SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro 3ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 36

²³ GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.44

²⁴ Ibidem, p. 45

²⁵ MARKOCVIC, B.S. De La dualité Du droit positif. *apud* GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.55

²⁶ SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro 3ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 37

exclusão da área rural. Ao contrário todo o território municipal é objeto dos regramentos urbanísticos, sem que isso signifique maior intromissão nas atividades de cunho agrícola/pecuário.

Diogo de Figueiredo conceitua o Direito Urbanístico como o “conjunto de técnicas, regras e instrumentos jurídicos, sistematizados e informados por princípios apropriados, que tenha por fim a disciplina do comportamento humano relacionado aos espaços habitáveis”.²⁷

Nesse sentido, entendemos melhor precisar o termo espaços habitáveis, pois seria essa a extensão da aplicabilidade do Direito Urbanístico. Partindo-se do entendimento de que a referida expressão tem por objeto os espaços destinados à habitação pura e simples estaremos a limitar a extensão da aplicabilidade do Direito Urbanístico.

Sendo atribuição do Município o ordenamento territorial, através do planejamento urbano, da elaboração de um Plano Diretor e de todo o arcabouço jurídico necessário ao disciplinamento do uso, ocupação e parcelamento do solo, aplicar-se-á tal conjunto de regras a todo o território do município, compreendendo-se a expressão “espaços habitáveis” dentro de um contexto mais amplo de interpretação, significando todo e qualquer atividade humana em relação ao uso do solo que se distinga da atividade agrícola/pastoril.

O Plano Diretor ao definir as funções sociais e ambientais da cidade, não esta limitando tal conceito ao espaço urbano de cada município, ao contrário a sua área de abrangência abarca todo o território municipal.

Na linha de que o conceito de urbanismo não se limita ao regramento dos espaços habitáveis, encontramos os ensinamentos de Lucia Figueiredo, a qual defende que “o Direito Urbanístico é o conjunto de normas que disciplina a ordenação urbana, como também a ordenação da zona rural”²⁸, indicando, em sua livre tradução a lição de Spantigati que defende o alargamento do conceito de “urbanístico”, que não significaria apenas o solo urbano, e sim todo solo, corroborando, destarte, que a

²⁷ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico, p. 56

²⁸ FIGUEIREDO, Lucia Valle. Disciplina Urbanística da Propriedade, 2ª ed..São Paulo: Malheiros, 2005, p. 40

disciplina urbanística visa a um ordenamento do solo, em seu sentido global: urbano e rural”²⁹

Nessa direção deve ser interpretado o art. 2º, VII, da Lei 10.257/01 – Estatuto da Cidade, que estabelece que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante a integração e complementariedade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência.

As normas fixadas pelo Estatuto da Cidade visam o ordenamento territorial de toda a extensão do Município, em qualquer atividade que se distancie da atividade de natureza rural e se identifique com o urbano. Isso por exemplo permite que o Município, por meio do Plano Diretor, possa estabelecer como metas a constituição de cooperativas que organizem os produtores rurais ou estabeleça um planejamento de estocagem da produção. Esse tipo de atividade se identifica com os aspectos sócio-econômicos que se distanciam da atividade agrícola e se aproximam da urbanística ao se estabelecer uma política de planejamento de interesse, não do urbano ou do campo, mas sim do Município.

Verifica-se assim, que adotando-se a conceituação mais restrita de “espaços habitáveis” ou a mais ampla que entende o Direito Urbanístico como incidente sobre todo o território do Município, a licença para a instalação de parcelamento do solo para fins urbanos (residência na cidade ou casa de campo) implica atividade de cunho urbanístico estando sujeita à aprovação ou indeferimento por parte do poder público.

Evidente que o Direito Urbanístico encontra nas áreas urbanas o centro de sua atuação, mas isso não está a significar que nas áreas destinadas à função rural não se possa desenvolver ocupações territoriais destinadas à moradia.

Nas palavras de Edésio Fernandes:

O Direito Urbanístico se ocupa do controle jurídico do desenvolvimento urbano, isto é, dos vários processos de uso,

²⁹ SPANTIGATI, Federico *apud* Disciplina Urbanística da Propriedade, 2ª ed. FIGUEIREDO, Lucia Valle. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 35

ocupação, parcelamento e gestão do solo nas cidades, também os princípios do Direito Urbanístico são claros, o mais importante deles sendo sem dúvida o da função sócio-ambiental da propriedade à luz do qual as demais normas e instrumentos, políticas e programas devem ser interpretados.³⁰

Nessa perspectiva, há que se ressaltar o foco do Direito Urbanístico em todas as atividades atinentes ao desenvolvimento urbano, portanto, em qualquer área de atuação humana distinta da atividade de cunho rural. O outro aspecto central diz respeito ao cumprimento da função social e da função ambiental da propriedade, independente da sua localização geográfica.

Desta forma, toda a atividade desenvolvida no espaço rural, mas que guarde aspectos distintos da atividade do campo, ainda que subsidiária dessa atividade, deve atender às normativas impostas pelo direito urbanístico.

Nesse sentido, o Direito Urbanístico, no âmbito municipal, encontra-se contido pelo espaço territorial delimitado entre as linhas divisórias de cada Município e nesses limites disciplina qualquer atividade no campo do uso, ocupação e parcelamento do solo que seja distinta da atividade rural (agrícola/pecuária).

Algumas atividades desenvolvidas nos territórios definidos como zoneamento rural, como a construção de um porto para escoamento de safra agrícola; a construção de silos para armazenamento de grãos; a construção de uma indústria em zona rural, todas essas atividades deverão atender às normas definidas pelo ordenamento urbanístico. Não podem tais atividades estar descoladas do controle público, sob risco de se por a perder a perspectiva de ordenamento territorial.

Cada atividade estranha aos limites precisos da atividade agrícola deverá contar com as diretrizes prévias e passar por todo um processo de análise, a fim de se verificar qual o tipo de atividade pretendida e se ela se coaduna com as diretrizes fixadas pelo Plano Diretor do Município.

Conforme o tipo de empreendimento haverá que se exigir estudo de impacto ambiental, aplicação de medidas mitigadoras e compensatórias em decorrência de

³⁰ FERNANDES, Edésio. Do Código Civil ao Estatuto da Cidade. *In*: WAGNER JR, Luiz Guilherme Costa (coord). Direito Público. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 255

dano causado ao meio ambiente, bem como, a realização de obras de infra-estrutura como o alargamento de sistema viário, construção de alças de acesso, etc.

Verifica-se dessa forma que o termo espaços habitáveis, na sua compreensão de habitação de moradia, limita o grau de abrangência do Direito Urbanístico.

Por sua vez, a exigência pelo poder público de apresentação de um Estudo de Impacto Ambiental, condicionante para a aprovação da realização de uma determinada obra, poderia, a princípio, confundir-se como atribuição própria do Direito Ambiental. Evidente que tal estudo deverá se pautar pela aplicação dos princípios e normas ambientais, mas a autorização da implantação da atividade é atribuição do Direito Urbanístico quanto ao tipo de uso que será dado, qual a forma de ocupação do solo (recuos, limitações de área construída, exigência de área permeável, limitações ao gabarito, entre outros.). Nesses casos deverá o projeto possuir a aprovação dos órgãos de proteção ambiental, sendo, sob o ponto de vista urbanístico, a intervenção ambiental um componente do ordenamento territorial, na perspectiva de construção de cidades sustentáveis.

Ao analisarmos uma determinada região que se encontra definida como uma Área de Proteção Ambiental, a idéia que se evidencia como mais forte guarda relação com a matéria ambiental e a proteção da natureza. Sob o enfoque do Direito Urbanístico esse é um aspecto importantíssimo, mas o seu enfoque fundamental não é a proteção de espécies da flora ou a criação de corredores para a fauna, o aspecto fundamental é o ser humano, a sua proteção, a garantia da condição de vida digna, a garantia de acesso à água como direito humano fundamental.

Evidente que o meio ambiente não se encontra dissociado do direito urbanístico, ao contrário, o urbanismo e o meio ambiente são aspectos indissociáveis e interdependentes. A divisão entre Direito Ambiental e Direito Urbanístico se opera para fins de aprofundamento das questões pertinentes a cada matéria em específico, mas na prática o Direito é uno e a aplicação concreta do urbanismo não pode prescindir da aplicação das normas ambientais.

Ao se delimitar um determinado território como Área de Proteção Ambiental, com a característica específica de proteção de manancial, o que se pretende é a garantia do fornecimento de água, é a garantia do abastecimento em quantidade e qualidade,

é a garantia da mata envoltória com o propósito de proteção das nascentes e corpos d'água, é evitar a erosão e assoreamento de córregos e represas, com o fim maior de proteção do ser humano. A finalidade da proteção ambiental sob o ponto de vista funcional da cidade é um aspecto urbanístico.

Da mesma forma ao se limitar democraticamente o uso da propriedade particular, impondo ao proprietário, quando do parcelamento de uma gleba, que uma porcentagem do seu imóvel seja destinado a fins públicos, tais como ruas, praças e terrenos para a construção de equipamentos públicos, não se esta a impingir uma sanção em prejuízo do particular e benefício de um Estado leviatã, que tudo pode e tudo faz, impondo ao indivíduo ônus desproporcional, ao contrário, o que se estabelece é uma norma de interesse da sociedade.

O parcelamento do solo, enquanto direito do proprietário de usar e dispor de sua propriedade sofre limitações impostas pelo interesse da coletividade.

A realidade imposta pela atividade humana no campo do parcelamento do solo exige que se tenha um regramento jurídico que estabeleça regras claras para o seu ordenamento.

A divisão da terra, com a criação de lotes destinados à comercialização significa uma capitalização, um enriquecimento do titular de domínio. Em contra-partida representa um aumento populacional, demandando um aumento da infra-estrutura que permita o suporte estrutural para essa nova atividade (sistema viário, rede de água tratada, rede de eletricidade, demanda por escola, saúde, lazer, cultura, mobilidade) além do surgimento de uma série de reflexos urbanísticos como o aumento de tráfego, a produção de resíduos (orgânico, sanitário, construtivo), entre outros.

É do interesse público e do próprio particular que se estabeleça um modelo de parcelamento que atenda a demanda por sistema viário integrado, áreas destinadas à função de praças, parques, jardins; áreas destinadas a fins especiais como escolas, postos de saúde, delegacias e demais prédios públicos. Também é do interesse do particular que as regras estejam claras de tal forma que possa desenvolver seus projetos com segurança e agilidade.

Nesse sentido, a limitação à liberdade do titular de domínio livremente dispor de sua propriedade não significa uma intromissão abusiva, ilegal, autoritária. Ao contrário, toda limitação deve estar amparada no interesse público e estar disposta em lei (princípio da legalidade)³¹, de tal forma que a atuação limitadora do agente público seja vinculada à legislação, estando obrigado a agir nos limites impostos pelo ordenamento jurídico vigente.

A atuação da Administração Pública no campo do parcelamento, uso e ocupação do solo admite a existência de poucos atos dotados de discricionariedade, sendo a maioria de característica estritamente vinculada, ou seja, a aprovação decorrerá da existência de previsão legislativa que autorize a realização de tal parcelamento, estabelecendo as condições especiais a serem seguidas.

Parcelamentos do solo distantes do centro urbano podem significar um custo excessivo para o Poder Público, ao passo que propiciará uma valorização das terras onde será implantado o projeto à custa de investimentos públicos, gerando ainda a valorização das terras localizadas entre o centro urbano e o novo empreendimento. Decorre ainda desse processo um aumento do custo da terra, restringindo o acesso a esse bem.

Para que se evite esse tipo de situação nociva ao interesse público é importante que a legislação municipal imponha restrições a tal tipo de parcelamento ou então estabeleça condições especiais quanto à implantação e extensão das redes de abastecimento de água, coleta e tratamento de esgoto, coleta de resíduos sólidos, manutenção de vias de circulação interna e das principais vias de acesso.

O Poder Público municipal não está obrigado a concordar com a vontade do empreendedor imobiliário de promover o parcelamento do solo quando e onde melhor lhe aprouver. Não havendo interesse público, amparado em previsão legal, poderá a municipalidade indeferir o requerimento.

O indeferimento em face da pretensão do proprietário interessado na promoção do parcelamento do solo não pode ser ato dotado de discricionariedade, ao contrário, deve ser ato totalmente vinculado, a restrição ao parcelamento deve se encontrar devidamente amparado nas normas urbanísticas.

³¹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 24ª ed.. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 41

Conforme disciplina a Lei 10.257/01 – Estatuto da Cidade (art.2º, VIII e IX) o Poder Público deve adotar padrões [...] de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência e promover a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização. Nesse sentido, a fixação de parâmetros próprios para aprovações de parcelamento em áreas rurais encontra fundamento na legislação federal.

Direito à Cidade

Aproveitando-nos das reflexões de Otto Mayer

as comunidades primitivas não eram municípios no sentido atual, mas associações nas quais os direitos dos indivíduos se mesclavam com os do grupo, prevalecendo ora um ora outro. Essas comunidades possuíam caminhos, ruas praças. Os terrenos afetos a estes eram comuns, quer dizer, não pertenciam a qualquer indivíduo em particular, senão à totalidade deles. A autoridade comunal velava por sua conservação e pela boa ordem de uso que se fazia deles. O direito sobre essas coisas somente se manifestava, pois, debaixo de duas formas: o uso de todos e a vigilância da autoridade.³²

Com o desenvolvimento da humanidade, as comunidades primitivas passam por transformações sucessivas ganhando um grau de complexidade que atinge as relações interpessoais e também as relações entre os cidadãos e o Poder Público.

O aumento da complexidade das relações sociais e a necessidade de se tratar dos conflitos inerentes, passa a constituir-se em uma necessidade sentida pelas pessoas de cada comunidade. Disto decorre a criação de uma instância de autoridade capaz de prevenir e dirimir os conflitos, capaz de exercer o papel de árbitro. Essa construção decorre de um pacto que aos poucos vai se consolidando no seio da sociedade.

³² MAYER, Otto. Derecho Administrativo Alemán, t. III, Parte Especial, p. 91, *apud* ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. Função Social da Propriedade Pública. São Paulo: Malheiros, 2005, p.18

A sociedade passa a compreender a necessidade premente de que cada um abra mão de parte de sua liberdade individual, do direito de livremente exercer os interesses pessoais em sua totalidade, em nome de uma organização coletiva que garanta segurança nas relações entre os cidadãos. A essa instância ordenadora resolveu-se chamar de Estado, o qual nada mais deveria ser do que um gerenciador dos interesses comuns.

A limitação ao exercício de direitos é aceita no sentido de que a todos será imposta a mesma regra. Em síntese a compreensão reinante é a de que a restrição ao exercício da liberdade plena implicará, por paradoxal que pareça em um ganho de liberdade. Esse pacto pelo qual os cidadãos aceitam abrir mão de direitos ou ao menos restringi-los, transferindo-os ao Estado, é o que passou-se a denominar de interesse público.

A necessidade do desenvolvimento estrutural das cidades, de modo a garantir a qualidade de vida, é algo que se encontra relativamente introjetado na sociedade, de modo que as regras de parcelamento do solo, com todas as exigências de abertura de sistema viário e reservas de área ao uso público, além da exigência de obras de infra-estrutura, são exigências aceitas sem maiores questionamentos. Também no âmbito do direito de construir, em qualquer que seja a finalidade do uso do imóvel, o cidadão possui a consciência de que deve atender às limitações administrativas impostas, pois essas são comuns a todos que se encontram na mesma condição.

O direito não é estático, ao contrário é dinâmico, atua de forma dialética com a sociedade, sendo por ela influenciado e passando a influenciá-la.

Essa relação entre o cidadão e a cidade, evoluiu de forma significativa no pós-guerra quando se passa a ter uma maior compreensão quanto aos direitos sociais. A cidade é o espaço físico onde se habita, circula, trabalha e que possibilita o lazer em suas mais diversas formas, isso desperta a noção de direitos aos serviços que a cidade disponibiliza ou deveria disponibilizar: ao transporte público de qualidade, à mobilidade, à acessibilidade; direito de ir e vir, direito à praça, ao lazer, à cultura, à educação, à saúde, entre outros.

Esta conformação de direitos que devem ser assegurados passa a encontrar fundamentação legal com a edição do Estatuto da Cidade – Lei 10.257/01 que regulamenta o art. 182 e 183 da Constituição Federal.

Estabelece a Lei 10.257/01 em seu art. 2º que “a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana”, mediante diretrizes gerais que passa a fixar, entre essas a garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

Além dessas, o referido art. 2º disciplina uma série de outras diretrizes a orientar o cumprimento da função social da cidade, quais sejam: gestão democrática por meio da participação da população na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social; planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente; oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;

Nestes termos a função social da propriedade passa a se configurar como um dos elementos componentes da função social da cidade, esta deve se coadunar com os objetivos ordenadores da cidade.

Nas palavras de Sundfeld:

A cidade, como espaço onde a vida moderna se desenrola, tem suas funções sociais: fornecer às pessoas moradia, trabalho (...) mas como o espaço da cidade é parcelado, sendo objeto de apropriação, tanto privada (terrenos e edificações) como estatal (ruas, praças, equipamentos, etc.), suas funções têm de ser cumpridas pelas partes, isto é, pelas propriedades urbanas. A política urbana tem,

portanto, a missão de viabilizar o pleno desenvolvimento as funções sociais do todo (a cidade) e das partes (cada propriedade) ³³

O direito à cidade encontra disciplinamento expresso no texto da Constituição Federal, no Capítulo da Política Urbana, art. 182 e 183, ao estabelecer que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade.

Conforme leciona Lúcia Melo:

A cidade exerce sua função quando permite a todos aqueles que nela residem ou por ela circulem o acesso aos direitos fundamentais garantidos não somente em nossa Constituição, mas em grande parte dos textos legais pelo mundo. [...] O direito à cidade deve ser sempre interpretado como direito à cidade sustentável. Significa sobretudo que o planejamento territorial de áreas urbanas e rurais deve contemplar o respeito ao meio ambiente, promoção do acesso à moradia, a bens e prestações de serviços que auxiliem e promovam a cidadania e a justiça social. ³⁴

Direito de propriedade e sua evolução

No aspecto que nos interessa abordar, analisaremos a propriedade imobiliária, ou seja, a propriedade da terra.

Nas sociedades humanas primitivas a terra pertencia a todos, a toda a comunidade, não havia o apossamento individual. Nas sociedades nômades a terra era um bem passageiro, do qual se usufruía momentaneamente, a apropriação da terra se dava de forma coletiva, onde os membros da comunidade tinham direito temporário de gozo, inalienável e intransmissível.

³³ SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais. In: Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/01). DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (Coord.). São Paulo: Malheiros, 2002, p. 54

³⁴ MELO, Lúcia. Direito à moradia no Brasil. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010, p. 33

A propriedade é fruto da criação humana, a propriedade não é algo próprio da natureza, mas sim fruto de uma construção proveniente da razão humana.

A vida em sociedade faz com que surja a necessidade de se definir a figura da propriedade em seus mais variados aspectos, imóvel, móvel, intelectual, industrial, etc.

A partir do momento em que o homem passa a se fixar no território se inicia o processo de apropriação da terra, seja pela necessidade de defesa contra elementos estranhos ao grupo; pelo valor incorporado em razão da produção de alimentos ou pelo poder político gerado.

Se observarmos ao longo da história humana a evolução dos conceitos de propriedade e das suas limitações poderemos identificar que desde o seu início está ela vinculada à idéia de poder seja esse econômico ou social.

As sociedades mais organizadas passam a imprimir ao tema propriedade o adjetivo individual, em detrimento da qualificação coletiva que prevalece nas organizações sociais mais primitivas, surge então o fenômeno da concentração de terras.

Exemplo das modificações conceituais pela qual a propriedade passou pode ser verificado em Roma onde se assiste a três períodos distintos: o do domínio civil ou quiritário (*dominium ex-jure Quiritium*); do domínio pretório ou bonitário (*in bonis esse, in boné habere*) e, por último, como o mais importante, o domínio do Direito Cristão ou do Direito Justianeo.

No período da predominância do domínio quiritário, este somente era acessível e reconhecido ao cidadão romano, os demais desfrutavam apenas de uma situação de fato, como simples possuidores, pois o direito não os amparava nem protegia.³⁵

Por ocasião da implantação da República em Roma esse exclusivismo foi atenuado, passando a existir também o domínio *bonitário*, o qual se caracterizava quando faltava um dos requisitos para a existência do domínio *quiritário*, permitia a transferência da propriedade imperfeita pela *traditio*. Foi Justiniano que pôs termo a esses dois tipos de domínio.

³⁵ Sodré, Ruy de Azevedo. Função Social da Propriedade Privada. São Paulo: Revista dos Tribunais p. 30

Conforme as lições de Cunha Lobo “Inspiradas as leis, depois do advento do cristianismo, nas idéias salutaras de humanismo sem violência, (...) todas as classes sociais, todas as forças econômicas de produção de riquezas, julgavam haver encontrado na fraternidade cristã o fundamento de toda a ordem social e, portanto, da propriedade pública e privada”.³⁶

O processo de conversão da propriedade como bem coletivo em bem individual significa que a propriedade passa a pertencer a poucos em detrimento da coletividade. Esse fenômeno da concentração e conseqüente exclusão encontram maior visibilidade nos Estados de governo absolutista em que todo o poder se encontra concentrado no rei, quanto nas sociedades feudais em que o rei se vê obrigado a partilhar suas terras, mas entre os nobres, mantendo-se o acesso à propriedade restrito a uma minoria.

Essa configuração se encontra bem delineada na passagem expressa por Melhim Chalhub:

Na idade média se encontra a introdução de modificações substanciais no conceito de propriedade, que passou a caracterizar-se marcadamente pela identificação do poder político, mediante a subordinação desta ao poder do soberano e pela fragmentação do domínio. As invasões bárbaras trouxeram consigo as influências do direito germânico que, diferentemente da propriedade absoluta e plena dos romanos, incentivou a concepção tipicamente feudal de uma propriedade dividida em vários domínios sobre a mesma coisa, onde “o soberano, titular da propriedade, conserva para si o domínio direto sobre a terra e concede ao ocupante o domínio útil, com ele estabelecendo uma relação de vassalagem, pela qual o concessionário cultiva a terra, pagando ao concedente uma

³⁶ LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. Curso de Direito Romano, v.2, p.56 apud Sodré, Ruy de Azevedo. Função Social da Propriedade Privada. São Paulo: Revista dos Tribunais p. 33. Ver também LOBO, Abelardo Saraiva Cunha. Direito Romano. Rio de Janeiro, 1915.

contribuição em contrapartida desse uso e da proteção que este lhe assegura”³⁷

É com a Revolução Francesa, orientada pelas conceituações iluministas de Igualdade, Liberdade e Fraternidade que a propriedade ganha um caráter de disseminação, permitindo que a burguesia passe a ter o direito de deter a propriedade de terras em seu nome.

É com tal espírito que a propriedade, em contraposição ao modelo concentrador passa a ser acessível à classe ascendente e, nesse sentido se constitui uma concepção filosófica que vem a ser o elemento conformador de um arcabouço jurídico, consubstanciado no Código Napoleônico.

Nesse momento histórico do iluminismo o direito de propriedade caracteriza-se por uma concepção liberal individualista, em contraposição ao modelo feudal, originando um direito civil extremamente protetor da propriedade privada, pouco regrado os aspectos atinentes ao direito público.

Fundamento Jurídico da Propriedade

Várias são as doutrinas apresentadas para a justificação da propriedade, em muitas vezes ocorrendo confusão entre origem da propriedade e o seu fundamento jurídico.

Para Locke a propriedade converte-se em um verdadeiro direito natural, pois nasce do esforço pessoal no estado de natureza antes da constituição do poder político e como tal deve ter o seu livre exercício garantido pela lei do Estado (lei do povo).³⁸

Para Montesquieu “a propriedade só se tornou um direito propriamente dito, em virtude do decreto da autoridade”. Já Mirabeau “entendia que o homem não tem nenhum direito exclusivo sobre nenhum objeto da natureza, o que pertence

³⁷ CHALHUB, Melhim Namem. Propriedade Imobiliária Função Social e outros aspectos Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.3

³⁸ BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política. 11ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 22 a 24

igualmente a todos, não pertence realmente a ninguém. Se a propriedade existe, é a lei que a criou por motivos de utilidade social (...)”³⁹

Para Laboulaye “as lei não protegem somente a propriedade; são elas que a fazem nascer, a determinam, que lhe dão a regra e a extensão que ela ocupa nos direitos do cidadão [...] toda vez que a sociedade, sem desviar-se de sua rota providencial, muda de meios, que ela desloca a herança ou privilégios políticos ligados ao solo, ela esta no seu direito e ninguém pode criticá-la em virtude de um direito anterior, porque antes dela e fora dela não há nada; ela é a fonte e a origem do direito”⁴⁰

Para a doutrina cristã o direito de propriedade, não é somente o trabalho, nem a ocupação, a convenção ou a liberdade, mas sim a destinação natural dos bens exteriores ao serviço do homem; a apropriação não é outra coisa senão a adaptação desses bens ao seu destino. Leão XIII, na encíclica “Rerum Novarum” ensina que o direito de propriedade é fundado na lei natural. É o sistema pregado por São Tomaz e adaptado pela maioria dos filósofos e teólogos católicos.”⁴¹

Segundo Gouveia a ocupação territorial “não pode justificar a propriedade, pois, sendo aquela apenas um fato, não pode originar senão um estado de fato – a posse. A propriedade só pode resultar da ocupação mediante uma legislação preexistente, que admita a propriedade individual e a organize e tenha categorizado a ocupação entre os modos de adquirir.”⁴²

Nas palavras de Sodré, “para Kant, cuja teoria foi resumida por Ahrens, os atos do homem, tais como a ocupação e a especificação não servem para fundamentar o direito de propriedade, e isto porque esta implicaria na obrigação negativa, imposta a todos os membros da Sociedade, de não ofender os direitos do proprietário. Assim, tais obrigações só poderiam resultar dum consentimento mútuo, o que leva a concluir que a propriedade só pode constituir-se pela convenção.”⁴³

Verifica-se desta forma que excetuando-se a concepção de que o direito da propriedade encontra fundamento na lei natural pela qual a apropriação não é outra

³⁹ Ibidem p. 21

⁴⁰ Ibidem p.22

⁴¹ Ibidem p. 26-27

⁴² GOUVEIA, Jaime A.C.. Construção Jurídica da Propriedade, ed. 1919, p. 41. apud Ruy de Azevedo Sodré. Função Social da Propriedade Privada. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 16-18

⁴³ SODRÉ. Ruy de Azevedo. Função Social da Propriedade Privada. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 19

coisa senão a adaptação dos bens ao seu destino, o entendimento prevalecente é que o direito de propriedade decorre de uma construção normativa, portanto é fruto da disputa dos interesses presentes em cada sociedade.

Propriedade como relação jurídica complexa

Como fruto de uma convenção, a propriedade confere ao titular de domínio uma gama variada de direitos e deveres, entretanto, esses direitos têm de se coadunar aos diversos outros centros de interesse da sociedade, ambos tutelados pelo ordenamento e exigindo solução para os conflitos que surgem dessa relação.

A conceituação analítica da propriedade constante do art. 524 do Código Civil de 1916, de que “a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens...”, não mais correspondia às necessidades da sociedade e às funções que dela se espera a partir da Constituição Federal de 1988.

A função social da propriedade, expressa como direito fundamental através do art. 5º, XXIII, CF/88, delimita os contornos desse instituto consagrado da propriedade em tempos de outrora como direito subjetivo absoluto, depois liberal e agora social.

Não pode ser vista a função social da propriedade como simples limitação ou restrição externa e estranha ao instituto, ao contrário, passou esse princípio a integrar a própria estrutura e conteúdo da propriedade.

Nessa perspectiva, a edição do Novo Código Civil – Lei 10.406/2002 estabeleceu em seu art. 1.228 que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa,...”, verifica-se, assim, que o texto legal relativizou o poder assegurado ao proprietário, substituindo a expressão direito por faculdade. Ainda que na prática esse novo texto em nada tenha reduzido o direito do proprietário, a mudança do texto sinaliza a redução do caráter absoluto do direito de propriedade.

Além disso, o acréscimo dos §§ 1º a 5º, representam, esses sim, um condicionamento da propriedade ao cumprimento da função social, que dela a

sociedade espera, em atendimento aos princípios fundamentais estatuídos na Constituição Federal ou expressos no Plano Diretor de cada Município.

Nos termos expressos por Gustavo Tepedino,

a complexidade do instituto da propriedade levou a doutrina a proclamar a sua inviabilidade como noção abstrata. Isso porque há uma noção pluralista da propriedade, adequada a cada um dos estatutos proprietários previstos no ordenamento positivo e mutável de acordo com as transformações do corpo social. A estrutura proprietária, dinâmica e profundamente articulada com as estruturas sociais do momento histórico e do ambiente que se quer estudar não seria apreensível por um conceito geral e abstrato.⁴⁴

Para Canaris, a diversidade de prismas e de ângulos de visão não impede, todavia, que se trace a trajetória do conceito de propriedade, iniciada em um sistema fechado, apoiada exclusivamente em raciocínio lógico-formal, até a conclusão em um sistema aberto, apoiada na ordem axiológica e teleológica.⁴⁵

Nos termos expressos por Francisco Loureiro:

Os conceitos tradicionais de propriedade partem da noção de direito subjetivo e estão fincados exclusivamente nos códigos civis, que seguem os modelos da segunda e terceira codificação (francesa e alemã), ou seja, inspirados no positivismo e limitados pela exegese. Já os conceitos contemporâneos, embora não haja ainda um consenso, vêem a propriedade como um status, ou como uma relação jurídica complexa, carregada de direitos e deveres, inspirados em valores constitucionais e no princípio da função social.⁴⁶

Seguindo ainda os ensinamentos de Francisco Loureiro:

⁴⁴ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada, in Temas de direito Civil, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 279

⁴⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, tradução de Antonio Menezes de Cordeiro, 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996, p. 62-76

⁴⁶ LOUREIRO, Francisco Eduardo. A propriedade como relação jurídica complexa. Dissertação de Mestrado PUC-SP 2001, p. 29

A visão positivada tradicionalmente expressa sobre a propriedade, trata-a como um direito subjetivo, ou seja, um interesse juridicamente protegido, que confere uma gama de poderes ao seu titular e correlatos deveres, a serem prestados ou observados por terceiros não proprietários. Não se cogita de deveres do proprietário em relação a terceiros, mas sim de limites impostos pela lei, como algo externo e estranho ao direito de propriedade. ... Adotar tal tipo de interpretação seria encampar a teoria subjetivista, limitando-se à indagação da vontade histórico-psicológica do legislador do final do século XIX. Conformer-se com conceitos literais tem a confortável vantagem da segurança jurídica e, como pressuposto lógico, a utopia da completude da lei civil, típica de um sistema fechado... O prestígio dos conceitos tradicionais, porém, ignora que a lei, tão logo aplicada, irradia uma ação que lhe é peculiar e transcende àquilo que o legislador tinha intentado, porque regula relações nem sequer pensadas à época de sua elaboração. Elimina, ainda, a interpretação sistemática, o chamado contexto significativo da lei, limitando-se à visão original do Código Civil, sem qualquer conexão com a legislação especial posterior e, especialmente, com a Constituição Federal e seus princípios fundamentais.⁴⁷

Na mesma linha se posiciona Judith Costa ao ensinar que a conceituação da “propriedade apenas com base em seus elementos analíticos, descritos no Código Civil, significaria voltar à escola da exegese, sublinhando suas características basilares: o culto à lei, o predomínio da intenção do legislador na busca do sentido e do alcance dos textos legais, o caráter estatista do ordenamento”.⁴⁸

Como salienta Karl Engish, as modificações das situações de fato, das concepções culturais e morais conduzem, mesmo sem uma lei posterior, a uma releitura da legislação anterior não revogada.⁴⁹

Verifica-se assim, que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece entre os Direitos e Garantias Fundamentais a garantia do direito à

⁴⁷ LOUREIRO, Francisco Eduardo. A propriedade como relação jurídica complexa. Dissertação de Mestrado PUC-SP 2001, p. 32-34

⁴⁸ Martins-Costa, Judith. A boa-fé no direito privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 95

⁴⁹ ENGISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1988, p. 322

propriedade (5º, XXII), porém, condicionando-a ao cumprimento da sua função social (5º, XXIII), desta forma, passa a orientar toda a interpretação jurídica, bem como, toda a ação legisferante e administrativa, no sentido de adequação do uso da propriedade, como espaço pessoal de liberdade, às exigências da convivência em uma comunidade.

Nessa mesma direção, somente que de forma mais enfática, estabeleceu a Constituição Alemã, em seu art.14, parágrafo 2º, que: “A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir o interesse da coletividade”. Na lição de Karl Larens, tal preceito significa que, de um lado, a propriedade constitui direito fundamental, que se encontra em íntima relação com a liberdade pessoal, mas de outro lado não se admite tenha preferência incondicionada sobre interesses da comunidade.⁵⁰

Claro se apresenta que a propriedade é um direito – ou uma situação jurídica complexa – atribuída pela ordem jurídica a um titular, nada mais natural que essa mesma ordem jurídica estipule determinada conduta a ser seguida, ou fixe um objetivo social que, de um ponto de vista passivo, é cometido ao proprietário. Pode o ordenamento determinar comportamento específico do proprietário, sob pena de deixar ele de ser merecedor da tutela da propriedade.⁵¹

Nos termos da Constituição Brasileira a função social da propriedade urbana será fixada em cada Município, é o que se extrai do art. 182, § 2º, ao passo que a terra rural encontra a exigência do atendimento à função social prevista no art. 186. Especialmente no que tange à propriedade urbana, a diversidade das regiões e a tipicidade de cada Município acabará por definir critérios próprios qualificadores da função social da propriedade, fixando ordenamentos jurídicos distintos conforme o interesse predominante de cada sociedade local.

Nessa direção o posicionamento de Fabio Comparato ao ensinar que “pode-se conceituar a função social da propriedade como um poder-dever do proprietário de

⁵⁰ LARENS, Karl. Tratado de derecho civil alemán: parte general, tradução Miguel Izquierdo y Macias-Picavea, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 99

⁵¹ PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada, p. 164 *apud* LOUREIRO, Francisco Eduardo. A propriedade como relação jurídica complexa. Dissertação de Mestrado PUC-SP 2001, p. 93

dar à propriedade determinado destino, vinculado a certo objetivo de interesse coletivo.⁵²

Por fim, no âmbito da função social da propriedade, merece destaque a observação produzida por Francisco Loureiro:

Há sério desvio de perspectiva daqueles que confundem função social da propriedade com simples limitações ou restrições. Basta lembrar que a mesma figura da função social serve para proteger com incentivos a pequena e média indústria. Serve para subsidiar a instalação de indústrias em determinadas regiões do país. Serve para isentar de tributos propriedades de valor histórico, preservadas ou tombadas. Serve para a concessão de crédito para a aquisição da casa própria, para impedir a penhora sobre imóveis residenciais. Em suma, fácil perceber que a função social pode servir de incremento e de incentivo a diversas formas proprietárias, ou de estímulo a determinadas condutas proprietárias socialmente relevantes.⁵³

Mecanismo para a definição concreta da função social da propriedade

A partir de 1988, inova-se com a Carta Política, vinculando-se a propriedade ao cumprimento de sua função social, mas afinal o que significa essa figura da “função social”?

No contexto do ordenamento jurídico nacional a Constituição Federal de 1988 manteve a tradição da propriedade como um direito individual, dentro da concepção liberal que identifica o direito de propriedade com o direito de liberdade de livremente dispor, elencando-a, assim, no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos, que por sua vez fazem parte dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5º, XXII).

A Constituição Federal de 1988, entretanto, ao mesmo tempo em que garante o direito de propriedade, seguindo nesse sentido a tradição das Cartas anteriores, estabelece que a propriedade atenda à sua função social (art. 5º, XXIII), desta

⁵² COMPARATO, Fabio Konder. Função Social da propriedade dos bens de produção, p. 75

⁵³ LOUREIRO, Francisco Eduardo. A propriedade como relação jurídica complexa. Dissertação de Mestrado PUC-SP 2001, p. 98

forma, não mais se esta a falar da propriedade absoluta, agora esta se encontra relativizada pela função social que deve cumprir.

A concepção de função social da propriedade não é algo novo ou estranho, ou mesmo, uma excentricidade do direito brasileiro. Juristas como Planiol, Ripert e Boulanger, na França, entre os anos de 1920 e 1930 já desenvolvem o entendimento de que:

uma concepção nova de propriedade surge, erigida em função social. Os bens são dados aos homens, que os devem usar em termos que correspondam a essa concessão. O exercício da propriedade tem por limite o cumprimento destes deveres e o desempenho de sua função. Se um indivíduo explora o bem de seu domínio fora desta órbita, afronta um dever superior e sai da linha de conduta compatível com a organização social.⁵⁴

Adotando tal entendimento nos ensina Caio Mario que:

Sem deixar de ser um direito, com as características de *facultas*, a propriedade deve ser exercida em sentido social. É o exercício daquele direito que se subordina ao interesse público, e a função social é integrante menos da definição do direito do que ligada ao seu exercício. Toda vez que se esboça um conflito entre o individual e o social, entre o direito de um dono e a conveniência da coletividade, o legislador terá forçosamente de resolvê-lo neste último sentido, ainda que com sacrifício do direito subjetivo. A utilização dos bens apropriáveis estará, pois, na linha de equilíbrio entre a faculdade reconhecida e a conveniência de todos.⁵⁵

Verifica-se desta forma que a concepção consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quanto ao princípio da função social da propriedade, é algo que já vem sendo pensado e desenvolvido nos últimos 70 anos, culminando no

⁵⁴ PLANIOL, Ripert et Boulanger. *apud*: PEREIRA, Caio Mario da Silva. Condomínio e Incorporações, 5ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 40

⁵⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Condomínio e Incorporações. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 33

ordenamento jurídico brasileiro, com a sua incorporação ao texto constitucional, porém, agora de maneira mais efetiva.

Como ensina Edésio Fernandes:

Trata-se de princípio que vinha sendo repetido por todas as Constituições Brasileiras desde a de 1934, sem que tivesse sido claramente definido ou devidamente operacionalizado por meio da criação de mecanismos e instrumentos constitucionais e legais que permitissem e garantissem o seu cumprimento. Somente na Constituição Federal de 1988, o princípio da função social da propriedade encontra uma fórmula consistente, que pode ser assim sintetizada: o direito de propriedade imobiliária urbana é assegurado desde que cumprida a sua função socioambiental, que por sua vez é aquela determinada pela legislação urbanística, sobretudo no contexto municipal.⁵⁶

A institucionalização do princípio da função social da propriedade não significa que esta agora se encontre limitada, que haja qualquer tipo de restrição ao uso, gozo ou disponibilidade. Não, o proprietário poderá dela continuar a livremente dispor, mas desde que atenda à função social, ao interesse da coletividade.

Ainda, mais uma vez, nos socorrendo dos ensinamentos de Fernandes, há de se:

compreender que o princípio da função socioambiental da propriedade não pode ser confundido com as limitações administrativas externas ao exercício do direito de propriedade imobiliária [...], o princípio constitucional [da função social da propriedade] é essencial para a própria caracterização e conformação do direito de propriedade, qualificando - por dentro - as formas de uso, gozo e disposição dos bens imobiliários.⁵⁷

Na mesma direção se posiciona José Afonso da Silva com a concepção de que:

o princípio da função social (CF, art. 5º, XXIII) é um elemento jurídico da propriedade; é, pois, princípio ordenador, incide no conteúdo do

⁵⁶ FERNANDES, Edésio. Do Código Civil ao Estatuto da Cidade. In: WAGNER JR, Luiz Guilherme Costa (coord), Direito Público. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 240

⁵⁷ Ibidem, p. 243

direito de propriedade, impõe-lhe novo conceito, dentro dessa compreensão não há como classificar a propriedade como direito civil subjetivo ou como direito público subjetivo. Impõe-se novo conceito de situação jurídica subjetiva complexa, de modo a abranger a visão global do instituto da propriedade, nessa resguarda-se o conjunto de faculdades do proprietário dentro da delimitada esfera que a disciplina constitucional estabelece.⁵⁸

Nas palavras de Karl Renner “limitações [da propriedade] dizem respeito ao exercício do direito, ao proprietário, enquanto a função social interfere com a estrutura do direito mesmo”.⁵⁹

O texto da Constituição Federal de 1988 insculpe em seu art. 5º, XXIII, uma obrigação comum a todas as formas de propriedade, no entanto, para cada qual a função social terá atribuições distintas, aplicando-se a cada uma de suas configurações uma função diferenciada (urbanização, industrial, preservação ambiental, agrícola, entre outras).

O texto constitucional, a nosso ver com acerto, não define o que seja a função social, delegando aos Planos Diretores que estabeleçam para cada Município a função social conforme a realidade local, conforme os interesses locais. Dada a diversidade de situações seria de difícil construção a enumeração das hipóteses possíveis.

Na visão que acabou prevalecente a ausência de tal definição impediria a aplicação imediata de instrumentos jurídicos e urbanísticos importantíssimos, como o imposto territorial progressivo, até que não se tivesse uma legislação regulamentadora do art.182 e 183 da CF/88.

A nosso ver agiu o legislador constituinte com acerto quando fixou a competência municipal de ordenar o seu território e assim definir a função social, conforme as exigências e peculiaridades locais, entretanto, definindo o Município a função social da propriedade, seria de rigor a automática autonomia para aplicação de instrumentos como o imposto progressivo.

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 70

⁵⁹ RENNEN, Karl. *Gli Istituti Del Diritto Privato e La Loro Funzione Sociale*, p. 65 e 66. apud: SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 71

Nas palavras de Liana Mattos:

o art. 182 da CF se constituiu em um avanço histórico inegável, mesmo sendo as normas a ela relativas condenadas a um equivocado estágio de suspensão, por mais de uma década. Esclareça-se que a interpretação jurisprudencial – e mesmo doutrinária – que acabou prevalecendo na maior parte dos tribunais dos pais, foi no sentido de se entender que a eficácia dos art. 182 e 183 da Constituição estava contida e vinculada à prévia aprovação de uma lei que determinasse as diretrizes gerais da política urbana.⁶⁰

No que tange à parte final do *caput* do art. 182, quando se estabelece o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes, percebe-se a clara conotação de norma programática que esta a definir de forma imperiosa como deve o Poder Municipal se comportar, qual o objetivo a ser perseguido com a política de desenvolvimento urbano. Nesse contexto a norma possui caráter de norma programática.

Na conformação global, o artigo 182 estabelece a competência municipal e deixa o regramento quanto à matéria tratada – desenvolvimento urbano – a cargo do poder executivo e do poder legislativo municipais. Desta forma, o artigo sob análise divide-se em duas partes quanto aos seus efeitos, no que tange à primeira parte – a competência municipal - é de eficácia plena. Já quanto à segunda parte o enquadramento não se demonstraria tão tranqüilo variando entre a eficácia contida e a eficácia limitada.

É preciso, portanto, avançar para a leitura do artigo em sua integralidade para que se apure a essência do que foi proposto pelo legislador constituinte:

Ao se elaborar a leitura conjunta o que se percebe foi a intenção do constituinte de juntar em um único artigo os enunciados relativos ao desenvolvimento urbano, alguns de execução imediata como o parágrafo 2º que trata da desapropriação, outros condicionados a disciplinamento próprio através de ordenamento jurídico específico.

⁶⁰ MATTOS, Liana Portilho. Estatuto da Cidade Comentado. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 80

Existindo um ordenamento jurídico geral, vigente por ocasião da edição da Constituição Federal, relacionado ao desenvolvimento urbano, qual seja a Lei 6.766/79, isso permitia ao Município de plano elaborar a sua legislação própria, de conformidade com as normas programáticas de função social da cidade e bem estar de seus habitantes.

No que concerne, entretanto, ao parcelamento ou edificação compulsórios, imposto progressivo e desapropriação sanção prevaleceu o entendimento da eficácia limitada do art. 182, posto que não produziria todos os seus efeitos de imediato, necessitando de uma regulamentação legislativa infraconstitucional.

Tanto é assim, que o referido artigo 182 da CF veio a ser regulamentado pela Lei 10.251/2001, o denominado Estatuto da Cidade, que passou a regradar com maior detalhamento e clareza os procedimentos para garantia de efetividade às diretrizes estabelecidas na Carta Maior.

Aqui cabe ressaltar que a Lei 10.251/01 passa a exercer o papel de norma geral a ser aplicada a todos os municípios brasileiros, sendo que em cada qual haverá a elaboração de textos regulamentadores diversos, seguindo as características peculiares de cada território e de cada comunidade.

Decorre do texto constitucional a definição do objeto e do fim a ser alcançado, mas a própria Constituição delega ao legislador ordinário, seja da esfera federal, estadual ou municipal, a tarefa de delimitar a extensão e os limites desse objeto.

No caso concreto da função social da propriedade, estabelecido entre os Direitos e Garantias fundamentais, (artigo 5º, inciso XXIII) estabelece o texto constitucional que a propriedade se encontra limitada pela função social que essa deve atender. Não resta, portanto, dúvida quanto à importância que a Constituição Federal reserva a tal conceito, entretanto, em face das peculiaridades de cada região, de cada Município e de forma respeitosa ao princípio da autonomia dos entes federativos, estabeleceu o artigo 182, § 2º, que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

Temos, nesse contexto, que compete ao Poder Público Municipal o desenvolvimento da política urbana, conforme diretrizes gerais fixadas em lei. Também a função

social da propriedade, estabelecida como princípio constitucional devera ser regrado conforme a realidade de cada município, o que devera ser expresso através da elaboração do plano diretor local.

Cabe nesse momento uma reflexão sobre os efeitos quanto à aplicabilidade jurídica da norma constitucional em especial em relação ao art. 182⁶¹, no sentido de aferir a eficácia jurídica que designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita, nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica.

Para uma análise, entretanto, que permita uma perfeita compreensão da eficácia da norma em apreço é necessário o seu desmembramento em partes, pois, a nosso ver são de várias ordens as normativas expressas.

Sobre essa ótica cabe inicialmente avaliar o *caput* do art. 182, do qual se depreende que uma parte da norma é de eficácia plena posto que a afirmação constitucional

⁶¹ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

quanto à competência para fixar a política de desenvolvimento urbano cabe ao Município. Este é um regramento sobre o qual não incide qualquer viés de dúvida.

Objetivamente quanto ao parcelamento do solo o *caput* do art. 182 não se limita a firmar a competência municipal, mais que isso, condiciona à conformidade com as diretrizes gerais fixadas em lei, nesse aspecto também a norma pode ser entendida como de eficácia plena, desde que, já existindo tal regramento geral editado nos termos da legislação federal.

Não existindo legislação geral própria haveria o Município que aguardar a edição da legislação geral que desenvolva o novo ordenamento. Nesse sentido, a classificação seria de eficácia contida em face da ausência de norma geral, indicando as qualificações necessárias e assim restringindo o âmbito de eficácia da norma.

Na hipótese de não existir diretriz geral fixada em lei, o Município poderia atuar de forma suplementar até que a legislação federal que trate dos aspectos gerais fosse editada. Nesse sentido a ausência de norma geral não limitaria a eficácia do direito do Município em editar as suas próprias leis voltadas ao desenvolvimento urbano, mesmo assim os efeitos da norma constitucional continuariam a ser de eficácia limitada posto que condicionada à edição de norma municipal.

Esta função social da propriedade não pode ser entendida como algo dissociado da função ambiental, uma não pode ser analisada de maneira independente da outra, como segmentos distintos e compartimentados, tratando-se de forma isolada um e outro conceito, adotando-se desta forma a compreensão de um conceito amplo que abarque o espectro socioambiental.

A definição adotada por cada município brasileiro, à luz da CF/88 e do Plano Diretor local é que definirá a função social para cada espaço territorial do Município. Assim essa característica da propriedade passa a ser um elemento intrínseco do direito.

Cabe, portanto, aos Planos Diretores, definir o conceito de função social em cada parte do seu território, dividindo-o em quantas partes assim o entender, e estabelecendo funções sociais diversas para cada uma.

Assim temos que a função social não é única, a cada tipo de propriedade terá ela atribuições distintas.

A formatação de tais funções sociais deve ser definida no processo de discussão e construção de consensos possíveis, com a participação de amplos setores representativos da sociedade. Evidente que neste campo de debates posições conflitantes haverão de se expor, mas é através do consenso possível que haverá de se definir as diretrizes que configuram a função social de cada região do Município.

Esta concepção de construção coletiva, fruto da interação entre distintos atores representativos de interesses diversos, aproxima-se da figura de um urbanismo concertado, que nas palavras de Carceller representa a existência de atos bilaterais, formados mediante acordo de vontades entre a Administração pública e particulares, conjugando esforços no sentido da realização de atividades urbanísticas, preferentemente, em certas situações, à técnica das prescrições unilaterais, o que dá origem ao urbanismo concertado, que se observa nos sistemas francês e espanhol.⁶²

Essa experiência da construção de um urbanismo que não seja imposto por uma única concepção técnica, mas que nasça da confluência dos diversos setores da sociedade interessados pode contribuir de forma significativa para que se encontrem soluções que melhor se coadunem com a realidade.

Evidentemente que qualquer solução construída tem de estar em consonância com o princípio da supremacia do interesse público e voltada a atender os princípios estatuídos nos art. 1º, 3º, 5º, 6º e 182/183 da Constituição Federal, focados na defesa dos direitos humanos e na construção de uma sociedade mais justa.

Exemplo de construção de urbanismo concertado pode ser encontrado no Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental de Porto Alegre, Lei Complementar nº 434, que prevê em seu art. 76:

§ 3º Na produção e implantação de parcelamento do solo ou edificações destinados a suprir a demanda habitacional prioritária ou ainda na regularização de parcelamentos do solo enquadrados como tal, será admitido o Urbanizador Social, que será o responsável pelo

⁶² FERNANDES, Antonio Carceller, *In*: José Afonso da Silva. Direito Urbanístico Brasileiro. p. 277 e ss.

empreendimento, nos mesmos termos do loteador, com as responsabilidades previamente definidas em projeto específico.

§ 4º Urbanizador Social é o empreendedor imobiliário cadastrado no Município com vistas a realizar empreendimentos de interesse social em áreas identificadas pelo Município.

A figura do denominado urbanizador social supera o modelo unilateral e tradicional de um Poder Público dirigente e centralizador que comanda todas as ações em nome da sociedade, numa concepção de que é ele o detentor de toda a autoridade, necessária e suficiente, para melhor dirimir os conflitos e reclamos da sociedade. A proposta do urbanizador social supera essa concepção e cria mais uma alternativa de construção de parceria.

Nas palavras de Betânia Alfonsin:

a idéia é atrair aquele que produz a cidade de maneira informal para projetos especiais em que ele possa continuar produzindo a cidade com o reconhecimento e a regulação do Poder Público. A estratégia pública, como se vê, passa do enfrentamento à cooptação dos agentes de produção imobiliária informal.⁶³

Supera-se desta maneira a visão prevalecente – em várias gestões da Administração Pública - da dicotomia entre ente público e particular, como elementos contrapostos e portadores de interesses inconciliáveis.

Perceba-se que aqui estamos chamando a atenção para um distanciamento entre o serviço público e o cidadão e não quanto a separação estrutural que diferencia o Direito público do Direito privado, sem confundirmos tampouco a supremacia do interesse público sobre o privado, do qual a função social, conforme acima exposto, é um bom exemplo de aplicação concreta.

O que se busca ressaltar é que o serviço público não pode perder de vista a sua função primordial que é a de atender ao cidadão, de orientar. O papel de poder de polícia não pode se confundir com o de Estado repressor autoritário, nem a

⁶³ ALFONSIN, Betânia de Moraes. Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil. Edésio Fernandes (org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 261

supremacia do interesse público pode estar a serviço da defesa de um Estado de cunho patrimonialista que passe a defender os seus interesses como se particulares fossem.

Nessa linha o posicionamento de Bandeira de Mello:

é falsa a desvinculação entre interesses individuais e interesse público, é falso supor o interesse público como interesse do Estado. A Administração Pública direta ou indireta são apenas depositários de um interesse que na verdade é o resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade. Na pessoa estatal podem se encarnar, também, interesses que não possuam a feição indicada como própria dos interesses públicos.⁶⁴

Mais uma vez citando Betânia Alfonsin, é evidente que:

as práticas públicas têm de se dar balizadas pelo marco legal. É preciso, então, investir na ampliação desse marco legal, para que a produção da cidade seja regulada e aconteça de forma sustentável em benefício da coletividade. [...] Para que isso aconteça, o papel do Poder Público tem de ser repensado. Para além da regulação é preciso intervir como agente promotor do debate público, mediador, conhecedor dos diversos atores/interesses envolvidos [atuando] como proponente de políticas que reequilibrem as distorções presentes nas arenas urbanas.⁶⁵

Nesse mesmo sentido se encontra o Provimento editado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conhecido como Projeto “More Legal”, idealizado pelo Desembargador Décio Antonio Erpen, quando Corregedor-Geral da Justiça, e consolidado através dos Provimentos nº 39/95-CGJ e nº 1/98-CGJ, com alterações posteriores introduzidas pelos Provimentos nº 17/99-CGJ e nº 28/04-CGJ, que

⁶⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 22ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 59.

⁶⁵ Ibidem p. 266 e 267

instituíram o “More Legal 2 e 3”.⁶⁶ Através dos citados Provimentos se pode observar o comprometimento do Poder Judiciário baixando regramentos de cunho administrativo de modo a melhor orientar a ação dos Serviços de Registro de Imóveis, uniformizando procedimentos, de forma a garantir maior transparência e efetividade aos processos de regularização fundiária.

Como exemplo de participação, de vários seguimentos que compõem a sociedade, no processo de construção normativa do ordenamento territorial, podemos citar os processos de elaboração dos Planos Diretores que devem ser construídos a partir da participação efetiva da sociedade, envolvendo profissionais de diversas áreas do conhecimento; de diversos órgãos públicos pertencentes a distintos entes federados; com participação popular e abertura para a construção de parcerias, identifica-se desta forma com a proposta de um urbanismo concertado. É nesse processo que se construirá o conceito de função social condizente com as necessidades e características de cada Município.

A construção participativa dos Planos Diretores é um processo importante para a consolidação de uma visão estratégica de desenvolvimento econômico e social, que possibilita a construção de cidades mais justas. Aprovada a lei do Plano Diretor, os mecanismos de controle e de acompanhamento da aplicação das políticas públicas, se fará com maior eficácia à luz da função social previamente discutida e acordada.

Essa participação encontra fundamento jurídico, além do texto constitucional, também na Lei 10.257/01 – Estatuto da Cidade - art. 39 a 42:

Art. 39 A propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à sua qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, ...

Art. 40 O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

⁶⁶ PAIVA, João Pedro Lamana. Disponível em http://www.lamanapaiva.com.br/mostra_noticias.php?id_noticias=82&id_noticias_area=1, acessado em 01.04.11

§ 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

Nos termos da lição de Spantigatti a função social da propriedade urbana:

constitui um equilíbrio entre o interesse privado e o interesse público que orienta a utilização do bem e predetermina seus usos, de sorte que se pode obter, nos modos de vida e nas condições de moradia dos indivíduos, um desenvolvimento pleno da personalidade. Nesta construção está claro que o interesse do indivíduo fica subordinado ao interesse coletivo de uma boa urbanização, e que a estrutura interna do direito de propriedade é um aspecto instrumental no respeitante ao complexo sistema da disciplina urbanística.⁶⁷

Desta forma, podemos observar que a construção da função social da cidade não é tarefa atribuída exclusivamente aos poderes executivos e legislativos de cada Município. Essa normatização deve ser fruto da participação coletiva, observando os princípios definidos na Constituição Federal, que impõem a obrigatoriedade dos Planos Diretores para as cidades com mais de 20.000 habitantes.

Dentro do processo de elaboração do Plano Diretor os aspectos inerentes ao ordenamento territorial, como zoneamento, parcelamento do solo, garantia do percentual mínimo de áreas públicas, sistema viário, integração territorial e social, entre outros, deverão ser amplamente debatidos a fim de que se construa o desenho desejado de cidade.

Nessa perspectiva, as definições das normas urbanísticas devem atuar como delineadores estruturantes, em estreita consonância com as diretrizes formuladas para a implementação da função social no Município.

⁶⁷ SPANTIGATTI, Federico. *Manuale di diritto Urbanístico*, Milão. Giuffrè Editore. 1969, p. 291-292. apud. SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros. p. 79.

As normas de parcelamento do solo construídas com tal prisma contribuirão de forma significativa para dar concretude à função social da propriedade e ao que se passou a denominar de função social da cidade.

As formas de parcelamento do solo permissíveis, os parâmetros exigíveis, o tamanho máximo de área para condomínios, a possibilidade de existência de loteamentos fechados, a garantia de acesso às áreas públicas, a possibilidade de regularização fundiária de loteamentos fechados, as exigências de compensação, são temas que devem ser amplamente discutidos no âmbito da elaboração do plano diretor de forma a permitir aferir os aspectos positivos e negativos em relação ao projeto de ordenação territorial da cidade.

O parcelamento do solo do território municipal, nas áreas definidas com finalidade urbana, é elemento essencial para definição da qualidade de vida na cidade.

Essa competência municipal para regradar o solo deverá estar contida nos limites das normas gerais de direito urbanístico e também pelas normas de caráter regional as quais se sobrepõe ao disciplinar os limites de atuação. Dentro de sua competência o Município terá ampla liberdade de definir o seu planejamento urbano e a melhor forma de ordenar o seu território.

Além dos limites de competência definidos constitucionalmente, também deverão ser obedecidos os fundamentos e os objetivos fundamentais que norteiam a República Federativa do Brasil. Sobre esse tema voltaremos a falar quando tratarmos das competências dos entes federados e das formas de parcelamento do solo.

Constata-se assim, que o texto da Constituição Federal delegou ao Município definir a função social de toda a matéria atinente ao interesse local, estabelecendo o Plano Diretor como elemento estruturador do ordenamento urbanístico local, em cujo processo de construção desse ordenamento jurídico a participação da sociedade cumpre papel de relevância central.

È esse processo de participação efetiva que tende a garantir legitimidade quanto às definições de função social adotadas.

Como os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, pelo entendimento que acabou prevalecendo, careciam de legislação infra-constitucional regulamentadora, o

processo de construção do Plano Diretor – definidor da função social no âmbito territorial do Município - acabou sendo conformado juridicamente pelas diretrizes fixadas no Estatuto da Cidade – Lei 10.257/01.

A elaboração em si do Plano Diretor não esgota a obrigatoriedade do Poder Público garantir o espaço participativo em todos os processos de discussão de elaboração do rol de leis que compõem o arcabouço jurídico capaz de garantir o direito à cidade, nesse sentido, de forma exemplificativa temos os processos de elaboração de legislações como: Lei de Uso, Ocupação e parcelamento do Solo, Lei de Regularização Fundiária.

No âmbito do desenvolvimento efetivo, que garantam concretude aos textos de lei temos exemplificativamente os processos de elaboração dos Planos de Saneamento, de Transportes, de Habitação de Interesse Social, de Proteção Ambiental, entre tantos outros, para os quais todos os setores da sociedade devem ser conclamados a participar. Participação esse que deve se dar de forma efetiva com direito a informação, acesso a dados técnicos, direito de manifestação .

Assim, o mecanismo de definição da função social não se esgota com a elaboração do Plano Diretor, ao contrário se perpetua, propiciando a consolidação de uma cultura de participação democrática.

Democratizar as decisões é fundamental para transformar o planejamento da ação municipal em trabalho compartilhado entre os cidadãos e assumido pelos cidadãos, bem como para assegurar que todos se comprometam e sintam-se responsáveis e responsabilizados, no processo de construir e implementar o Plano Diretor [e a função social da propriedade e da cidade].⁶⁸

⁶⁸ Ministério das Cidades. Plano Diretor Participativo. Guia para a elaboração pelos Municípios e cidadãos. (Coord.) ROLNIK, Raquel e PINHEIRO, Otilé Macedo.

CAPÍTULO II - COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS

A concepção de federalismo no Brasil

O Brasil é regido como uma República Federativa, modelo esse extraído da experiência de constituição federalista adotado pelos Estados Unidos da América. As características distintas entre os dois processos de formação do federalismo acabam por compor cenários próprios e tempos diversos de maturação e apropriação pela sociedade brasileira.

Nos Estados Unidos a federação resulta da unificação dos estados independentes, que em face de seu histórico de autonomia, mas em prol de um interesse maior, resolveram constituir um único Estado, abrindo mão cada qual de sua soberania, zelando, entretanto, com empenho pela garantia de suas competências e relativa autonomia, em face da nova estrutura de poder central criada.

A história do Brasil é distinta, posto que, desde o início nasce com um território único, unificado sob o amálgama da Coroa Portuguesa a quem todo o território pertencia.

As invasões de franceses ou holandeses, bem como as diferenças regionais derivadas das lutas intestinas pelo poder, não foram ao longo de séculos capazes de causar um grau de ruptura ou independência que possibilitasse a criação de sub-estados autônomos. A proclamação da independência é realizada pelo próprio príncipe regente e em nome de toda a nova nação.

Nesse sentido o sentimento de soberania, de independência ou mesmo autonomia das províncias não se fazia presente na estrutura de divisão do poder político no território do Brasil.

Com a proclamação da república em 1889, o Brasil passa a adotar o regime republicano, adotando uma concepção de governo calcada na idéia da “Rês pública” ou a coisa pública, concepção essa que se opunha ao poder centralizador imposto pela forma de governo monárquica representada pelo Império.

A Federação brasileira surge como uma figura importada que pouco ou nada tem a ver com a história da formação do Estado brasileiro. Os estados-membros no Brasil têm a concepção de uma divisão administrativa, inicialmente denominadas na época do Império como províncias, com os governadores indicados pelo poder-central, com autonomia para gerir a administração daquele território.

Partimos assim de uma realidade de Estado único, desta forma a idéia de federação não encontra o eco necessário por ocasião da formação da República do Brasil.

Em que pese as evidentes diferenças regionais, representavam essas os interesses próprios de grupos econômicos que se constituíram em ilhas de poder, que prezavam por uma concepção de maior autonomia em relação ao poder central, na defesa dos seus interesses.

Essa realidade levou à constituição de uma estrutura teoricamente federativa, mas de fato extremamente centralizadora.

Conforme bem analisou Raul Machado Horta em seu estudo sobre a evolução das relações de cooperação financeira entre o governo Federal e os Estados-membros, o poder central no Brasil desde a proclamação da República até pelo menos 1963 exerce uma “ingerência nas intimidades da auto-administração estadual, para devassar, com as minúcias constrangedoras do credor implacável, a vida e os atos do devedor angustiado”.⁶⁹

Bem se vê que a estrutura de respeito à autonomia estadual se encontra longe de ser o ideal, posto que, sem recursos próprios para a auto-gerência a autonomia se enfraquece e se esvai, fortalecendo-se de modo desproporcional o poder de interferência do governo central.

Defende Horta, como remédio para o fortalecimento do pacto federativo:

O desenvolvimento de sistemas de relações inter-governamentais capaz de elaborar decisões fundadas na participação e no assentimento recíproco das partes diretamente interessadas na convivência federativa [...] É necessário estimular esses contatos

⁶⁹ HORTA, Raul Machado. A autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional Brasileiro. Belo Horizonte, 1964, p. 307

agremiadores, que se integram na fisionomia de um federalismo cooperativo.

Reflete essa situação um quadro de federalismo débil, com estados-membros altamente submissos e um poder central extremamente controlador, afetando assim a autonomia estadual.

A experiência de um período histórico de ditadura militar provocou um recrudescimento das relações entre o poder central e os poderes locais com o fortalecimento do centralismo e uma maior intervenção nos desígnios dos entes federativos.

Para o fortalecimento do federalismo é necessário que no âmbito da lei maior do país estejam previstas de forma clara a distribuição de competências entre União e Estados, de modo a que se tenha um grau de autonomia capaz de permitir a cada estado o seu auto gerenciamento, aliado a mecanismos de controle que passam necessariamente por uma representação legislativa forte e proporcional e um controle quanto a constitucionalidade das leis.

O processo de formulação presente na Assembléia Nacional Constituinte, da qual se originou a Constituição Federal de 1988, debateu com grande ênfase a questão da distribuição de competências entre os entes federativos e os mecanismos que permitissem construir uma inter-relação de equilíbrio, garantindo-se a existência de uma autonomia harmoniosa.

Presente se encontra a preocupação com a repartição de competências, evidenciando-se uma posição “favorável à modificação da estrutura federativa, no sentido de uma descentralização maior que levasse à recuperação das autonomias periféricas”, adotando-se uma “fórmula que recomendava uma descentralização gradual, facilitada pela criação de uma esfera comum de competências legislativas e materiais”.⁷⁰

Do relatório da Subcomissão da União, criada durante os trabalhos constituintes, se extrai que “não obstante a procedência dos argumentos e a legitimidade da pretensão dos Estados e Municípios, é preciso ter em vista que a centralização constitui um processo histórico ao longo do tempo. Esta realidade não pode ser nem

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. A Repartição de Competências na Constituição Brasileira de 1988. p. 65

escamoteada, nem desconsiderada na avaliação da estratégia de recuperação das autonomias periféricas”.

A divisão harmoniosa dos três poderes permite a existência e fortalecimento de um sistema em equilíbrio, garantidor da manutenção das competências e autonomia garantidas constitucionalmente a cada Estado-membro.

Nesse estudo pretendemos analisar os aspectos da competência, em específico aqueles voltados à competência do Município para gerir o seu ordenamento territorial e legislar sobre aspectos urbanísticos.

Com tal objetivo passamos a analisar o pacto federativo à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual alçou o Município à qualidade de ente federativo, com autonomia própria.

Das características do federalismo

O significado da palavra Federação é de aliança, de pacto, de união, assim somente é possível promover uma aliança, uma união ou um pacto entre seres distintos, entre diversos. É, portanto, da essência da federação a existência de entes autônomos.

A autonomia, em um Estado como o brasileiro somente ocorre a partir do momento que se tenha uma descentralização do poder, uma distribuição do mesmo, de tal forma a que se tenha personalidades capazes de celebrar um pacto, uma união.

A caracterização de um Estado Federal deve atender a uma série de requisitos identificadores, o primeiro diz respeito à autonomia dos entes federados que se for apenas de âmbito administrativo não estará a caracterizar uma federação, pois esta concepção não permite ao Estado-membro possuir condições de seu auto-gerenciamento de forma plena, tomando as decisões que regem o seu auto funcionamento.

É necessário, portanto, estarmos frente a entes federativos possuidores de uma autonomia política, aquela capaz de conferir aptidão para inovar a ordem jurídica.

É inconcebível a pretensão de se falar em federalismo sem que se tenha a clareza da necessidade de se garantir a autonomia assegurada às unidades federadas por meio do respeito às vontades parciais, o que se expressa na capacidade legislativa.

A autonomia só existe efetivamente se ocorrer de forma conjunta a descentralização do poder, sendo de extrema importância que essa autonomia e descentralização estejam asseguradas no texto constitucional, de modo a garantir a sua existência efetiva e reduzir de forma expressiva a possibilidade da sua supressão.

Para Michel Temer “descentralizar implica a retirada de competências de um centro para transferi-las a outro, passando elas a ser próprias do novo centro. Se fala em descentralização administrativa quer-se significar a existência de novos centros administrativos independentes de outros. Se a referência é descentralização política, os novos centros terão capacidade política”⁷¹

Nas palavras de Luiz Araújo “o Estado Federal é composto de partes autônomas, de vontades parciais, que devem se relacionar entre si e com a vontade central.”⁷²

A precisa definição adotada por Jefferson quanto a repartição de competências entre duas esferas de poder: “de que não seja feito pelo governo geral o que as autoridades locais são competentes para realizar, nem por qualquer poder governamental o que os indivíduos por si só são capazes de conseguir”⁷³, na sua aplicação prática encontra enorme dificuldade, sendo necessário uma estruturação constitucional clara e mecanismos garantidores da descentralização e autonomia, o que, em geral, passa pela definição das competências da ordem central, reservando-se para as ordens parciais as competências restantes.

Conforme nos ensina Araújo “inegavelmente, que a descentralização política leva a uma distribuição de competências que, em regra, enumera as da ordem central, reservando para as ordens parciais as competências restantes”.⁷⁴

⁷¹ TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional, 10ª ed. Ed. Malheiros. São Paulo, p. 55-56

⁷² ARAUJO, Luiz Alberto David. Coord. Celso Bastos. Por uma nova federação - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 40

⁷³ MAXIMILIANO, Carlos. Comentários da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Editora Jacinto Ribeiro dos Santos, 1918

⁷⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David. Coord. Celso Bastos. Por uma nova federação - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 41

Esta repartição de competências deve estar definida no texto constitucional, posto que, se fixada em legislação ordinária a alteração da repartição seria de forma mais fácil alcançada, pondo todo o sistema em uma situação de insegurança jurídica.

Podemos afirmar que “o Estado Federal tem autonomia, que é revelada através de uma repartição constitucional de competências, como forma de manter o equilíbrio e o pacto federativo”.⁷⁵

O Município como ente federativo

Ainda que calcado em um modelo importado de federalismo, o desenvolvimento histórico da sociedade brasileira acaba por impingir ao sistema federativo nacional características próprias, dentre essas vale destacar a figura do Município como ente federativo, é o que se extrai do artigo 1º da CF, “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e o Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”.

Também no artigo 18 da Constituição Federal vamos encontrar estatuído que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos nos termos desta Constituição”.

Temos assim, que a Constituição Federal de 1988 elevou o Município à categoria de ente federativo, o que por muitos era defendido (Hely Lopes Meirelles e Lordelo de Melo) e o que aos olhos de outros se revela como uma atipicidade que desnaturaliza a concepção de federalismo dual, com duas órbitas de governo, a central e as regionais.

Reconhecendo o legislador constituinte a importância que a representação municipal apresenta no cenário político nacional foi esse alçado à condição de instância político-administrativa, passando a contar com instrumentos constitucionais protetivos à sua definição de competência própria e autonomia administrativa.

⁷⁵ Ibidem, p. 42

Dentre os dispositivos constitucionais de proteção à autonomia municipal podemos citar o art. 34, VII, “c”, que permite a intervenção federal em Estado que venha desrespeitar o princípio constitucional da autonomia municipal.

A consagração da autonomia municipal no texto constitucional é a garantia de que não poderá essa ser atacada ou reduzida por meio de legislação ordinária. Encontrando-se o Município na estrutura da Federação Brasileira, a sua esfera de competência e autonomia se encontram também protegidas pelo art. 60, § 4º, I, que estabelece que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado.

A forma federativa do Estado brasileiro incorporou o Município como ente federativo, atribuindo-lhe autonomia, ou seja, o poder de gerir os próprios negócios, dentro de um círculo pré-fixado pelo ordenamento jurídico, bem como, estabelecendo as suas competências.

Nas palavras de Celso Bastos “o Município pode ser definido como pessoa jurídica de direito público interno, dotado de autonomia assegurada na capacidade de auto-governo e da administração pública [...] a Constituição Federal estabelece uma verdadeira paridade de tratamento entre o Município e as demais pessoas jurídicas, assegurando-lhe autonomia de governo, de administração própria e de legislação própria no âmbito de sua competência (arts. 29, I e 30 e incisos)”.⁷⁶

Essa autonomia municipal se constrói sobre quatro pilares básicos: 1) capacidade de auto-organização, mediante elaboração de lei orgânica própria; 2) capacidade de auto-governo (eletividade de Prefeitos e de Vereadores); 3) capacidade normativa própria ou competência para elaboração de leis municipais sobre áreas que são reservadas à sua competência exclusiva e suplementar; 4) capacidade de auto-administração (para manter e prestar os serviços de interesse local).⁷⁷

No Brasil a autonomia político-administrativa dos Municípios já encontra previsão legal desde a primeira Constituição Republicana de 1891, como se extrai de seu art. 68: “os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse”.

⁷⁶ BASTOS, Celso Ribeiro de. Curso de Direito Constitucional, 21ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 311.

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 622

A Constituição Federal de 1988 vem consolidar esse reconhecimento histórico da presença marcante do Município na composição federativa, outorgando-lhe, no entanto, maior eficácia em sua autonomia ao lhe conferir capacidade de auto-organização, estabelecendo por meio do art. 29 a competência para elaboração da sua própria lei orgânica; autogoverno caracterizado pela eleição de Prefeito e Vereadores; capacidade de auto-legislação e auto-administração.

A esfera de competência de atuação municipal passa a ser enumerada através do art. 30 da Constituição de 1988, estabelecendo o inciso I o conceito de reserva de interesse local para fins de elaboração legislativa sob toda e qualquer matéria que diga respeito aos limites desse interesse. Segundo Diogo de Figueiredo, essa reserva “autoriza a edição de quaisquer leis em que predomine este interesse. [...] A predominância [do interesse local] e não a exclusividade continua sendo a justa interpretação desse novo conceito que substitui o tradicional peculiar interesse, que remontava ao artigo 68 da primeira Constituição republicana.”⁷⁸

Na concepção de Celso Bastos:

[...] interesse exclusivamente municipal é inconcebível, inclusive por razões de ordem lógica: sendo o Município parte de uma coletividade maior, o benefício trazido a uma parte do todo acresce a esse todo. Os interesses locais dos Municípios são os que entendem imediatamente com as suas necessidades imediatas, e, indiretamente, em maior ou menor repercussão, com as necessidades gerais.⁷⁹

Existe certo consenso na doutrina quanto ao entendimento de que as competências próprias dos Municípios são aquelas relativas aos assuntos de predominante interesse local, o que ocorre, porém, por vezes, é a dificuldade de enquadramento, quando o delineamento entre norma geral e interesse local, não se encontrarem definidos com clareza suficiente. Em tais situações podem ocorrer controvérsias quanto a definição dos limites legislativos e de execução.

⁷⁸ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Competência concorrente limitada. O problema da conceituação de normas gerais. Revista de informação legislativa. Brasília, ano 25, nº 100, out/dez 1988, p. 140

⁷⁹ BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 277

Além da competência privativa para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I), também compete ao Município suplementar a legislação federal e estadual no que couber (art.30 II), tanto no âmbito da legislação privativa quanto da legislação concorrente.

Das características das diversas competências constitucionais

Para uma melhor compreensão da divisão e atribuição de competências a cada ente federado é necessário termos clareza quanto a definição de alguns conceitos, de forma a facilitar a manutenção de um equilíbrio na atuação das entidades políticas autônomas.

No campo das competências privativas de cada um dos entes federativos, não há que se falar em norma geral, posto que não há necessidade de se especificar uma divisão das normas por categorias. Na competência privativa o ente federado fica responsável por reger a matéria em seu espectro integral, tratando tanto dos aspectos gerais quanto específicos, esgotando-a.

Temos assim que as competências constitucionais podem ser privativas quando sua matéria é estabelecida constitucionalmente como pertencente a uma determinada entidade política, podendo ser concedida a delegação para outra entidade e também ocorrer o exercício da atividade suplementar (art. 22, CF).

Segundo as palavras de Fernanda Almeida “as técnicas de competência resultam basicamente da combinação diversa entre poderes enumerados, remanescentes e concorrentes. [...] Já a utilização de competências concorrentes é própria do federalismo cooperativo. Neste se pretende uma atuação coordenada dos entes federativos, com o que é compatível uma repartição vertical de poderes”.⁸⁰

Tratando da matéria da distribuição da Carta Magna, Manoel Ferreira assim se manifesta:

⁸⁰ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. Competências na Constituição de 1988, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 32 e 34

A repartição de competências entre enumeradas e remanescentes, que a doutrina convencionou denominar de “repartição horizontal, típica do federalismo dual, separa radicalmente, a competência dos entes federativos, por meio da atribuição a cada um deles de uma “área” própria, consistente em toda uma matéria (do geral ao particular ou específico), a ele privativa, a ele reservada, com exclusão absoluta da participação, no seu exercício, por parte de outro ente. [...] a índole da repartição vertical de competências é a de dividir uma mesma matéria, em diferentes níveis, entre diversos entes federativos. Assim, uma mesma matéria é atribuída concorrentemente a entes diversos, sempre, porém, em níveis diferentes: a um se atribui o estabelecimento de normas gerais, a outro o de normas particulares ou específicas, [...] relativamente a uma só e mesma matéria concorre a competência de mais de um ente político.⁸¹

A competência constitucional também pode ser exercida de forma comum, ou seja, as entidades federativas deverão ser responsáveis pela promoção de políticas públicas no mesmo nível de igualdade, sem que o exercício dessa competência por parte de um ente federativo venha excluir a competência do outro (art. 23, CF).

Ao se tratar das matérias que constitucionalmente exigem uma distribuição de competência legislativa sobre a mesma matéria, então sim se apresenta a necessidade de especificar qual o grau de atribuição à União, aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Utilizando-nos da lição de Nelson Saule, “o princípio que norteia a repartição de competências é o da predominância do interesse, no qual à União cabe as matérias e questões de predominante interesse nacional e internacional, aos Estados as matérias e assuntos de interesse regional, e aos Municípios compete os assuntos de interesse local”.⁸²

A competência pode ser concorrente quando possibilita a mais de um ente federativo legislar sobre a mesma matéria, nesse caso para que não haja sobreposição de atividades, competirá à União limitar-se a editar normas gerais,

⁸¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990, vol.1, p. 155 e 189

⁸² SAULE JUNIOR, Nelson. Novas perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro. O ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do Plano Diretor. Ed Sérgio Antonio Fabris. Porto Alegre, 1997, p.78

podendo os Estados e o Distrito Federal exercer atividade suplementar em face da ausência de legislação federal que regule a matéria. Editada legislação federal específica fica suspensa a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrária.

A competência suplementar “confere o poder de legislar formulando normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais estabelecidas sobre uma matéria, ou que venham a suprir a ausência ou omissão destas. O Município tem competência para suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, .nesse caso pode legislar suplementarmente sobre matérias previstas no âmbito das competências comum e concorrente como meio ambiente, educação, cultura, saúde e direito urbanístico.

O Município com base nessa competência suplementar pode exercer o poder de legislar na inexistência de lei federal que deverá dispor sobre normas gerais referentes a matéria ou lei estadual, cabendo, no entanto, respeitar essas legislações quando existentes.”⁸³

Essa competência do Município para legislar em face da inércia legislativa da União ou do Estado na prática é bastante restrita, posto que somente cabível nos casos em que a atuação da União é imposição clara do texto constitucional e a sua ausência afeta diretamente o interesse local.

A expressão “suplementar” não pode ser compreendida somente no seu caráter de suprir a ausência, na realidade o caráter prevalecente da expressão competência suplementar diz respeito à competência do Município para complementar a legislação federal ou estadual, de forma a atender no que couber ao seu interesse local.

Competência da União – normas gerais

Estabelece o art. 24, § 1º, da CF/88 que compete à União, no âmbito da competência legislativa concorrente editar normas gerais.

⁸³ Ibidem, p. 80. Nesse sentido também se posiciona José Afonso da Silva in Curso de Direito Constitucional Positivo, 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.504

Para José Afonso da Silva o conceito de norma geral diz respeito àquelas que traçam diretrizes, não cabendo distinguir entre normas e diretrizes, considerando-se o alcance de tais preceitos, possuindo um status de legislação principiológica.⁸⁴

Já Ferreira Filho se manifesta no sentido de que “pode-se afirmar e corretamente, que normas gerais são princípios, bases, diretrizes que hão de presidir todo um subsistema jurídico”.

Outrossim, no mesmo sentido se posiciona Raul Machado Horta ao afirmar que “A repartição de competências conduziu à técnica da legislação federal fundamental de normas gerais e de diretrizes essenciais, que recai sobre determinada matéria legislativa de eleição do constituinte federal”⁸⁵

Nas palavras de Fernanda Almeida:

o grande problema que se coloca, a propósito, é o da formulação de um conceito de normas gerais que permita reconhecê-las na prática, com razoável segurança, já que a separação entre normas gerais e normas que não tenham esse caráter é fundamental. De fato, no campo da competência concorrente não-cumulativa, em que há definição prévia do campo de atuação legislativa de cada centro de poder em relação a uma mesma matéria, cada um deles, dentro dos limites definidos, deverá exercer a sua competência com exclusividade, sem subordinação hierárquica.⁸⁶

Na conceituação adotada por Diogo Figueiredo:

Normas gerais são declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitadas pelos Estados-Membros na feitura de suas legislações, através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 502

⁸⁵ HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional, Belo Horizonte, Del Rey, 1995, p. 366

⁸⁶ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. Competências na Constituição de 1988, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 128

imediatamente, às relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos.⁸⁷

A dificuldade maior esta em alguns casos definir se a matéria abordada e regradada pelo ente federativo se encontra dentro da sua esfera de competência.

No presente estudo, particularmente interessa saber se compete à União definir quais são as tipologias de parcelamento do solo; se a fixação de tais parâmetros concretos não estaria a ferir o que se entenda por competência apenas para fixar parâmetros principiológicos; se essa relação de tipos se trata de um caso típico de *numerus clausus* ou se permite aos Municípios estabelecer, dentro de um arco de liberdade admissível, alterações a esses modelos federais.

De forma mais concreta trataremos desses questionamentos mais adiante quando tratarmos das formas de parcelamento. Neste ponto, entretanto, entendemos importante frisar o entendimento esposado, do qual decorrerão as conclusões futuras.

O entendimento de que as normas gerais devem possuir caráter de declarações principiológicas, de diretrizes, pode a princípio conduzir à dedução equivocada de que à União não compete estabelecer parâmetros concretos, definir modelos, escolher um rol de tipologias de parcelamento do solo que deverão ser aplicadas de forma uniforme em todo o território nacional.

Entendemos que não é esse raciocínio limitador que deve imperar quando se sustenta, de forma correta, que as normas gerais devem possuir a conotação de princípios e diretrizes.

Ao se estabelecer a competência da União para fixar as normas gerais sobre direito urbanístico (art. 21, XX, combinado com art. 23, IX e art. 24, I, da CF/88), não pretende a Constituição Federal que a União se limite a estabelecer princípios e diretrizes de âmbito tão geral que praticamente venha a repetir o que o texto da Carta maior já dispõe.

⁸⁷ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Competência concorrente limitada. O problema da conceituação de normas gerais, in Revista de Informação Legislativa, Brasília, nº 100, out/dez. 1988, p. 159

Os princípios e diretrizes fixados pela norma geral devem oferecer parâmetros concretos e objetivos, a fim de dirimir dúvidas e estabelecer padrões a serem adotados em todo o território nacional.

Nessa perspectiva a norma geral a ser editada deve conter balizadores concretos que condicionem o comportamento da sociedade, uniformizando as ações do Poder Público, conferindo maior segurança jurídica.

Exemplos de normas gerais no âmbito do parcelamento do solo e que não se configuram como invasão do espaço de autonomia reservado a Estados, DF e Municípios, pode ser verificado nos seguintes ordenamentos:

- 1) Lei 6.766/79 que estabelece o regramento geral de parcelamento do solo para fins urbanos, fixando entre outros pontos: as tipologias de parcelamento do solo admissíveis; critérios gerais onde esses podem ser implantados; situações em que esses devem ser vetados; exigências de reserva de áreas públicas; limitação ao tamanho de lote mínimo; relação de obras mínimas a serem exigidas; elementos técnicos a serem apresentados. Além desses aspectos aborda outros e ingressa em disposições que extrapolam o parcelamento do solo, saindo da área do Direito Urbanístico e promovendo a necessária correlação com o Direito Registral (art. 18 – registro do loteamento); Direito Civil (art. 25 – dos contratos); Direito Administrativo (art. 37 – vedada a venda de parcelamento do solo não registrado); Direito Penal (art. 50 – constitui crime contra a Administração Pública).
- 2) Lei 10.257/01 – Estatuto da Cidade – Regulamenta os arts. 182 e 183 da CF/88 e estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo e regra a aplicação de vários instrumentos jurídicos, delimitando cada qual e desta forma indicando os limites de atuação do Poder Público municipal, mas principalmente estabelecendo novas possibilidades de atuação do Município para a ordenação de seu território, assim disciplina a aplicação do parcelamento e edificação compulsórios (art. 5º); o IPTU progressivo (art. 7º); o direito de superfície (art. 21); o direito de preempção (art. 25); a outorga onerosa do direito de construir (art. 28); transferência do direito de construir (art. 35); a

exigência de Plano Diretor (art. 39); a obrigatoriedade de gestão democrática (art. 43).

- 3) Lei 11.977/09 – Regulamenta a Regularização Fundiária a partir do art. 46, estabelecendo que o Município poderá dispor sobre o procedimento de regularização fundiária em seu território, observado o disposto nessa Lei e na Lei 10.257/01. Verifica-se aqui uma aparente limitação ao direito do Município de dispor sobre o seu ordenamento territorial, a qual não ocorre em face de que as limitações impostas são aquelas que se encontram dentro do âmbito das normas gerais, as quais fixam os procedimentos comuns a serem adotados de forma uniforme por todos os Municípios, sem que esses percam a sua autonomia para, respeitadas as normas gerais, fixar os parâmetros e procedimentos que melhor se coadunarem como o interesse local. Além disso, a legislação em tela vem ampliar os horizontes tão reclamados pelos Municípios, no sentido de que muitas vezes lhes faltava o respaldo legal ou diretrizes claras quanto aos procedimentos adequados.

Nesse diapasão é que deve ser compreendido o universo de abrangência das normas gerais, contendo princípios e diretrizes que orientem de forma concreta as ações de forma geral uniforme, assegurando aos demais entes o exercício da sua autonomia.

Competência legislativa concorrente

Na conceituação adotada por Manoel Ferreira⁸⁸ há duas espécies de competência legislativa concorrente: a cumulativa – identificada sempre que não exista limites prévios para o exercício da competência por parte de um dos entes federativos (havendo contradição entre uma norma estadual e uma norma federal prevalece a norma da União); a não cumulativa – que estabelece a chamada repartição vertical, ou seja, dentro de um mesmo campo material (concorrência material), reserva-se um

⁸⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990, vol.1., 1990, p. 189

nível superior ao ente federativo mais alto (União), que fixa os princípios e normas gerais.

Outra concepção em relação à competência legislativa concorrente é aquela adotada por Diogo Figueiredo, pela qual, divide-se em: a) competência concorrente clássica “caracterizada pela disponibilidade ilimitada do ente central de legislar sobre a matéria, até mesmo podendo esgotá-la, remanescendo aos Estados o poder de suplementação em caso de ausência de norma federal, ou de complementação acaso por ela deixada”. Aplica-se esta aos casos em que a União não se limita a baixar normas gerais, podendo tratar do campo das especificidades. b) competência concorrente limitada – quando União e Estados legislam limitadamente, a União limitando-se a baixar diretrizes, normas fundamentais ou normas gerais e os Estados as normas específicas e de aplicação. Coincide a competência concorrente limitada com a competência não cumulativa.

O entendimento prevalecente na doutrina pátria é de que havendo choque entre normas federais e estaduais no campo da concorrência cumulativa, prevalecem as regras da União em face do primado do interesse nacional, de modo a se valorizar a integração da nação.

Para Alaor Caffé, na competência concorrente cumulativa:

há o concurso de competências sob o mesmo título ou sob a mesma rubrica, porém discriminadas sob aspectos diferentes pelo fato de cobrirem finalidades diversas. Exemplo dessa situação é a que temos na Região Metropolitana de São Paulo, pela aplicação da legislação de proteção aos mananciais. O Estado é competente, em nome do interesse metropolitano, para aplicar disposições referentes a índices urbanísticos, com objetivo de condicionar as atividades particulares aos propósitos daquela proteção. Entretanto, essa faculdade não exclui a do município para aplicar disposições legais da mesma natureza, com objetivos diversos, inscritos em matéria de seu peculiar interesse. Em caso de discrepância entre tais dispositivos, prevalece a prescrição mais restritiva, não em razão de hierarquia das leis, que na hipótese vertente não existe, mas sim de

sua eficácia, tendo em vista que o administrado está sob o influxo de duas ordens jurídicas autônomas, devendo subordinar-se a ambas.⁸⁹

Da exposição supra, pode-se extrair que a definição de limites de competência e o papel a ser desempenhado por cada um dos entes federados, não é matéria que se apresenta de fácil solução, assim para cada situação haverá que se analisar quais os interesses públicos presentes à luz dos preceitos constitucionais, de tal modo a poder melhor definir os limites da esfera de competência.

Entendemos que cabe razão a Alaor Caffé quando da necessidade de fixação de parâmetros urbanísticos para regiões que devem ser protegidas por serem áreas de mananciais. Nessa hipótese, no que tange à proteção ambiental das fontes de água e reservatórios voltados ao abastecimento de água, os parâmetros urbanísticos devem refletir essa preocupação, assim, por princípio os índices mais restritivos é que devem ser obedecidos, dentro da conceituação da prevalência do interesse público. Como todos os entes federados têm competência para legislar sobre direito urbanístico (art. 24, I cc art. 30, I e II), matéria essa de competência legislativa concorrente, cada qual em sua esfera de atuação, deverá ser obedecido o critério que melhor proteja o interesse público. No caso concreto, supra exemplificado, os parâmetros de índices urbanísticos adotados para proteção de terras de mananciais (mais exigente), estabelecidos por legislação estadual, deve prevalecer sobre os índices municipais em que pese a prerrogativa do Município de promover o adequado ordenamento territorial. Ocorrendo, entretanto, de serem os parâmetros mais restritivos serão esses que deverão ser adotados.

Na situação das áreas de proteção de mananciais não se encontra em jogo apenas a questão habitacional e o planejamento quanto a ocupação territorial, também prevalece a questão ambiental em todos os seus reflexos sobre a qualidade de vida da cidade.

No que tange, entretanto, aos processos de regularização fundiária em áreas de proteção de mananciais os parâmetros flexibilizados deverão ser construídos de forma concertada, de modo que se tenha amparo nas três esferas de governo para que se possam utilizar índices urbanísticos especiais, de forma a atender os aspectos ambientais em união com os parâmetros urbanísticos mínimos.

⁸⁹ ALVES, Alaor Caffé. Planejamento e federação. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. vol. 6, 1975, p. 244

Outra situação distinta, envolvendo disputa de competência entre Estado e Municípios, pode ser visualizada no conflito para a localização física de aterro sanitário que venha atender às necessidades de um conjunto de Municípios, neste caso, independentemente dos interesses de cada Município deverá predominar a decisão adotada pelo Estado, na defesa de uma solução regional, prevalecerá, portanto, o interesse regional sobre o local.

Evidente que decisões que venham onerar de forma mais perversa um Município em benefício dos demais e em nome do interesse público maior, não poderão ser impostas unilateralmente. Ao contrário, o princípio do pacto federativo e o modelo de federalismo solidário exige que se busque a construção de soluções concertadas, ou seja, fruto de extensas negociações em que se possa aplicar mecanismos compensatórios que deverão ser arcados de forma proporcional por cada um dos entes envolvidos.

Verifica-se assim, que em um determinado contexto prevalecerá a disposição legal mais restritiva, desde que isso não signifique invasão de competências próprias, noutra situação sobrepõe-se o interesse regional sobre o local, bem como o nacional sobre os demais.

Importante ressaltar, entretanto, que tanto em uma situação como outra não é o interesse local que se impõe, apesar do poder outorgado constitucionalmente ao Município para promover o ordenamento territorial.

Além do artigo 24 da atual Carta Magna, a competência legislativa concorrente também se extrai do texto do art. 22 em seus incisos IX, XXI, XXIV e XXVII, que apesar ter em seu *caput* a previsão dos casos de competência privativa da União, deixa expresso nos incisos citados que essa atribuição se restringe a diretrizes, portanto, deixando o disciplinamento regional e local a cargo dos outros entes, no que lhes couber.

Identifica-se também no art. 21 que trata da competência material da União, em seus incisos XX e XXI, a imputação de atribuição para fixar diretrizes e princípios, abrindo-se espaço para o exercício da competência legislativa concorrente não cumulativa.

Observadas as normas gerais fixadas pela União, compete aos Estados desenvolver a legislação suplementar específica, adaptando as diretrizes gerais à realidade

regional, de modo a dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais da República, sem que com isso venha a invadir a esfera de competência da União ou dos Municípios.

Competência suplementar dos Estados

No exercício da competência legislativa concorrente a competência da União se restringe à edição de normas gerais (art. 24, § 1º, CF/88).

O art. 24, § 2º, da Constituição Federal, estabelece para o Estado a possibilidade de suplementar a legislação federal, especificando a sua aplicação prática no âmbito do seu território, sem se desprender dos limites constitucionais.

Tem acolhido a doutrina uma distinção entre a competência dos Estados para legislar de forma a suplementar ou de forma a complementar as normas gerais editadas pelo poder central, sendo que no primeiro caso o Estado poderia legislar no vácuo deixado pela União, ou seja, em face da ausência de normas gerais (art. 24, § 3º), a segunda figura estaria contemplada no art. 24, § 2º (em que pese a redação), firmando o amparo para que os Estados e o DF possam promover um detalhamento das normas gerais, adaptando-as à sua realidade local.

Competência suplementar do Município

Apesar do art. 24 da Constituição Federal não incluir a figura do Município na relação dos entes federativos habilitados ao exercício da competência legislativa concorrente, essa aparente exclusão se encontra sanada pela inclusão do art. 30, II, que prevê a competência municipal para suplementar a legislação federal e estadual no que couber.

Como salientamos anteriormente a compreensão da expressão competência suplementar deve ser entendida no sentido de possibilidade de assumir o papel legislador da União ou do Estado quando esses não se mobilizem para regulamentar a legislação necessária.

O papel central do Município diz respeito à sua capacidade de complementar a legislação naquilo que couber.

No âmbito do direito urbanístico o Município possui um importante papel regulamentador quanto ao uso e ocupação do solo, entretanto, não pode inovar na formatação de novas tipologias de parcelamento do solo sob pena de estar a invadir a competência dos demais entes federativos.

Competência dos Entes Federativos para legislar sobre parcelamento do solo

O artigo 21, XX, da Constituição Federal informa que compete à União instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, já o artigo 24, inciso I, informa que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico.

O artigo 30 do texto constitucional estabelece em seu inciso I, que compete aos municípios: legislar sobre assuntos de interesse local. O inciso VIII, do mesmo artigo estabelece que compete ao município promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

No mesmo diapasão o artigo 182 estabelece que “a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretriz geral fixadas em lei tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes”.

Prevê ainda o parágrafo 1º, do mesmo artigo 182, que “os planos diretores, aprovados pela Câmara Municipal, obrigatórios para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”.

A leitura isolada do artigo 24 poderia levar a interpretação de que o município, como ente federativo, teria afastada a competência para legislar sobre direito urbanístico. Essa concepção se encontra manifestamente incorreta posto que a análise do texto

constitucional deve ocorrer de forma sistemática, analisando-se o conjunto do regramento constitucional que incide sobre a matéria objeto de análise.

Ao se abordar a questão da repartição de competências, da atribuição a cada ente federativo e da autonomia da qual cada um deve dispor em relação ao outro, devemos ter claro que à União cabe disciplinar os aspectos gerais no que tange às questões urbanísticas. Pelo texto constitucional compete aos Municípios legislar sobre assunto de interesse local. Aos Estados restaria a denominada competência residual, que concretamente é aquela atinente ao interesse regional que supera o interesse local e extrapola os limites territoriais do Município, passando a ser de interesse de toda uma região.

Ao se fazer a leitura do texto constitucional, a partir do art. 25, que trata dos Estados Federados, podemos observar que é mínima a previsão expressa quanto a competência Estadual para legislar, cabendo – lhe instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

A maior parte da competência estadual encontra-se disciplinada no artigo 24, onde de forma concorrente poderá o Estado legislar sobre varias matérias, entretanto, sempre atuando nos limites do campo residual, aquele existente no espaço não ocupado pelas esferas de competência da União e do Município.

Na prática, o que se observa ao se aplicar a divisão por competências é por vezes a existência de zonas cinzentas, que dificultam delinear a perfeita divisão entre o que seja matéria geral, competência residual e interesse local.

Objetivando atender ao escopo do presente trabalho, dentre a diversidade de normas jurídicas abarcadas no campo do Direito Urbanístico, interessa-nos dedicar especial atenção às normas atinentes ao parcelamento do solo e à atribuição de competência a cada ente federativo.

Muitas vezes a União ao disciplinar sobre normas urbanísticas acaba por invadir a esfera de competência Municipal, é o que se apresentava, por exemplo, quando a lei federal de parcelamento do solo estabelecia parâmetros percentuais de doação de área pública, de forma uniforme para todo o território nacional.

No caso concreto essa inconsistência foi sanada com a edição da Lei Federal nº 9.785/99 que deixou ao critério do Município estabelecer o parâmetro que melhor se compatibilize com a realidade local de cada.

Outro exemplo de intromissão de uma esfera de poder sobre a outra, reside no artigo 13, parágrafo único, da Lei 6.766/79 (Parcelamento do Solo), o qual estabelece que “aos Estados caberá disciplinar a aprovação pelos Municípios de loteamentos e desmembramentos” quando este se encontrar localizado em área de Município integrante de região metropolitana.

Parágrafo único. No caso de loteamento ou desmembramento localizado em área de Município integrante de região metropolitana, o exame e a anuência prévia à aprovação do projeto caberão à autoridade metropolitana.

Esse regramento, nos termos como disposto, sem qualquer distinção quanto ao grau de impacto regional de um parcelamento do solo em tais circunstâncias, acaba por gerar uma intervenção indevida do Estado sobre o Município, ferindo a sua autonomia, caracterizada pela obrigatoriedade do ente municipal ter de se sujeitar às deliberações do Estado independentemente do tamanho da área parcelada, simplesmente por se encontrar localizado em área de região metropolitana.

Tal questionamento em relação ao tema do parcelamento do solo não se confunde com a questão ambiental, matéria de competência material comum, na qual as normas procedimentais do Município devem se encontrar em consonância com o disciplinamento estadual e mesmo estar subordinado à apreciação técnica dos órgãos estaduais quando o Município não se encontrar devidamente capacitado para tanto.

Outro aspecto interessante a abordar diz respeito aos limites da competência do Município, cabendo aqui questionar até que ponto esses limites podem se estender, de modo a não produzir a invasão da competência Estadual ou Federal, questionamento esse que se desenvolverá com mais profundidade ao longo do trabalho.

Partindo da clássica distinção das normas jurídicas, adotada por José Afonso:

sobre o ponto de vista da eficácia, temos as normas coercitivas (*ius cogens*, normas cogentes, taxativas) e normas dispositivas (*ius dispositivum*), sendo coercitivas as que impõem uma ação ou uma abstenção (normas preceptivas, imperativas, proibitivas), já as dispositivas são as que completam, se caracterizam como normas de interpretação, integrativas ou supletivas, sendo todas, porém, imperativas, posto que dadas certas condições ou hipóteses previstas incidem obrigatoriamente ⁹⁰

As normas de parcelamento do solo, no campo da sua aplicabilidade direta, devem estar estabelecidas pelo Município, de tal forma que se possa dar cumprimento a uma política de desenvolvimento urbano, com objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, nos termos assim estabelecidos pelo art. 182 da Carta Magna.

Tais disposições normativas possuem o caráter de ordem pública, cogente e geral, atingindo a qualquer interessado de forma impessoal.

O que não se pode perder de vista é que as normas de parcelamento exigem que o Poder Público estabeleça diretrizes, as quais são indicativos norteadores e não regras rígidas, admitindo-se desta forma um espaço de discussão sobre qual será a melhor alternativa de parcelamento que venha a atender ao interesse das partes envolvidas, pautando-se pelo princípio do interesse público.

Esse espaço flexível quanto ao formato final da proposta de parcelamento do solo não retira o seu caráter de norma cogente, posto que não se trata de espaço de atuação discricionária que permita extrapolar os limites estatuídos na legislação infra-constitucional e muito menos os princípios gerais fixados na Constituição.

Competência do Estado para legislar sobre parcelamento do solo

Estabelece o art. 24, I da CF que compete à União, Estados e Distrito Federal legislar concorrentemente sobre direito urbanístico. O § 1º prevê que a competência

⁹⁰ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, p.70

da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais; o § 2º que caberá aos Estados exercer a competência suplementar; o § 3º, inexistindo lei federal sobre normas gerais os Estados exercerão competência legislativa plena, para atender as suas peculiaridades; § 4º a superveniência de norma federal suspende a eficácia da lei estadual no que lhe for contrário.

Neste ponto cabe chamar-se a atenção para o fato do Município não figurar no rol dos entes federativos relacionados para o exercício da competência de legislar sobre direito urbanístico, levando inicialmente à conclusão precipitada de que o Município não possuiria atribuição constitucional para tanto.

No dizer de José Afonso:

a Constituição não citou os Municípios na área de competência concorrente do art. 24, mas lhes outorgou competência para suplementar a legislação federal e estadual no que couber, o que vale possibilitar-lhes disporem especialmente sobre as matérias ali arroladas e aquelas a respeito das quais se reconheceu à União apenas a normatividade geral.⁹¹

O art. 25, § 1º, da CF dispõe que são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas e o § 3º estabelece que os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Tem-se, assim, que a competência dos Estados-membros é efetivamente residual, não podendo invadir o campo das normas gerais, nem tampouco a esfera de competência dos Municípios. Poderá sim exercer atividade de caráter suplementar à lei federal, na defesa do seu peculiar interesse, sem que isso signifique invasão aos limites de competência municipal.

A autorização para instituir regiões metropolitanas não pode significar uma intromissão nas atribuições do Município, ao contrário, esse tipo de organização

⁹¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 504.

regional tem por fim atender ao interesse comum dos Municípios e não representar qualquer tipo de ingerência na autonomia municipal para o ordenamento territorial.

Nessa perspectiva a aprovação de parcelamento do solo não é matéria que necessariamente envolva o interesse comum dos municípios circunvizinhos, de modo a exigir a participação do Estado. Caberá manifestação naqueles casos em que o parcelamento do solo se localizar na divisa de Municípios, possuir área excessivamente extensa ou envolver área de proteção de mananciais (art. 13, Lei 6.766/79).

No que tange às questões de natureza ambiental, considerando-se tratar de matéria de competência comum, a menos que o Município possua capacitação para licenciamento ambiental, deverá ser colhida a manifestação de concordância dos órgãos estaduais de controle ambiental.

Dentro dessa concepção de divisão da matéria em razão da competência, a exigência formulada no art. 13 da Lei 6766/79 no que tange à obrigatoriedade de pronunciamento do Estado em qualquer parcelamento do solo desenvolvido em municípios participantes de regiões metropolitanas, se caracteriza como típica situação de invasão de competências.

No Estado de São Paulo, a título de exemplificação, o Estado desconstituiu as estruturas responsáveis pelo desenvolvimento das diversas regiões, aquelas que teriam a função de pensar o planejamento estratégico de desenvolvimento regional e estadual, promover a articulação dos diversos municípios, identificar os interesses comuns que extrapolariam os limites territoriais de cada Município e os interesses conflituosos. Essa ação para a qual é salutar, desejável, e obrigatório pelo que dispõe a Constituição Federal, o Estado se subtraía a realizar.

Em contrapartida o Estado assumiu, em face do art. 13 da Lei 6.766/79, a posição de exigir que os processos de regularização fundiária de loteamentos e desmembramentos passem pelo crivo do Estado, independentemente do tamanho da área de cada um, para uma análise de aferição do trabalho realizado pelo Município.

As regiões metropolitanas são criadas para que se tenha um canal institucionalizado que trate das questões de interesse comum dos municípios integrados e os

parcelamentos que não se incluíam nas hipóteses previstas no art. 13 da Lei 6766/79, mencionadas acima, não se caracterizam como matéria do interesse comum.

Seguindo este raciocínio, em matéria de proteção ambiental, sendo esta matéria que não respeita limites territoriais, posto que seus efeitos se alastram para além dos limites de onde foi produzida, ou seja, da fonte poluidora, bem como, pelo fato de passar a atingir uma coletividade de cidadãos que não se restringe àqueles que se encontram nos limites internos de um Município, evidencia-se que se está a tratar de um tema de abrangência regional. Desta forma haverá de ocorrer manifestação dos órgãos estaduais de defesa ambiental.

Com relação ao projeto de parcelamento do solo não cabe ao Estado competência para intervir, a não ser naqueles aspectos que afetem os aspectos ambientais (ausência de rede de esgoto, ausência de tratamento de esgoto, desrespeito da faixa de preservação permanente em processo de aprovação de parcelamento do solo).

Mesmo nas questões que se encontram na esfera ambiental é salutar que o Estado firme parcerias com Municípios que se apresentem devidamente capacitados para que essa atribuição de controle das fontes de poluição também possa por eles serem exercidas, especialmente para aqueles casos de pequeno impacto ou impacto local.

Dos limites da competência Municipal

Ao analisar o texto da constituição federal anterior Adilson Dallari afirma que “o Município recebia um número enorme de atribuições de competência. Mas sabemos que a toda a competência corresponde o dever de exercício dessa competência. O exercício de uma competência exige recursos e esses recursos é que inexistiam. Resultado o Município se via compelido a ter que exercer uma série de tarefas, ficando ao mesmo tempo, comprimido pela impossibilidade material de realizá-las. A consequência disso era a necessidade de pedir socorro a autoridades estaduais e,

muito especialmente às federais, pois o recurso financeiro estava concentrado mais na União.”⁹²

Já a Constituição Federal de 1988, na definição do raio de atuação da esfera de competência de cada um dos três entes federativos: União, Estados e Municípios, além do Distrito Federal, que merece por parte da Constituição um capítulo à parte (art. 32), o texto constitucional adotou o critério de fixar de forma objetiva a competência da União, deixando ao Município “todos os poderes inerentes à sua faculdade para dispor sobre tudo que diga respeito ao seu interesse local”, restando ao Estado-membro “todos os poderes residuais, isto é tudo aquilo que não lhes foi vedado pela Magna Carta, nem estiver contido entre os poderes da União ou dos Municípios”.⁹³

Ao se falar em interesse local como sendo toda a matéria contida na esfera de competência municipal não se esta a dizer que se trata de um interesse exclusivo do Município, posto que, a rigor essa figura não existe de forma isolada, como o termo pode levar a crer. Conforme ensina Celso Bastos, toda a matéria que afete uma dada comuna findará de qualquer maneira, mais ou menos direta, por repercutir nos interesses da comunidade nacional. Os interesses locais dos Municípios são os que atendem imediatamente as suas necessidades imediatas, e, indiretamente, em maior ou menor repercussão, as necessidades gerais “⁹⁴

Ainda segundo Celso Bastos, melhor teria sido manter a expressão constante da anterior Constituição que destinava aos Municípios toda a matéria relativa ao peculiar interesse municipal, posto que já melhor consolidada doutrinária e jurisprudencialmente. A expressão “interesse local”, no entender de Bastos não exclui o interesse estadual e mesmo local. Para que prevaleça o interesse local é necessário demonstrar que esse é mais expressivo do que o estadual ou federal.”⁹⁵

Ao analisar a questão do interesse local Adilson Dallari assim se pronuncia “Assuntos de interesse local continuaram sendo os assuntos de primordial interesse municipal, de principal interesse local, aqueles assuntos de maior repercussão de

⁹² DALLARI, Adilson de Abreu. Autonomia do Município na Constituição Federal de 1988 – Caderno de Direito Municipal, RDP – 97, 1990, p. 238

⁹³ BASTOS, Celso Ribeiro de. Curso de Direito Constitucional. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 311.

⁹⁴ Ibidem, p. 311

⁹⁵ Ibidem, p. 312

esfera do Município e com relação aos quais o Município esta mais habituado ou mais apropriado para deles cuidar.”⁹⁶

Competência legislativa do Município

A atividade legislativa do Município submete-se aos princípios estatuídos na Constituição federal, possuindo a prerrogativa de auto-organização, definindo as matérias de sua competência legislativa, uma vez que a Constituição Federal não a exaure, ao contrário, utiliza-se do princípio da predominância do interesse local como elemento norteador para a definição dos assuntos de competência municipal.

Apesar de difícil conceituação, interesse local refere-se àqueles interesses que disserem respeito mais diretamente às necessidades imediatas do município, mesmo que acabem gerando reflexos no interesse regional (Estado) ou geral (União).⁹⁷

Salvo as tradicionais e conhecidas hipóteses de interesse local, as demais deverão ser analisadas caso a caso, vislumbrando-se qual o interesse predominante (princípio da predominância do interesse).⁹⁸

O entendimento de Toshio Mukai é de que a obra particular, seja construção ou loteamento, quando já iniciada, não pode sofrer a incidência de qualquer legislação posterior, frente à seguinte conclusão inarredável: tendo sido o loteamento aprovado, registrado e implantado em partes essenciais, anteriormente à legislação nova, não pode ela, seja de que nível for, sobre ele impor condicionantes à sua continuidade em termos de sua implantação completa.⁹⁹

O inciso I, artigo 30, da Constituição Federal estabelece que compete aos municípios: legislar sobre assuntos de interesse local.

⁹⁶ DALLARI, Adilson de Abreu. Autonomia do Município na Constituição Federal de 1988 – Caderno de Direito Municipal, RDP – 97, 1990, p. 236

⁹⁷ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Editora Atlas, 17ª ed., 2005, p. 283

⁹⁸ DALLARI, Sueli Gandolfi. Competência municipal em matéria de saúde. RDP 92/174

⁹⁹ Mukai, Toshio. Estudos e Pareceres de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, v.1, 1997, p. 30

O inciso II, do artigo 30 por sua vez disciplina que compete aos Municípios complementar a legislação federal, e a estadual no que couber.

O inciso VIII, do mesmo artigo estabelece que compete ao município promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

O artigo 30 supra referido contraposto ao texto expresso no art. 24 também do texto constitucional, pode levar a uma primeira avaliação equivocada de que a competência para legislar sobre urbanismo somente cabe à União, aos Estados e ao Distrito Federal, posto que, o art. 24 deixou de incluir o Município no rol daqueles entes federativos legitimados para legislar concorrentemente sobre urbanismo.

Inicialmente cabe clarear o significado da expressão legislar concorrentemente, para tanto podemos partir da própria leitura do art. 24, da Constituição Federal, que elenca as competências concorrentes, estabelecendo em seu § 1º que no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

Na avaliação de José Afonso da Silva

o art. 30 discrimina as bases da competência dos Municípios, tais como: 1) legislar sobre assuntos de interesse local, que consubstancia a área de competência legislativa exclusiva, incluindo aí, por conseguinte, a legislação tributária e financeira; 2) **suplementar** a legislação federal e a estadual no que couber, ai certamente competirá aos Municípios legislar supletivamente sobre a) proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; b) responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico; c) educação, cultura, ensino, saúde de âmbito legal; d) **direito urbanístico local** etc.¹⁰⁰

A hierarquia presente na competência concorrente impõe a idéia falaciosa de que as normas gerais válidas da União se sobrepõem hierarquicamente aos Estados e

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 624

Municípios, as disposições estaduais por sua vez teriam prevalência sobre as normativas municipais.

Há que se ressaltar que na esfera de competência concorrente, cabe a todos os entes-federativos legislar, entretanto, cada um atuará dentro dos limites do seu campo de atuação. Lembrando que a União atuando no campo dos aspectos gerais, o Município na defesa do seu interesse local e o Estado com a competência remanescente.

Nesse sentido é que sinalizam os ensinamentos de Nelson Saule:

A competência preponderante do Município, face aos arts. 29, 30 e 182, deve ser compreendida em função das demais competências estabelecidas pela própria Constituição para os Estados e União. No âmbito da competência privativa, de estabelecer as diretrizes gerais da política de desenvolvimento urbano, mencionadas no art. 182, podendo essas diretrizes serem estabelecidas com base na competência concorrente, através das normas gerais de direito urbanístico. No caso da União deixar de exercer essa competência, cabe aos Estados estabelecer as diretrizes gerais dessa política, que deverão ser observadas pelos Municípios.

O Município por sua vez, pode instituir diretrizes gerais da política urbana, por ser, pela Constituição, o espaço político institucional para a implementação das normas constitucionais dirigentes dessa política, tendo como principal instrumento o plano diretor. Nesse caso, na superveniência da lei federal, se houver conflito com o disposto na lei municipal, prevalecem as regras e os critérios da lei editada pela União.¹⁰¹

Essa competência suplementar cabível, de exercício por parte do ente federativo Município, não pode incidir sobre matérias inovadoras nem que não lhe digam respeito no seu âmbito de atuação. A possibilidade de suplementação legislativa se encontra limitada àquele campo de atuação federal em que a União se abstém de

¹⁰¹ SAULE JUNIOR, Nelson. Novas perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro. O ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do Plano Diretor. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1997, p.104-105

promover as medidas cabíveis para a edição da legislação pertinente. São, portanto, hipóteses limitadas de atuação municipal.

Concretamente, a possibilidade do Município criar as hipóteses legais de formular novas configurações de parcelamento do solo não se configura possível. Tal situação não se enquadra naqueles casos de suplementariedade legal.

No campo da competência concorrente não compete ao Município criar regramento jurídico de âmbito geral.

O que cabe sim ao município é o poder bastante amplo de complementar a legislação federal e estadual, no que couber, desde que a matéria disciplinada guarde estreita relação com o seu campo de competência. Outro limitador à extensão do direito de promover legislação complementar se encontra no obrigatório respeito aos limites das competências federal e estadual.

As legislações municipais estão repletas de situações em que o Município legisla sobre aspectos tratados nas normas gerais de parcelamento do solo, entretanto, respeitando as diretrizes já fixadas, não as ultrapassa nem se sobrepõe, apenas aplica parâmetros próprios, é o caso típico do tamanho do lote mínimo, fixado de forma idêntica para todo o território nacional. Isso não impede que cada Município fixe parâmetros diferentes, porém terão que ser sempre superiores ao mínimo federal.

Essa liberdade, entretanto, não poderá ser de tal ordem que passe a ferir outros princípios, a ponto de inviabilizar o exercício de direitos.

CAPÍTULO III - DIVERSAS TIPOLOGIAS DE PARCELAMENTO

Causas estimuladoras de novos modelos de ocupação territorial

Assistimos nas últimas décadas a uma paulatina migração de um modelo de desenho de cidade para uma outra configuração de divisão territorial, com parâmetros legais ainda não bem definidos que, portanto, precisam de uma maior reflexão, a fim de se garantir a construção de um ordenamento territorial que agregue valor urbanístico e segurança nas relações jurídicas.

Esse referido modelo se caracteriza pela implementação de novos espaços voltados à produção de moradias, somente que de forma segregada em relação ao restante da cidade ou ainda na conversão de loteamentos convencionais para esse mesmo tipo de espaços fechados.

É bem verdade que a concepção clássica de zoneamento aplicável nas cidades brasileiras, por meio da legislação urbanística, possui o papel de divisão espacial do território atribuindo a cada qual uma função precípua e desta forma contribuindo para uma segmentação social. É o que se extrai da simples configuração de zonas estritamente residenciais e zonas de uso misto, a primeira destinada à classe mais abastada economicamente, a segunda admitindo o uso diversificado do solo e uma maior miscigenação cultural e social.

Essa estrutura de zoneamento, ainda que impondo territórios com padrões distintos, mantém a concepção de uma cidade única onde a circulação e a integração não sofrem uma rígida delimitação por muros e cancelas.

Na prática a legislação de zoneamento, atendendo a interesses do mercado imobiliário e a concepções acadêmicas de construção de espaços ideais, acaba por definir territórios destinados a pequena parcela da população e o restante do

território a admitir uma forma de ocupação e de uso mais heterogênea, sem tanto conforto ambiental nem tanta beleza paisagística.

Dentro dessa lógica, em todas as cidades, é possível identificar bairros com características de alto padrão, com grandes lotes, largas vias, muita arborização e praças, protegidos por uma legislação que lhes garante um tratamento diferenciado em relação ao restante da cidade e pelos quais haverá de se pagar um valor imobiliário mais elevado.

Esses bairros, entretanto, se encontram perfeitamente integrados à cidade sob o ponto de vista urbanístico, a utilização de seu sistema viário e de suas áreas públicas é de livre acesso a qualquer cidadão e servem de alternativa de trânsito.

Essa integração dos bairros nobres ao restante da cidade não lhes retira, entretanto, o status de bairros com um baixo índice de violência, pelo menos em relação àquelas tipologias criminais que mais afligem a população. Os estudos e estatística desenvolvidos comprovam que são espaços territoriais bem mais seguros do que a periferia da cidade.

O crescimento acelerado dos centros urbanos, aliado ao baixo desenvolvimento econômico, baixo desenvolvimento escolar, desemprego e altos índices de má distribuição de renda, fizeram com que os índices de violência apresentasse índices crescentes da violência ao longo de décadas.

Hodiernamente o desenvolvimento de tecnologias, as automações nas áreas: industrial, comercial e de serviços, fizeram com que o antigo denominado “exército de reserva” hoje já não tenha mais função reguladora do valor da mão de obra. A denominada modernidade, com a globalização e o denominado Estado-mínimo, completam o cenário propício ao recrudescimento da violência.

Na esteira de tal onda surge a figura encantadora das ilhas de segurança para fins de moradia, denominadas eufemisticamente de “loteamento fechado”, “loteamento em condomínio” ou até “condomínio fechado”, cercadas de muro por todos os lados, num resgate do modelo medieval das cidades construídas intra-muralhas, pelas quais se buscava a proteção contra os povos bárbaros.

Uma outra justificativa complementar, mas no nosso entendimento secundária é revelada pelo estudo desenvolvido por Elisabeth Salgado, na cidade de São Paulo, após a 2ª Guerra Mundial surge “a nova moda das chácaras de recreio e clubes de campo, esses empreendimentos inicialmente voltados à recreação campestre e não à moradia definitiva, são o embrião daquilo que mais tarde viria se constituir no loteamento residencial fechado.”¹⁰²

O citado estudo que encontra referência também no trabalho acadêmico desenvolvido por Marcelo Azevedo¹⁰³, menciona exemplificativamente que em 1919 é aprovado pela Câmara Municipal de Santo Amaro o loteamento Chácara Flora, constituído por lotes com área mínima de 3.000 m², o qual passa a ser gerido por uma Associação a partir de 1924, sempre possuindo controle de acesso através de oito portões de entrada. Em 1974 a construtora Alberto Takaoka lança empreendimento que se caracterizou pela existência de núcleos fechados voltados à residência, em área de 36 alqueires equivalente a 871.200 m². Além da proximidade com a cidade de São Paulo, apresentou-se como ponto favorável a simplificação do processo de aprovação no, à época, o pequeno Município de Barueri. Diversos empreendimentos também tiveram lançamentos na região de Cotia (Granja Viana) e na Serra da Cantareira.

Loteamento fechado como padrão de não-cidade

Uma discussão que não se apresenta de menor importância, ao contrário se demonstra como questão central, é discutir se o loteamento fechado como padrão de ocupação e de desenho urbano é um modelo que vem atender os parâmetros para a constituição de cidades sustentáveis.

O fechamento de espaços territoriais em nome da segurança, acaba por criar um ambiente árido e inóspito identificado com áreas isoladas e fortificadas que não

¹⁰² SALGADO, Elisabeth Carvalho de Oliveira. O “loteamento residencial fechado” no quadro das transformações da metrópole de São Paulo. Dissertação de mestrado, FAU/USP, São Paulo, jun. 2000, p. 108

¹⁰³ AZEVEDO, Marcelo Sampaio Soares de. O loteamento fechado na legislação municipal. Dissertação de mestrado, PUC/SP. São Paulo, março de 2002

guardam relação de interação com o restante da cidade, constituindo um conceito de não-cidade, além dos novos padrões de insegurança daí decorrentes,

Essa discussão avança para os aspectos concretos: urbanísticos, sociológicos e de planejamento, com os quais o Direito Urbanístico necessariamente dialoga.

Para os arquitetos e urbanistas: Erminia Maricato, esses loteamentos fechados que estão abundando no entorno das Regiões Metropolitanas são ilegais. Não seguem a lei federal 6766/1979 segundo a qual não há como admitir parcelamento de solo fechado; para Cândido Malta Campos a figura dos condomínios fechados se aparentam a verdadeiros “bunkers” e decorrem da busca ilusória de proteção; para Jorge Wilhelm convém separar a violência real do medo de violência e do uso desse medo para fins comerciais. Os condomínios fechados são a anticidade pois representam um conceito segundo o qual todo o espaço público é perigoso e estranho, devendo seus riscos serem administrados pelo poder público, pois é um espaço destinado aos outros, àqueles que não conseguem alcançar o padrão do mercado imobiliário.¹⁰⁴

Um dos maiores problemas a serem enfrentados é o relacionado ao tamanho da área desses loteamentos fechados que representam verdadeiros enclaves urbanísticos, segmentando a cidade e dificultando a mobilidade urbana.

Para efeitos de comparação podemos verificar que no desenho clássico de cidades as quadras devem possuir uma metragem média que varia entre 150 e 250 metros de comprimento em cada um de seus lados, de tal modo que as pessoas consigam transitar com facilidade, se deslocando de um local para outro.

Essa lógica permanece no interior dos loteamentos fechados, exatamente pela permanência da mesma premissa urbanística. Ocorre que ao se promover o fechamento do loteamento em seu perímetro externo esse requisito urbanístico do tamanho de quadra e da garantia da melhor trafegabilidade das pessoas passa a ser frontalmente desrespeitado.

¹⁰⁴ ROSSETTI, Carolina e MARSIGLIA, Ivan. Horizontes urbanos, *in* Jornal O Estado de São Paulo, de 18 de junho de 2011.

Dessa maneira a garantia à mobilidade das pessoas se encontra prejudicada, muito mais em relação ao restante da cidade que passará a se ver obrigada a contornar quilômetros de muros para poder acessar um ponto que se encontraria a uma pequena distância não fosse a implantação do fechamento.

Problema maior se afigura, entretanto, quando surge um verdadeiro cinturão de loteamentos fechados, como vem ocorrendo em cidades do Estado de São Paulo, como Campinas, Vinhedo, Atibaia, Bragança Paulista, entre tantas outras.

A construção desses loteamentos um ao lado do outro, por vezes se aproveitando do muro de divisa já existente, sem abertura de sistemas viários externos, tem criado um elo entre esses loteamentos que acaba por constituir uma somatória de muros que em muito extrapola o perímetro de cada loteamento individualmente.

Os aspectos estruturais negativos são: a criação de cidades segmentadas com setores cada vez mais isolados e a constituição de um serviço de segurança particular que no âmbito total desse setor de serviços já supera o efetivo público¹⁰⁵.

Tal situação denuncia a total falta de planejamento urbano, a falta de visão de futuro, a ausência de percepção quanto aos problemas vindouros em futuro próximo, passando muitas vezes essa configuração territorial a representar um impedimento ao desenvolvimento da cidade.

A mítica da segurança

Um dos argumentos mais utilizados na defesa dos denominados loteamentos fechados reside no aspecto da segurança oferecida, versus a insegurança reinante no restante da cidade.

¹⁰⁵ TONIATTI, Mariana. Jornal O Povo – Ceará/Fortaleza. No Brasil, o número de vigilantes privados supera em 5% o total de policiais em todos os estados. Segundo a Coordenação de Controle da Segurança Privada da Polícia Federal existem 431.600 vigilantes, 19.700 homens a mais do que na segurança pública, que conta com 411.900 policiais militares, dado do Ministério da Justiça. O efetivo privado é 35% maior do que o total das Forças Armadas, que tem 320.400 homens. O Estado que mais tem segurança privada é São Paulo, com 139.800 vigilantes e 80 mil policiais militares. 14 Jul 2008

Esse é um elemento de marketing altamente receptivo aos ouvidos do público.

Não é de hoje que a questão da insegurança vem gerando uma indústria voltada ao atendimento dessa demanda, desde as grades de ferro para janelas, muros, cercas e portões mais altos; sistemas de segurança como fiação elétrica, câmaras de segurança; até a incorporação de serviços de segurança particular.

Esse medo também se propagou até atingir a tipologia das formas de parcelamento da terra ou ao menos de restringir o seu acesso.

De onde provém esse medo, esse medo gerador de novas concepções de organização territorial? Talvez a resposta clara a essa pergunta pudesse-nos esclarecer as causas da consequência, no nosso caso específico, dos loteamentos fechados.

Uma das respostas pode ser encontrada no conhecimento sobre o território, a existência de domínio ou a ausência de domínio sobre o território habitado é um elemento que fortalece ou inibe o sentimento de segurança sobre o mesmo. Ao se conhecer o caminho, os atalhos, os locais íngremes, mas, além disso, a relação de convívio com as demais pessoas, o conhecimento sobre o modo de vida, os sinais típicos, os códigos locais, isso dá ao ser humano a segurança natural, de tal maneira que nesse meio não se sente estranho, ao contrário se sente seguro.

Evidente, essa segurança nunca será total, o ser humano como animal, possui instintos de preservação, de proteção e sempre deve estar atento ao que ocorre ao seu redor.

Como exemplo basta observar as milhares de pessoas, homens e mulheres, que cotidianamente transitam com relativa tranqüilidade pelo centros das metrópoles, fazem sua caminhada diária pelas praias, trafegam por ruas e vielas estreitas de bairros periféricos, sem que o medo lhes impeça de exercer as suas atividades sociais diárias. O domínio daquele território lhes assegura a tranqüilidade suficiente para o natural desenvolver de suas atividades.

Ainda que a segurança não seja absoluta e a presença dos órgãos de segurança do estado exígua, as pessoas que residem em um determinado espaço territorial

acabam por incorporar aquela realidade à sua dinâmica de vida e com isso superar os traumas.

Outro seguimento da sociedade, com maior poder aquisitivo, passa a adotar caminho inverso e a se cercar de todos os equipamentos de segurança ao mesmo tempo em que se isola do contato com o mundo exterior.

A adoção do transporte automotivo individual para situações que comportariam o andar a pé; a blindagem de automóveis; o gradil; os muros mais elevados; o morar em prédios condominiais, é uma involução impulsionada pelo medo.

Os loteamentos fechados nascem nessa esteira de acontecimentos, como uma forma de divisão da terra que resgata os tempos passados, criando um microcosmos que não se contamina pela insegurança externa.

O problema é que quanto mais se isola e mais se distancia da convivência com os demais seguimentos da sociedade, mais o indivíduo se sente inseguro, menos se encontra adaptado ao habitat que lhe é estranho.

Essa experiência pode ser vivenciada por qualquer pessoa que em seu território se considera segura e, portanto, possui tranquilidade para transitar com liberdade. Ao transpor-se para um território desconhecido a sua insegurança aumentará tremendamente.

Esse isolamento, esse distanciamento provoca um outro efeito no ser humano que é o de enxergar no outro um elemento perigoso em potencial, desde o menino que vende chicletes no farol ou alguém que se dirija a pedir informações.

A solução do isolamento no primeiro momento tende a nos conferir maior segurança, porém a sua pior consequência será a de criar guetos, cidades dentro de cidades, microcosmos quase perfeitos que não se conversam com os outros seguimentos da cidade, tornando-se estranhos e acelerando um processo de esgarçamento das relações na sociedade.

Os loteamentos fechados em sua grande maioria tendem a criar outro problema, que se denomina de insegurança.

Esse contra-senso se explica pelo fato de que as enormes distâncias medidas pelo cumprimento dos muros que circundam e separam os loteamentos fechados do restante da cidade, se tornam espaços sem vida urbana, tornam-se quilômetros de via pública cujo único elemento confrontante é um alto muro. Quem por ali transita também se sente inseguro, deste modo a segurança interna gerada pelos loteamentos fechados acaba por gerar uma insegurança externa a ser suportada especialmente pelo restante da sociedade.

Concepção de Desenvolvimento urbano

A compreensão do desenvolvimento urbano, segundo Nelson Saule deve ser extraída do significado do princípio de desenvolvimento sustentável e do direito ao desenvolvimento, previsto no sistema de proteção internacional de direitos humanos e do meio ambiente.

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986), em seu artigo 1, reconhece o direito ao desenvolvimento como um direito humano inalienável, em virtude do qual toda a pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades possam ser plenamente realizados.¹⁰⁶

Em que pese a existência no ordenamento jurídico nacional de uma legislação de parcelamento do solo relativamente consolidada, que define divisões de competências e estabelece procedimentos uniformizadores, existe ainda uma grande defasagem das políticas públicas e dos comportamentos das autoridades governamentais e das instituições, no que tange à aplicação concreta de um ordenamento territorial que respeite aos interesses da sociedade como coletivo amplo e que não esteja a serviço de interesses setorializados.

¹⁰⁶ SAULE JUNIOR, Nelson. Novas perspectivas do direito urbanístico. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 63

O direito ao desenvolvimento deve ser compreendido dentro de sua exegese ampla, como a garantia de acesso a todos os serviços públicos com qualidade (saúde, educação, habitação, emprego, cultura, lazer), a igualdade de oportunidades, bem como, a uma cidade sustentável, que não discrimine, que não estigmatize, enfim que integre.

A cidade não é composta de igualdades físicas territoriais ou humanas, a diversidade é sua característica e sua riqueza, a maior possibilidade de integração dessa diversidade permitirá que se cumpram com maior efetividade os fundamentos e objetivos fundamentais fixados na Constituição Federal, de construção da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º); de construção de uma sociedade livre, justa e solidária; de erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades; da promoção do bem de todos (art. 3º).

No âmbito ainda das normativas internacionais, como nos lembra Nelson Saule, podemos destacar a “Declaração e o Programa de Ação de Viena, estabelecido na Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos (1993), que em seu parágrafo 10, reafirma o direito ao desenvolvimento, como um direito universal e inalienável e parte integrante dos direitos humanos fundamentais, onde a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento”¹⁰⁷

O modelo cada vez mais em voga de soluções urbanísticas que tendem a isolar os segmentos mais abastados economicamente do restante da “turba” caminha no sentido inverso das diretrizes constitucionais e tratados internacionais, caracterizando a formação de um *apartheid* social.

O crescimento da violência e a divulgação desmedida desse fato pelos meios de comunicação, tem contribuído para a construção de uma atmosfera de medo que direciona as pessoas ao isolamento, procurando a convivência entre iguais.

A subordinação da política pública a essa lógica, ainda que em um primeiro momento possa transparecer adequada e interessante sob o ponto de vista de desenvolvimento econômico e tributário dos Municípios, não contribui para a

¹⁰⁷ SAULE JUNIOR, Nelson. Novas perspectivas do direito urbanístico. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 66

construção de cidades, ao contrário se constitui na formação de guetos que não mais se identificam com aquela comunidade local, formando corpos distintos, sem identidade com a cidade, favorecendo o crescimento do preconceito e da insegurança em relação ao estranho, ao diferente.

Nesse sentido, “não podemos olvidar que a tarefa do poder público, no papel de promotor de transformações numa sociedade democrática faz com que seja possível um planejamento democrático inovador. Pois ele tem a possibilidade de desencadear processos e de invocar recursos – financeiros e humanos – ao mobilizar recursos de cidadãos, individual e coletivamente.”¹⁰⁸

O art. 23 da Constituição Federal estabelece entre as competências materiais, a competência comum da União, Estados, DF e Municípios para promover programas de construção de moradias, promover a integração social dos setores desfavorecidos. No cumprimento de tal desiderato caberá a todos esses entes federados adotar as medidas legislativas e administrativas necessárias para a cominação de tais finalidades.

O art. 24 da Constituição Federal prevê que compete à União, Estados e Distrito Federal legislar de forma concorrente sobre direito urbanístico e o art. 30 fixa a competência dos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local, suplementar a legislação federal e estadual no que couber e promover o adequado ordenamento territorial.

Além desses artigos que distribuem as competências entre os entes federativos no que tange ao desenvolvimento da política urbana, seja estabelecendo espaços de atuação no campo legislativo ou estipulando as atribuições concretas que devem ser desenvolvidas de forma privativa ou em comum, também encontramos no art. 182 definido que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

¹⁰⁸ CANEPA, Carla. Cidades Sustentáveis, in GARCIA, Maria (org.) A cidade e seu Estatuto. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p.142

Estabelece ainda o art. 182, em seu parágrafo 1º que o plano diretor, obrigatório para cidades com mais de 20 mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

Desse conjunto de normativas constitucionais pode-se extrair que existe uma competência em matéria do desenvolvimento da política urbana distribuída entre os vários entes federados, competindo ao Município, pelas próprias características de ser o poder público local, onde efetivamente ocorre o controle direto do ordenamento territorial, a atribuição de planejar, de gerir e de disciplinar o desenvolvimento das funções sociais da cidade.

O Município, no entanto, encontra limitações no próprio texto constitucional que condiciona os limites de sua área de atuação – no que couber – (art. 30, II e VIII), além de limitar sua esfera de competência aos assuntos de interesse local (art. 30, I). Também no art. 182 se encontra registrada a delimitação dos poderes municipais ao estabelecer a necessidade de obediência às diretrizes gerais fixadas em lei.

Deste modo é atribuído ao Município o maior campo de atuação nos espectro do direito urbanístico, posto que, a ele se encontra atribuída a tarefa de impor o regramento jurídico concreto do parcelamento do solo. Essa grande extensão do seu campo de atuação encontra anteparo, entretanto, nos limites da competência federal e com menor freqüência nas limitações do campo de atuação do Estado. Também a atividade municipal no campo urbanístico poderá estar limitada por imposições de ordem maior, como é aquela que diz respeito ao interesse regional, para a qual o Estado se apresenta como o ente federativo que possui competência constitucional ou então estar limitado por matérias de outro campo específico como é o direito ambiental.

Caso típico de limitação imposta ao Município, em decorrência de atuação do Estado, é a definição de regras de proteção de mananciais, cujo conteúdo não interessa apenas a um Município, mas a um conjunto desses, portanto, extrapolando o interesse de cada cidade, as quais devem subordinar qualquer atividade, que guarde alguma relação com as áreas de proteção de manancial, aos parâmetros definidos pelo Estado.

A construção das regras estabelecidas pelo Estado não devem ser fruto de imposição unilateral, mas sim de um consenso edificado sobre a base de um acordo concertado, onde todos os atores possam expressar o seu ponto de vista, seus interesses, suas objeções.

Encontra-se desta maneira a competência municipal limitada pela esfera de competência da União e do Estado do qual faça parte. Como já destacado, por vezes, a dificuldade se encontra em definir quais os limites precisos da área de atuação.

Formas de Parcelamento do Solo

A divisão da terra no Brasil, após chegada da civilização européia, se caracteriza por uma ocupação fragmentada em propriedades oriundas de concessões imperiais e no apossamento das terras sem qualquer amparo jurídico que o legitimasse.

Com exceção dos termos de sesmarias emitidos pela Coroa Portuguesa e as transferências daí decorrentes, o restante da terra foi sendo ocupada a esmo, sem qualquer controle efetivo por parte do Estado. Mesmo naqueles casos em que a ocupação da terra deriva de uma ordem real, observa-se que os limites físicos de tais propriedades foram se expandindo sem qualquer controle, passando a não mais guardar relação com o tamanho da área outorgada, em virtude dos processos de ocupação expansionista latifundiária.

São esses fenômenos que durante séculos perduraram no Brasil, sem maior preocupação administrativa/burocrática, com a sua formatação jurídica ou registral.

Somente em 1850, com a edição da Lei nº 601, surge a primeira legislação que esboça uma preocupação com o cadastro das propriedades, de modo a identificar em poder de quem se encontram as terras no Brasil. Ressalta-se que a preocupação central é de controle, de início de um cadastro das terras, visando um controle registral, não há preocupação quanto a forma do parcelamento uso e ocupação do solo.

O caráter predominante, entretanto, da Lei nº 601 é o da declaração voluntária (art. 13), feita pelo possuidor da terra à figura do pároco local, que registrava os termos de tal declaração nos livros paroquiais (Decreto Regulamentador nº 1.318 de 1854, art. 93 a 106).

Assim, o registro das propriedades nesse momento histórico esta muito mais próximo da função tabelionaria de registro de notas (de cunho declaratório), do que de uma função propriamente de registro imobiliário e identificação quanto a delimitação das propriedades.

O tamanho das povoações, o pouco valor das terras, a tradição das compras e vendas *ad corpus*, o reconhecimento consuetudinário da posse ou da propriedade atribuída a alguma pessoa, os poucos recursos técnicos e os custos para um reconhecimento técnico dos limites das propriedades, tudo isso leva à existência de registros das propriedades totalmente imprecisos, fundamentados em marcos físicos voláteis, como cercas, arvores, pedras, ou então vagos, como várzeas, talvegues, espigões, valos.

Somente com a edição da Lei nº 1.237 de 24 de setembro de 1864, denominada “Lei de Hipotecas”, o registro de imóveis passa a se constituir como uma medida necessária visando garantir maior segurança às transações de crédito.

O evento da libertação dos escravos – Lei nº 3.353 de 13.05.1888 – o aumento da imigração, necessária como mão de obra; o processo de industrialização; provocam uma crescente migração campo-cidade, promovendo um acelerado processo de urbanização, ou seja, o crescimento dos núcleos urbanos, com maior ênfase a partir da década de 1930, gerando o aumento da demanda por soluções habitacionais.

Neste quadro é editado o Decreto-Lei 58/37, que se caracteriza como um importante instrumento jurídico no sentido de garantir maior segurança nas relações contratuais relativas à transação imobiliária de lotes vendidos em prestações, originados de

parcelamento do solo, não dispondo, entretanto, tal diploma legal quanto a forma de urbanização das cidades.¹⁰⁹

O Decreto-Lei 58/37 trata genericamente da figura do loteamento, sem maior conceituação, não estabelecendo procedimentos e requisitos gerais que devam compor o projeto de parcelamento do solo.

Nas palavras de Nelson Saule, o Decreto-Lei 58/37 “teve mais a intenção de proteger os compradores de lotes, por meio do pagamento parcelado do preço total, do que uma preocupação urbanística”.¹¹⁰

Com a edição do Decreto-Lei 271/67 é que se estabelece a figura do desmembramento também como forma de parcelamento do solo, caracterizando-se como a divisão de área urbana em lotes sem que haja abertura ou modificação de sistema viário.

Essas duas concepções de parcelamento do solo (loteamento e desmembramento) são posteriormente adotadas pela legislação federal que se segue, através da Lei 6.766/79, decorrendo de forma assertiva que esses são os dois modos de se implantar o parcelamento do solo em todo o território nacional, definidos por meio da competência da União para estabelecer as regras gerais nessa matéria.

Nesse mesmo sentido a orientação de Mukai, Caffé e Lomar, ao afirmar que “as formas de parcelamento do solo urbano, disciplinadas pela Lei, são o loteamento e o desmembramento;[...]”¹¹¹

Deste modo todos os Estados, Distrito Federal e Municípios se encontram adstritos a essas duas formas de divisão do solo urbano, estabelecidas pela Lei Federal nº 6.766/79.

¹⁰⁹ BLANCO, Gabriel Ismael Folgado. Breve histórico e comentários sobre a Lei de Parcelamento do Solo (Lei Federal 6766/79) in *A perspectiva do Direito à Cidade e da Reforma Urbana na Revisão da Lei e Parcelamento do Solo*. Nelson Saule Junior, org., Fernando Bruno et AL. São Paulo: Instituto Polis, 2008, p.33. Vide também: MELO, Lígia. *Direito à moradia no Brasil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 93

¹¹⁰ SAULE JUNIOR, Nelson. *O Direito à Cidade e a Revisão da Lei de Parcelamento do Solo Urbano* in *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico*. Porto Alegre: Magister, 2009, p. 252

¹¹¹ MUKAI, Toshio, Alaor Caffé Alves e Paulo José Villela Lomar. *Loteamento e desmembramentos urbanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2ª ed., 1987, p.22

Modalidades de parcelamento na Lei 6.766/79

Na vigência do Decreto-Lei 58/37, a sentida ausência de uma legislação federal que regresse minimante as questões atinentes ao parcelamento do solo, de forma a uniformizar procedimentos em todo o território nacional, constituía-se reivindicação dos mais amplos setores da sociedade.

Atendendo a esses reclamos foi editada em 1979 a Lei Federal de Parcelamento do Solo Lei nº 6.766, que no âmbito da área urbana surgiu em substituição ao Decreto-Lei 58/37, vindo a disciplinar a matéria nos seus aspectos urbanísticos, administrativos, civil, e criminal. Como norma cogente passou a orientar a atuação dos particulares e do Poder Público, de modo a fixar os requisitos básicos e a formatação mínima a ser exigida nos empreendimentos imobiliários de parcelamento do solo.

As regras estatuídas serviram de estrutura basilar, a partir da qual os municípios poderiam desenvolver seu ordenamento próprio, de forma a adaptar as regras gerais às peculiaridades locais.

Como exemplo de regra de caráter geral uniformizador, estabeleceu a Lei 6.766/79, em seu artigo 4º o lote de terreno mínimo para todo território nacional de 125m², objetivando uniformizar uma metragem de terra mínima que possibilitasse uma edificação de qualidade.

Apesar da existência desta norma, os Municípios não se encontram restritos em sua autonomia para definir qualquer outra metragem de área mínima, desde que superior àquela definida no texto federal, de modo a melhor atender aos seus interesses locais, à suas condições econômicas e culturais.

Verifica-se por este exemplo que o texto federal impõe um tamanho mínimo de lote, o que para alguns significa uma intromissão indevida do Poder Central a invadir a competência própria dos Municípios. Para outros, entretanto, não se trata de invasão de competência, nem que a norma esta a ferir autonomia do município, trata-se sim, de estabelecer uma uniformização para todo o território federal objetivando garantir uma padronização mínima de qualidade urbanística e de condições de moradia. O

texto federal assim estabelece um parâmetro geral que poderá ser adaptado por cada Município às suas condições, caracterizando o livre exercício da competência suplementar, entendida esta na capacidade do Município complementar o texto federal, adaptando-o às suas necessidades, sem transgredi-lo.

Constata-se pelo exemplo acima que a conceituação entre o campo de abrangência da norma geral e os limites da esfera do interesse local nem sempre é algo que encontre a unanimidade interpretativa.

Apesar das interpretações divergentes, o que se constata é que a norma federal vigente há mais de 30 (trinta) anos, nunca recebeu impugnação de inconstitucionalidade, sendo ao contrario, recepcionada pela atual Constituição Federal.

No que tange às formas de parcelamentos do solo a Lei Federal estabeleceu a figura do loteamento e a do desmembramento por meio dos quais se chega à identificação de cada lote individualizado, das vias públicas e das demais áreas destinadas ao uso público, como espaços reservados à constituição de praças e aquelas destinadas a uso especial (para construção de equipamentos públicos).

Os primeiros questionamentos que derivam desse desenho jurídico dizem respeito aos seguintes aspectos: Definir as formas de parcelamento para todo o território nacional é matéria de interesse geral? Esse posicionamento não está a invadir a esfera de competência dos Municípios? Não poderia o Município dispor de forma diversa quanto a forma de parcelamento do solo no âmbito da sua competência territorial?

O liame, a linha divisória entre competências nem sempre é nítida e precisa. Nesse campo específico do parcelamento do solo a União fixa regras gerais aplicáveis a todos os municípios sem exceção, a fim de salvaguardar uma uniformidade de parâmetros que garantam um padrão mínimo do parcelamento do solo e definam diretrizes e objetivos comuns.

A regra geral de parcelamento do solo, como gênero que se divide em duas únicas espécies: loteamento e desmembramento (art. 2º, Lei 6.766/79), fornece a estruturação mínima sobre a qual o Município poderá livremente dispor (art. 30, I, II,

VIII, da CF/88), desde que respeitadas as premissas maiores dispostas na legislação federal e estadual.

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 pertinentes.

§ 1º - Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

§ 2º - 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.

Da própria leitura da Constituição Federal se extrai que o Município, na sua esfera de competência, não se encontra restrito a todas as limitações impostas pela normatização federal ou estadual, ao contrário, pode fixar parâmetros mais rígidos que aqueles, não podendo fazê-lo em sentido contrário, ou seja, flexibilizar a legislação quando isto signifique uma invasão de competência dos outros entes federativos..

As situações em que se admita a flexibilização de parâmetros deve ser objeto de previsão expressa. É o caso da Lei 6766/79, que dispõe em seu art. 4º sobre a possibilidade do Município criar parâmetros especiais para os casos de promoção de habitação de interesse social.

Na perspectiva de definição do tamanho do lote mínimo, o texto da legislação federal admite a existência de exceções, quando o parcelamento se encontrar voltado para a produção de moradias destinadas à população de baixa renda, ou seja, de interesse social, nesse caso, o Município possui total autonomia para fixar o parâmetro que melhor lhe aprouver.

Também quanto à definição do percentual de áreas públicas, a ser exigido para a implantação de parcelamento do solo, a Lei Federal 9.785/99 ao promover alterações no texto da Lei 6.766/79, transferiu tal atribuição para o âmbito da esfera decisória do Município.

Em relação aos modelos de parcelamento do solo poderá o Município inovar? Até que ponto é possível essa liberdade de atuação sem que se passe a invadir competência dos demais entes federativos?

Verifica-se que a União ao estabelecer as duas figuras deixou claro que para o modelo de loteamento haverá que se destinar um percentual de áreas públicas, porém em relação ao desmembramento essa exigência não ficou evidente, originando entendimentos discrepantes, alguns entendendo que para o desmembramento não haveria de se exigir qualquer percentual de áreas públicas e outros defendendo que também para esses casos o poder público deve cobrar a reserva das áreas destinadas a sistema de lazer e áreas institucionais.

Esse último é o entendimento de Mukai, Alves e Lomar ao comentarem o art. 11 da Lei 6.766/79: “a reserva de áreas destinadas a uso especial passou a ser exigida no desmembramento. Anteriormente, como o Decreto-Lei nº 58/37 não regulava a modalidade, a transferência das áreas reservadas somente dizia respeito aos loteamentos. E o Decreto-Lei nº 271/67, no seu art. 4º, também só obrigava essa transferência quando se tratasse de loteamentos”.¹¹²

Com as alterações introduzidas na lei federal de parcelamento do solo pela Lei 9.785/89, o art. 11 da Lei 6.766/79 passou a exprimir a seguinte redação:

Art. 11. Aplicam-se ao desmembramento, no que couber, as disposições urbanísticas vigentes para as regiões em que se situem ou, na ausência destas, as disposições urbanísticas para os loteamentos.

Parágrafo único. O Município, ou o Distrito Federal quando for o caso, fixará os requisitos exigíveis para a aprovação de

¹¹² MUKAI, Toshio, Alaor Caffé Alves e Paulo José Villela Lomar. Loteamento e desmembramentos urbanos. São Paulo: Editora Saraiva, 2ª ed., 1987, p. 53 e 54

desmembramento de lotes decorrentes de loteamento cuja destinação da área pública tenha sido inferior à mínima prevista no § 1º do art. 4º desta Lei.

Observa-se pela nova redação que cada Município poderá estabelecer critérios próprios para a exigência de percentual de áreas públicas nos casos de desmembramento. Perante a ausência de regulamentação própria aplicar-se-á a mesma regra municipal para a figura do loteamento. O parágrafo único ressalta, ainda, a possibilidade de exigência de complementação das áreas públicas quando do parcelamento da área maior não tenha sido alcançado o percentual de área pública necessário.

A liberdade conferida aos Municípios para estabelecerem a sua legislação própria no que tange à definição de percentual de áreas públicas, na fixação de diretrizes, no estabelecimento de parâmetros próprios, coaduna-se com a divisão de competências fixadas pelo texto da Constituição Federal, competindo à União o estabelecimento de normas gerais e aos Municípios a fixação de normas que atendam ao interesse local.

Dentro da concepção de que a cada Município compete definir o seu ordenamento territorial, em conformidade com as diretrizes gerais fixadas na legislação federal, a cidade de Porto Alegre estabeleceu a definição de desmembramento como a forma de dividir o terreno em lotes, sem a necessidade de abertura de ruas porque utiliza o sistema viário já existente. É obrigatória, entretanto, a destinação de parte do terreno para os equipamentos comunitários porque, ao dividir o terreno em mais lotes, um número maior de pessoas irá morar e trabalhar no local, necessitando, assim, de novas praças e escolas.

Estabeleceu ainda a o Plano Diretor do Município de Porto Alegre a figura do fracionamento, que nada mais é do que o próprio desmembramento, sem que haja a necessidade de destinação de qualquer percentual de área pública. Esta isenção ocorre porque os terrenos fracionados são muito pequenos, ou porque o fracionamento está sendo proposto para uma área resultante de um loteamento, no qual já ocorreu a destinação de áreas públicas.

Verifica-se pelo caso concreto de Porto Alegre que é possível, dentro da competência do Município estabelecer parâmetros diferenciados conforme a situação de cada caso específico, tratamentos diversos esses que sempre deverão estar amparados no respeito à divisão de competências federativas e na edição de legislação municipal, resultando, portanto, as decisões emanadas da Administração Pública em atos administrativos vinculados.

Perceba-se também que apesar de ser atribuído pela legislação municipal um novo nome para um tipo específico de parcelamento do solo, esse não significa uma inovação em relação ao ordenamento federal, mas sim, uma simples derivação da tipologia já prevista de desmembramento.

Cada Município pode assim definir o tamanho do lote mínimo para a cidade ou tamanhos distintos para regiões diversas da cidade; pode definir a largura do sistema viário e a sua diversidade de opções nos termos das diretrizes fixadas em lei; pode definir o percentual de áreas públicas; pode exigir do loteador a reserva de um percentual de área para fins de formação de um banco de terras com a finalidade de atender a população de menor renda, entre tantas outras exigências para que ocorra o parcelamento legal do solo para fins urbanos.

Desta forma, a competência do Município para promover o seu ordenamento territorial se encontra respeitada, havendo uma certa limitação quanto a liberdade de criar novas formatações de parcelamento.

A autonomia criativa do Município não poderá avançar, entretanto, para inovações como a figura do condomínio de lotes ou a figura do parcelamento do solo fechado sem reserva de áreas públicas. Tal comportamento configuraria uma burla à legislação federal de parcelamento do solo e mais do que isso um desrespeito à divisão de competências entre os entes federativos.

Entendemos, no entanto, existir a possibilidade do Município criar uma legislação para aprovação de loteamento fechado, condicionado esse às mesmas exigências do loteamento aberto com a garantia da reserva de áreas públicas de uso comum do povo, isso significa dizer externas ao empreendimento de característica fechada, mas isso somente seria possível para casos excepcionais, por exemplo:

- 1- Para situações em que o imóvel faça frente para um sistema viário mas em relação a outros perímetros esteja delimitado por área pública de uso comum do povo ou uma área de proteção ambiental, onde não é permitido que se criem vias de acesso;
- 2- Em situações onde o tamanho da área for equivalente a uma quadra, como já exemplificado anteriormente, onde o fechamento não acarretaria maior prejuízo urbano;
- 3- Desde que, para que não se constituam uma série quadras muradas contíguas a legislação municipal deveria exigir que os lotes confrontante com o sistema viário façam frente para o mesmo .

Características da figura do loteamento aprovado e regularizado

A Lei Federal nº 6.766/79 estabelece o parcelamento do solo como gênero que possui como espécie duas figuras jurídicas distintas, quais sejam o loteamento e o desmembramento, as quais possuem em comum o fato de propiciarem a divisão da gleba em lotes.

Outras figuras decorrem desses dois modelos centrais, quais sejam: o desdobro de lotes, o remembramento de lotes e o arruamento. Nenhuma dessas, entretanto, é objeto de tratamento pela legislação federal de parcelamento do solo.

O desdobro geralmente é tratado na legislação municipal e regra a possibilidade da subdivisão de lotes em lotes menores, já o remembramento é o processo inverso de parcelamento, pois consiste na possibilidade de fusão de lotes. Note-se que em ambos o objeto de intervenção é a área de terra denominada lote, trata-se, portanto, de intervenção em pequenas porções de terra, fruto de parcelamentos anteriores.

A figura do arruamento, ainda que alguns autores a considerem também como forma de parcelamento não se encontra regrada como tal na Lei nº 6.766/79, mas sim como etapa do processo de implantação de um parcelamento.

A princípio não se vê óbice técnico quanto aos aspectos urbano ou judicial, de que o Município venha aprovar um arruamento, desde que para tanto exija o atendimento

às diretrizes municipais que devem obedecer aos requisitos previstos na Lei nº 6.766/79 para a implantação de loteamentos, combinado com as medidas protetoras do meio ambiente.

Assim a proposta de arruamento, qual seja a divisão da gleba pela abertura de sistema viário e a conseqüente criação de quadras, deve conter em seu projeto um percentual de áreas públicas (sistema viário, área de lazer, área institucional), bem como, as áreas reservadas à preservação permanente (exemplo: córregos, nascentes, restinga, dunas); faixas sanitárias e faixas não edificantes em face de existência de dutos, estrada de rodagem, entre outros.

O percentual de áreas públicas deve estar vinculado à densidade demográfica e, portanto, o empreendedor deverá indicar qual a previsão futura quanto ao número de lotes e a destinação de uso dos mesmos (residencial, comercial, industrial), a fim de que o Poder Público possa exigir o percentual de áreas públicas necessário e a execução das obras de infra-estrutura compatíveis. A alteração do padrão de ocupação territorial proposto poderá implicar na realização de obras complementares e no aumento do percentual de área pública exigida.

Feita essa ressalva, que julgamos importante, temos que as figuras de parcelamento do solo previstas são: o loteamento e parcelamento cuja conceituação se encontra no artigo 2º da Lei 6.766/79.

Vislumbra-se também possível a admissão da figura do arruamento enquanto projeto a ser aprovado e levado ao registro de imóveis, desde que respeitados os parâmetros estabelecidos para a figura do loteamento.

Nesse sentido a lição de Mukai, Caffé e Lomar: “as formas de parcelamento do solo urbano, disciplinadas pela lei, são o loteamento e o desmembramento; deixou a Lei de se referir ao remembramento, ao desdobro e ao reloteamento. Mas, decorrentes que são de alterações de loteamentos ou desmembramentos, serão admissíveis, adotando as disposições da Lei no que couber.”¹¹³

¹¹³ MUKAI, Toshio, ALVES, Alaor Caffé e LOMAR, Paulo José Villela. Loteamento e desmembramentos urbanos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p.5

O desdobro encontra previsão expressa na Lei 6.766/79, no parágrafo único do art. 11, entretanto com a denominação de desmembramento de lote, dispondo apenas no sentido de que o Município poderá fixar os requisitos necessários.

O que deve ser ressaltado é que enquanto subdivisão de gleba, somente o loteamento e o desmembramento são figuras previstas pela legislação federal de Parcelamento do Solo

Uma vez proposto o projeto de parcelamento do solo nos termos da legislação federal, estadual e municipal e sendo esse aprovado e registrado perante o Cartório de Registro de Imóveis teremos presente a figura de um parcelamento regular, o qual, para manter esse status deverá concluir a realização de obras projetadas no prazo do cronograma proposto, sob pena de se ver declarada a irregularidade do mesmo.

Aprovado o loteamento e registrado as vias públicas passam a integrar o patrimônio público na qualidade de bem de uso comum do povo, entendimento esse pacificado, como enunciado no RE 84.327-SP:

implantado o loteamento, as áreas destinadas às vias e logradouros públicos passam automaticamente para o domínio público do município, independentemente de título aquisitivo e transcrição, visto que o efeito jurídico do arruamento é, exatamente, o de transformar o domínio particular em domínio público, para uso comum do povo. (STF, 2ª T. ac. un. de 28.09.76 RE 84.327-SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra).

Não prevê a legislação federal a possibilidade de fechamento do loteamento, ao contrário o art. 4º, IV, da Lei 6766/79, apresenta como requisito para a aprovação de loteamentos que as vias internas se articulem com as vias adjacentes oficiais, existentes ou projetadas e harmonizem-se com a topografia local.

Tal disposição contém comando que resguarda o traçado urbano e a harmonia do conjunto urbanístico, no sentido de propiciar a melhor ordenação do solo, beneficiando os futuros adquirentes de lotes, no que diz respeito à comodidade de

circulação e acesso às demais áreas e locais da cidade. Essa articulação é necessária porque o loteamento é um instrumento de urbanização.¹¹⁴

O sistema viário decorrente da figura do loteamento do solo urbano, nas palavras de Venício Salles possui a seguinte configuração jurídica e finalidade pública:

os bens de uso comum, que são as ruas, as estradas, as praças, os rios públicos, ou seja, abrange todos os bens abertos ou disponibilizados à fruição coletiva. São bens franqueados à população, independentemente, em regra, de qualquer pagamento ou autorização. Neles, qualquer do povo pode circular, transitar, permanecer e se locomover, sem a necessidade de qualquer pedido prévio, bastando ostentar a condição de “pessoa” no exercício de seus direitos civis regulares.¹¹⁵

O lote como instituto de direito urbanístico

O parcelamento do solo para fins urbanos transforma glebas em lotes urbanos edificáveis.

Esse processo de transformação de uma área bruta em outro produto de menor tamanho e de maior valor agregado denominasse processo de urbanização. Por essa dinâmica pode-se transformar o todo em partes individualizadas, juridicamente autônomas, as quais a Lei de parcelamento do solo denomina de lotes.

Nos termos da Lei nº 5.172/66 – CTN, conforme definido em seu art. 32, § 1º, para fins de tributação “entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público: I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais; II - abastecimento de

¹¹⁴ MUKAI, Toshio, ALVES, Alaor Caffé e LOMAR, Paulo José Villela. Loteamento e desmembramentos urbanos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 28

¹¹⁵ SALLES, Venício Antonio de Paula. Bens de domínio Público e o registro de imóveis. In: Revista Boletim do IRIB – Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, maio/2004, nº 316, p.22

água; III - sistema de esgotos sanitários; IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar; V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

Sob o enfoque do lançamento fiscal a distinção necessária para a definição do fato gerador do tributo se socorre de parâmetros urbanísticos.

Já sob o ponto de vista do parcelamento do solo a área urbanizável não necessita possuir todos os requisitos elencados pelo Código Tributário, basta a previsão constante da legislação municipal competente, em especial do Plano Diretor, que indicará sob o ponto de vista do interesse local em que direção a cidade deve se expandir e em que condições.

Nessa direção, a Lei 6.766/79 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”.

Depreende-se assim que a definição de área urbana deve estar estabelecida em lei municipal, já a definição de lote, como fruto do processo de urbanização, deve conter ou, prever quando da sua futura implantação, a existência da infra-estrutura básica. Sem o atendimento a esse requisito, um projeto de parcelamento do solo não poderá ser aprovado.

Em seu art. 2º e §§ seguintes a Lei 6.766/79 estabelece o quanto segue:

§ 4º Considera-se lote o terreno servido de infra-estrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona em que se situe.

§ 5º A infra-estrutura básica dos parcelamentos é 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.

Verifica-se que o instituto do parcelamento do solo comporta a previsão de vários ônus a serem suportados pelo parcelador, que arca com parcela dos custos de

urbanização, mediante a colocação da infra-estrutura exigida pela lei, a sujeição a servidões de áreas *non aedificandi* e a transferência para o domínio municipal de áreas destinadas a sistema viário, equipamento urbano e comunitário e espaços livres.

Conforme determina a legislação federal (art. 4º, I) compete ao Município definir o percentual de área pública, de forma proporcional à densidade populacional do novo empreendimento, não existindo impedimento de que a legislação municipal estabeleça um valor único. Esses índices podem estar expressos no Plano Diretor Municipal ou na legislação municipal específica.

Na aplicação da legislação de parcelamento do solo a Administração Pública se encontra adstrita ao campo da legalidade, entretanto, existe um espaço de discricionariedade quando do estabelecimento de diretrizes, que como o próprio nome indica, são indicadores, são norteadores, aos quais o loteador deve atender com liberdade para desenvolver o seu projeto.

Nas palavras de Victor Carvalho,

No processo de aprovação do loteamento, mais que um simples controle de legalidade, há um verdadeiro ato complexo, de caráter negocial, em que o Poder Público manifesta uma vontade convergente com a do loteador. Esse acordo de vontades ocorre segundo um procedimento regulado em lei, em que o Poder Público elabora diretrizes a serem obedecidas quando da elaboração do projeto de loteamento. [...] O direito de propriedade não pressupõe, portanto, um direito de lotear. A constituição do desenho urbano, ou seja, a abertura de vias e logradouros é uma função do Poder Público. Por esse motivo, o ato que aprova um projeto de loteamento não é uma licença (ao contrário do que aprova um projeto de edificação), mas uma autorização, ato ordenador ampliativo de direito. O loteamento gera direitos para ambas as partes. O Poder Público adquire a propriedade de terrenos, servidões e equipamentos

de infra-estrutura, enquanto que o proprietário adquire o direito de construir sobre os lotes produzidos.¹¹⁶

Para Lucia Figueiredo a autorização é ato “administrativo, ampliativo de direitos, que consiste na outorga da possibilidade de prática de determinada conduta” e exemplifica com a autorização para o porte de arma, no qual existe algum conteúdo discricionário. Quanto à licença, se trata de “ato vinculado, que faculta ao beneficiário o desfrute de situação regulada pela norma jurídica” e exemplifica com a licença para edificar, para habitar ou de modo geral a licença ambiental e urbanística.¹¹⁷

Verifica-se desta forma uma divergência entre os dois citados autores quanto à classificação do ato autorizativo para urbanizar, para parcelar o solo com o fito de edificar sobre os lotes produzidos.

Entendemos que na grande maioria das vezes existe o direito do proprietário em promover a urbanização da sua propriedade e essa licença haverá de lhe ser outorgada desde que cumpridos os requisitos estabelecidos em lei, neste caso a decisão do agente público é vinculada, cumpridas as exigências a liberação para o exercício da atividade é de rigor, não cabe espaço para uma análise discricionária. Aqui estamos a falar, portanto, de licença.

Existirão os casos em que a legislação expressamente veda o exercício de tal atividade urbanizadora em determinado território, nesta hipótese, neste caso também não haverá espaço para o exercício da atividade discricionária, nesse caso ocorrerá o indeferimento à pretensão, portanto, poderia se dizer que nem sempre a propriedade gera naturalmente o direito de parcelar o solo e, assim, estaríamos frente a um ato de natureza autorizativa. Não nos parece, aqui ainda tratar-se-ia de um indeferimento à pretensão da licença, ato vinculado em razão de determinação legal expressa.

Naqueles casos extremos em que o Município não possua Plano Diretor ou legislação que regre o parcelamento do solo, a pretensão do interessado estaria em tese desamparada de respaldo legal. Discordamos desse possível entendimento,

¹¹⁶ PINTO, Victor Carvalho. Direito Urbanístico: Plano Diretor e Direito de Propriedade. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2005 p. 302

¹¹⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 9ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 183

nesse caso a Administração Pública, amparada nos princípios constitucionais e que regem os atos administrativos, associados aos aspectos físicos, condições técnicas e capacidade de absorção do impacto da intervenção pretendida, deverá por decisão motivada justificar a liberação ou não em face do pedido formulado pelo interessado. Nesse caso específico, parece-nos se configuraria uma aparente situação de autorização, em face de uma possível ampliação de direitos, mesmo assim, entendemos que o melhor enquadramento se encontra na configuração de licença, posto que legalmente justificada a presença dos requisitos necessários e do interesse público a licença decorrerá naturalmente.

O ato administrativo para parcelamento do solo é ato sim da vontade pública, mas essa vontade tem de estar expressa na lei, deve refletir o interesse local e, portanto, trata-se de ato vinculado.

Diferencia-se o direito de construir do direito de parcelar o solo no sentido de que o primeiro age sobre o universo do imóvel, enquanto que no exercício do segundo direito a sua ação implica em uma intervenção de ordem urbanística, em mudança no traçado urbano, ou seja, no ordenamento e planejamento territorial. Evidente que qualquer ação do ser humano gera reflexos em relação ao meio em que atua, entretanto, no primeiro caso essa será pontual e interna a uma propriedade cujos limites já se encontram definidos, enquanto que no segundo tipo de intervenção ocorrerão alterações concretas que gerarão efeitos em relação ao direito à cidade.

No nosso entendimento tanto o direito de construir como o direito de parcelar o solo, compõem o direito de usar, fruir e dispor do bem, sendo que em relação ao direito de construir se constitui em um exercício mais simples, enquanto o direito de parcelar se compõe como ato complexo

Cumpridas as exigências, o direito de parcelar o solo se incorpora ao terreno, assim como o direito de construir também. Antes disso, a propriedade possui um direito em potencial, comum a todas as propriedades imóveis, que somente se consolidará em função dos parâmetros estabelecidos em lei e que devem refletir o entendimento comunitário de qual seja a função social para as propriedades localizadas em cada região da cidade, posto que, as funções são distintas, podendo inclusive limitar o direito de parcelamento do solo.

A legislação federal e na grande maioria das vezes a legislação municipal não estabelece limitadores quantitativos em relação ao tamanho do lote, de forma a diferenciar com maior precisão a distinção entre lote e gleba, o que acaba por gerar dúvidas na aplicação da legislação e distorções.

A interessante análise desenvolvida por Victor Carvalho aborda a distinção entre lote e gleba, caracterizando o lote como o terreno que pode ser edificado, ao passo que a gleba seria inedificável. Explica o autor que:

A restrição à edificabilidade das glebas é a técnica empregada pelo direito urbanístico para impedir a ocupação de áreas ainda não dotadas de infra-estruturar. A caracterização de um terreno como lote pressupõe que ele já está apto a ser ocupado, por dispor da infra-estruturar adequada. ... A doutrina tradicional discute a vinculação entre o direito de construir e o direito de propriedade em termos genéricos. Afirma-se que toda propriedade imobiliária é dotada, em tese, do direito de construir. O que passa despercebido nessa formulação é a indispensável distinção entre os conceitos de lote e de gleba.¹¹⁸

A ausência de parâmetros que propiciem a clara distinção entre lote e gleba acaba por promover distorções no planejamento urbano e ordenamento territorial. Além da exigência da infra-estrutura é necessário delimitar o tamanho máximo para a figura do lote, de forma que se tenha um índice objetivo e claro.

Essa ausência desse delimitador tem possibilitado equivocadamente uma leitura limitada e deturpada da legislação permitindo a implantação de condomínios em áreas absurdamente enormes, sem que haja por parte do poder público qualquer questionamento sobre as implicações urbanísticas de curto, médio e longo prazo.

A figura jurídica do condomínio implantada em áreas acima de determinada metragem, que ultrapassem o tamanho do lote máximo admissível, deve estar condicionada ao atendimento de parâmetros mais exigentes, de modo a se comprovar sob diversos aspectos (ambientais, de mobilidade urbana, de geração de

¹¹⁸ PINTO, Victor Carvalho. Direito Urbanístico: Plano Diretor e Direito de Propriedade. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2005, p. 299

ônus) quais os efeitos deletérios de tal conformação territorial e quais as formas possíveis de minorar tais efeitos.

Defende Victor Carvalho que:

O lote máximo, índice de escassa utilização na tradição brasileira, permite ao Poder Público controlar a dimensão dos empreendimentos privados, como os condomínios horizontais. Conjuntos de edificações sobre o mesmo lote somente podem ser constituídos sobre terrenos de dimensões inferiores às do lote máximo estabelecido pelo plano diretor para a respectiva zona. Se as dimensões do terreno forem superiores, ele deve ser considerado uma gleba e, como tal, é inedificável. [...] É inadmissível, portanto, a disposição constante de diversas leis municipais, que admite a constituição de condomínio sobre gleba, como opção do proprietário, alternativamente ao loteamento. Tal dispositivo evidentemente constitui uma burla à lei de parcelamento do solo urbano, uma vez que o condomínio não incide sobre os mesmos ônus do loteamento. [...] A opção entre permitir lotes grandes ou pequenos é de responsabilidade do planejamento urbano de cada Município. Nos lotes grandes o ônus de instalar e manter a infra-estrutura e serviços é do condomínio (...). Por outro lado, os lotes grandes tendem a se transformar em “guetos” fortificados, onde o acesso de estranhos é restringido.¹¹⁹

Ainda que concordando com as razões expostas acima por Victor Carvalho e entendendo salutar a definição de lote máximo, acreditamos que a conceituação de gleba como inedificável, sem critérios diferenciadores para cada realidade regional, não seria a melhor construção jurídica para a solução da problemática constituída pela implantação de loteamentos fechados ou condomínios de lotes, sem qualquer regramento específico.

Partindo do pressuposto que lote é o resultado de um parcelamento do solo, naquelas situações onde já se tenha destinado originalmente o percentual de áreas públicas, a princípio não deveria ser exigida nova destinação de áreas públicas quando do reparcelamento do lote.

¹¹⁹ PINTO, Victor Carvalho. Direito Urbanístico: Plano Diretor e Direito de Propriedade. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2005, p. 304-305

Nesses casos, independentemente do tamanho do lote o percentual de áreas públicas destinadas à função de lazer, ambiental e institucional já haveria sido satisfeito. Isso não significa que uma área, fruto de parcelamentos sucessivos, mas que ainda se constitui de um tamanho desproporcional em face do ordenamento territorial, não possa ser obrigada a promover a abertura de sistema viário, de modo a adequá-la ao desenho de cidade que atenda ao interesse público.

Diz-se, a princípio, porque existem situações em que uma sequência de atos negligenciais permitiram que se promovesse a subdivisão constantes de uma área maior em seus subprodutos, sem que qualquer porcentagem de terreno fosse destinada ao Poder Público, exceção feita à abertura de vias, meio viabilizador de vários parcelamentos do solo.

Caso comprovado que a sucessão de parcelamentos não garantiu o percentual de terras públicas devidas então caberá a cobrança proporcional nas futuras subdivisões.

O problema nesta formulação é que exigir-se-á do Poder Público ou esse ônus terá de ser repassado ao particular para que se comprove toda a cadeia de parcelamentos sucessivos e a destinação de áreas públicas originadas, de tal modo a se comprovar ao final desse processo que o parcelamento do solo pretendido se caracteriza como empreendimento para o qual não mais deveriam ser destinadas áreas voltadas ao lazer ou a usos especiais.

Para efeitos de controle administrativo, mais simples seria a fixação de índice definidor do tamanho máximo de lote, critério esse que pode e deve ser utilizado, para as áreas urbanas, urbanizáveis ou de expansão urbana.

Para melhor compreensão podemos nos deparar com a situação em que fazendas vão sendo ao longo de décadas desmembradas, sem qualquer destinação de área pública, a não ser, muitas vezes, aquelas destinadas a caminhos de acesso, a tal ponto que depois de sucessivos parcelamentos restam “lotes” ou “glebas de cem mil metros quadrados, sobre a qual o proprietário deseja exercer o direito de desmembrá-la em dez lotes de dez mil metros quadrados. Ainda que o Poder Público venha exigir o percentual de 15% de áreas destinadas ao lazer, à prática do ócio ou a fins institucionais, a área maior continuará sob o ponto de vista físico como

sendo um único bloco, sob o ponto de vista registral passará a se constituir de 10 lotes destinados à edificação e mais um lote público equivalente ao percentual exigido.

Verifica-se pelo caso exposto que uma propriedade fruto de parcelamentos anteriores e que possua a infra-estrutura exigida pela lei poderia a princípio ser perfeitamente identificada como um lote, mas o seu tamanho não condiz com essa classificação, essa ausência de uma classificação objetiva conduz a uma série de dúvidas, provocando indefinições, decisões contraditórias e insegurança jurídica ao empreendedor imobiliário e ao agente público.

A definição quanto ao tamanho máximo de lote traria benefícios, obrigando que naturalmente aplique-se a figura do loteamento (com abertura de ruas) para qualquer área a ser parcelada e que ultrapasse o referido limite.

Esse critério apresenta-se útil para fins de parcelamento do solo quanto para a constituição de condomínios. Não é porque o condomínio não se configure tecnicamente como uma figura de parcelamento do solo, que poderá ficar à margem dessa discussão. Dependendo do desenho e da conformação física da área e do aumento demográfico a ser gerado um condomínio pode ser urbanisticamente mais danoso do que um loteamento, assim deverá atender esse ao mesmo critério de lote máximo.

Aqui reside um dos maiores entraves para a elaboração de uma legislação que venha reger essa figura do condomínio de lotes ou do loteamento fechado, posto que o mercado imobiliário reluta em aceitar limitações ao tamanho da propriedade, tema que voltaremos a tratar na análise do PL 3057/00 em tramitação na Câmara dos Deputados.

O que se pode questionar é se competiria à União estabelecer o tamanho de lote máximo. Partindo do pressuposto da realidade do ordenamento urbano nacional, pode-se constatar que existe uma quase unanimidade ao se estabelecer o tamanho máximo de quadra (a poligonal de terreno cercada de ruas por todos os lados), geralmente fixada em um máximo de 250 metros lineares o que redundaria no máximo em uma área de 62.500 m² (sessenta e dois mil e quinhentos metros quadrados),

assim, inadmissível que um lote em área urbana ou de expansão urbana pudesse ser superior a esse parâmetro.

Entendemos que a União ao fixar tal tipo de índice máximo não estaria a invadir competência municipal posto que esse regramento fixaria um parâmetro único para todo o território nacional, podendo cada Município estabelecer qualquer outro valor desde que respeitado o teto definido em norma federal.

Exceções poderiam ser admitidas como, por exemplo, em face de exigências ambientais onde o parcelamento do solo e o adensamento populacional não é efetivamente desejado e a baixa densidade populacional e a dificuldade de transitar são fatores desejáveis, que atendem nesse caso ao interesse público.

Expressamos o entendimento de que é necessária uma diferenciação com relação ao conceito de tamanho máximo de lote, propondo-se que hajam tamanhos diferenciados conforme a região do Município.

Para as áreas urbanas, urbanizáveis ou de expansão urbana o ideal é que seja fixado um tamanho de lote máximo que venha a equivaler ao tamanho de uma quadra padrão do Município (150 X 150m; 200 X 200m; 250 X 250m), posto que esse é um padrão urbanisticamente consolidado, de modo a permitir uma eficiente mobilidade urbana aos cidadãos.

Para as zonas rurais em que o proprietário desejasse promover empreendimentos de caráter “fechado” para fins urbanos, desde que houvesse previsão legal no Município, para esse tipo de empreendimento, deveria ser fixado um tamanho máximo de gleba, de tal modo a se evitar grandes enclaves ao futuro desenvolvimento do Município, bem como, a internalização de bens de uso comum do povo, como o acesso a praias, rios, cachoeiras, entre outros.

O estabelecimento de índices limitadores ao tamanho de lotes e de glebas para fins de parcelamento do solo urbano é de suma importância para que se tenha uma parametrização legal que expresse com a devida segurança jurídica, quais são os direitos e deveres presentes, de forma a orientar a atuação dos empreendedores imobiliários e dos técnicos do Poder Público, responsáveis pelo estabelecimento de diretrizes e pela aprovação do projeto.

Para efeitos comparativos quando se edifica um edifício no terreno equivalente a uma quadra ou quando se edifica dez edifícios na mesma área, o efeito em relação ao sistema viário não se modifica em relação ao desenho urbano, evidente que ocorrerão reflexos de outras ordens, como aumento do fluxo de pessoas e veículos, aumento do trânsito, congestionamentos, produção de resíduos sólidos, entre outros. Esses reflexos poderão ser controlados pela legislação municipal através da imposição de índices limitadores como densidade populacional, coeficiente de aproveitamento, taxa de ocupação do terreno, gabarito de altura das edificações.

Situação distinta ocorrerá quando na área urbana consolidada se admita a construção de um único edifício em área equivalente a várias quadras, esse tipo de empreendimento não estará de acordo com o planejamento do ordenamento territorial da cidade.

Poderá se alegar que qualquer empreendedor imobiliário poderá fazer tudo aquilo que a lei não lhe proíba, ao passo que a Administração Pública se encontra adstrita ao cumprimento da lei, podendo apenas promover os atos e impor as obrigações que esta lhe autoriza. Não havendo legislação específica que trate da matéria estaria a Administração obrigada a aceitar um projeto construtivo mesmo que esse venha a ferir o interesse público.

Tal linha de raciocínio se apresenta inaceitável, ainda que o Município não possua legislação específica que estabeleça parâmetros limitadores, poderá a Administração Pública se socorrer dos princípios e objetivos fundamentais estatuídos na Constituição Federal, bem como, nos fundamentos expressos na Lei 10.257/01 – Estatuto da Cidade que fixa os parâmetros pelos quais deve se pautar a Administração Pública na promoção do ordenamento territorial, além do que estabelece o art. 37 da Constituição Federal.

Sob o prisma da constituição condominial em face de um lote ou de uma gleba de terra, há que se distinguir entre o condomínio decorrente de uma compropriedade, no qual, independentemente do tamanho da área, os condôminos são proprietários de um todo, possuindo cada qual a sua fração ideal indiscriminada, e o condomínio objeto de uma incorporação imobiliária decorrente da Lei 4.591/64, onde cada condômino possui uma fração ideal das áreas comuns e possui uma fração ideal em relação à construção perfeitamente identificada e individuada.

Creditamos assim, razão ao jurista Victor Carvalho quando defende a existência de parâmetros quanto ao tamanho do lote máximo e que a gleba não poderia ser a princípio objeto de um processo construtivo ou de parcelamento do solo, sem que se tenha um parâmetro quanto a esse tamanho máximo de área, sob pena, do negligenciamento quanto a esse aspecto, vir a ferir o ordenamento territorial e o interesse público, entretanto, ponderamos no sentido de que situações diversas admitem soluções distintas.

De qualquer forma o arcabouço legal existente somente permite a divisão de uma gleba através de um processo de parcelamento do solo (por loteamento ou desmembramento) configurando-se a dúvida maior quando se trabalha com a figura do condomínio, para a qual, a princípio não haveria limitação quanto ao tamanho da área.

Nesse ponto voltamos à questão de limitar-se a aprovação de condomínios apenas à configuração de lotes, criando-se o impeditivo de que os mesmos fossem implantados em glebas.

Entendemos nesse ponto como mais salutar a criação de limitação para as áreas urbanas ou de expansão urbana, deixando-se a possibilidade de constituição de condomínios em áreas maiores em zonas rurais, desde que atendidos critérios mais rígidos em relação à destinação de áreas verdes, à apresentação de Estudos de Impacto de Vizinhança, Estudos de Impacto Ambiental, proibição de extensos perímetros constituídos pela existência de longos muros.

Desta forma a legislação federal admitiria a possibilidade de novas formas de parcelamento do solo desde que condicionadas ao atendimento de parâmetros que atendam aos princípios fundamentais da república, que garantam o atendimento aos princípios fundamentais da pessoa humana, que garantam o desenvolvimento de cidades sustentáveis sob o ponto de vista social e ambiental.

Previsão legal para a figura dos loteamentos fechados

A existência dos denominados loteamentos fechados, condomínio de lotes, ou condomínio urbano, têm se desenvolvido por milhares de cidades brasileiras e se

apresenta como um fenômeno de abrangência mundial, sendo que no Brasil não existe uma legislação específica que regule esse tipo de empreendimento imobiliário.

A legislação de parcelamento do solo admite apenas as figuras do loteamento e do desmembramento como espécies desse gênero. O condomínio é figura jurídica própria, que não se confunde com o parcelamento do solo, encontrando seu fundamento na Lei 4.591/64.

O que corriqueiramente se assiste é a utilização de uma mescla de requisitos de cada um dos institutos jurídicos, criando-se uma figura híbrida que não encontra fundamento legal e que em geral resvalam no ferimento ao interesse público, mais comum ainda, tem sido a aprovação de loteamentos com amparo legal na Lei 6.766/79 e a sua posterior conversão em “loteamento fechado” por meio de uma lei de concessão das áreas públicas, se utilizado para tanto, como fundamento, do Decreto-Lei 271/67.

Previsão legal para a figura do Condomínio de lotes ou “Condomínio Urbanístico”

Nos termos do art. 24, § 1º, da Constituição Federal compete à União legislar sobre direito urbanístico e por se configurar essa atribuição como matéria concorrente, em que os Estados também podem legislar sobre o mesmo assunto, caberá à União estabelecer normas gerais.

Conforme visto anteriormente a atribuição de legislar concorrentemente também se estende aos Municípios, nos termos que estabelece o art. 30, I, II e VIII, da Constituição Federal.

Compreende-se que no âmbito de normas gerais se encontra a atribuição de definir quais sejam as formas possíveis de parcelamento do solo e seus requisitos fundamentais, de modo a perfeitamente caracterizá-los, sob pena de ocorrerem dúvidas no momento da classificação e individualização dos institutos.

Deste modo, a concepção de uma figura jurídica, que permita a constituição de lotes em uma relação de condomínio, na qual as ruas internas sejam consideradas particulares, necessita de um ordenamento jurídico próprio.

Esse hipotético futuro regramento federal não poderá deixar de estabelecer as definições que deverão fazer parte inerente da criação dessa nova figura, sem as quais não será possível identificar ou limitar o seu grau de abrangência, nem limitar seus efeitos negativos.

Atualmente essa discussão se encontra na pauta do Congresso Nacional, sendo que tramita perante a Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 3057/2000, do qual consta a proposta de criação de uma nova figura jurídica que passaria a denominar-se de condomínio urbanístico.

Uma análise específica sobre essa proposta consta do Capítulo IV.

Loteamentos regulares e sua transmutação em loteamentos fechados

Neste estágio cumpre analisar a situação dos loteamentos aprovados nos moldes da Lei 6.766/79 e que posteriormente passam para a nova configuração de “loteamentos fechados”.

Aqui adentramos ao problema concreto, de modo a analisarmos os efeitos legais produzidos por tal comportamento administrativo do Poder Público.

Este tem sido um padrão comportamental bastante comum nas cidades brasileiras, aprova-se o parcelamento nos moldes da legislação federal, depois, utilizando-se de prerrogativa municipal, promove-se a concessão de uso das áreas públicas.

Normalmente os expedientes mais utilizados para consagrar essa conversão se utilizam das figuras previstas no Direito Administrativo para a transferência do direito de uso propriedade pública para fins de utilização por particulares, quais sejam: a permissão de uso e a concessão de uso.

A permissão de uso de bem público é o ato unilateral, precário e discricionário quanto à decisão de outorga, pelo qual se faculta a alguém o uso de um bem público.¹²⁰

A concessão de uso de bem público é o contrato administrativo pelo qual a Administração trespasa a alguém o uso do bem público para uma finalidade específica. Se o poder público, instado por conveniências administrativas pretender rescindi-la antes do termo estipulado, terá de indenizar o concessionário.¹²¹

Segundo leciona Maria di Pietro:

A destinação pública é inerente à própria natureza jurídica dos bens de uso comum do povo e de uso especial, porque eles estão afetados a fins de interesse público [...] essa afetação não impede que se amplie a sua função [...] para assegurar aos administrados a possibilidade de utilização privativa, desde que seja compatível e não prejudique o fim principal a que se destina.¹²²

Constata-se desta maneira que a Administração tem inteira liberdade para disciplinar o uso do espaço público por particulares, por exemplo: a colocação de barracas na praia, de bancas de jornal na rua, de bancas de fruta na praça, são assuntos corriqueiros enfrentados pelo Poder Público, entretanto, tais atividades têm de estar sempre amparadas em lei e compatibilizadas com o fim principal a que o bem está afetado. “O interesse público constitui a baliza que orienta as decisões [do Poder Público]”¹²³

Utilizando-nos ainda das lições de Maria di Pietro, “a permissão é outorgada quando o uso, embora de interesse privado do permissionário, proporciona alguma utilidade para o cidadão”, caracteriza-se pela precariedade, com poder de revogação unilateral a qualquer momento pelo poder público, enquanto que a “concessão de

¹²⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 902

¹²¹ Ibidem, p. 903

¹²² PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função social da propriedade pública. In: Direito Público. Estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 566

¹²³ Ibidem, p. 567

uso tem natureza contratual”, “tratando-se de contrato administrativo esta sujeito às normas da lei de licitações e contratos”.¹²⁴

Por essas razões parte das Administrações Públicas que tem adotado a prática da autorização do fechamento de loteamentos têm se valido de legislação municipal que permite a permissão de uso.

Na outra parte dos casos o Poder Público ao proceder a concessão das áreas públicas de um loteamento regular, autorizando o seu cercamento e controle de acesso, tem buscado resguardo no Decreto Lei nº 271/67, que dispõe em seu art. 7º, nos seguintes termos:

Art. 7º 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 questão principal é saber se este ato encontra-se no campo da legalidade, se fere o direito da coletividade e se esta de acordo com o interesse público.

Aprovados, registrados e implantados esses loteamentos de caráter aberto, acessíveis fisicamente a qualquer cidadão e incorporados em sua totalidade ao ordenamento territorial da cidade, passam a integrar o desenho urbano, passando suas ruas, praças e áreas institucionais a pertencer à sociedade.

A aplicação do art. 7º, do DL 271/67 prevê a possibilidade da concessão de direito real de uso para aqueles casos em que se configure o interesse social. Resta aqui questionar qual o interesse social que justifica o fechamento de um loteamento. Sustentam alguns que a violência e a ausência de segurança seriam os fatores que justificariam o fechamento.

¹²⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função social da propriedade pública. In: Direito Público. Estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004,, p. 570

A acreditar-se que esse seja efetivamente uma motivação de interesse social e aplicando-se o princípio da isonomia garantida constitucionalmente teremos que todos os loteamentos de uma cidade podem ser fechados, de tal forma a garantir-se tratamento isonômico.

A justificativa de que nem todos podem ser fechados sob pena de inviabilidade da cidade, talvez seja a de que esse “benefício” somente poderá ser outorgado naqueles casos em que a solução se justifique como de interesse social e de interesse público, neste caso presume-se que a decisão tenha passado por uma análise urbanística profunda de tal forma a se aferir as suas vantagens para a cidade, para a sociedade como um todo, tendo sido sopesados os seus efeitos deletérios para o restante da cidade. Caso isso não tenha ocorrido o ato de concessão esta a ferir princípios básicos do ordenamento jurídico maior.

Cabe neste aspecto diferenciar o que é interesse público do que é interesse coletivo. O público é uma esfera que engloba o contexto geral da sociedade este sim se impõe sobre o cidadão. Os interesses coletivos como de um clube ou um condomínio, somente se impõem pela vontade expressa de cada membro participante em aderir às regras estatuídas.

Também cabe distinguir entre interesse social e interesse público, tratando-se o primeiro daquelas situações em que a fim de se promover a justiça social, o reequilíbrio das forças sociais, equilibrar a distribuição dos benefícios sociais, justifica-se a adoção de medidas que beneficiam mais àqueles setores que necessitam de um maior apoio do Estado, de modo a reduzir ou eliminar diferenças sociais ou regionais. Já o interesse público é mais amplo, abarcando inclusive o interesse social, mas objetivando o interesse global, que inclusive extrapola os limites municipais e é comum a todo o território nacional.

É necessário verificar em cada caso concreto se a conversão do loteamento convencional em loteamento fechado vem atender a interesses de ordem pública ou se trata de atendimento a uma coletividade localmente interessada.

Observe-se que os objetivos a serem alcançados por meio da concessão de uso, como direito real resolúvel, objetivam a utilização de áreas para a promoção de: regularização fundiária, 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.

Socorrem-se os defensores do fechamento por meio da utilização do Decreto Lei 271/67, como o ordenamento jurídico que confere legalidade ao ato, justificando que a expressão “ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas”, permitiria a correta interpretação que estaria a garantir o fechamento das vias de circulação e das áreas de lazer e institucionais.

Por mais que haja um esforço interpretativo essa é uma leitura que não encontra a necessária sustentação.

Evidente que para pequenas áreas, ruas de pequeno comprimento e sem saída o fechamento do sistema viário pode não prejudicar o interesse público, sendo possível o seu controle de acesso, sem que isso possa significar a proibição de acesso a qualquer cidadão e muito menos a imposição de constrangimentos, como processos de revista pessoal.

Competência do município para conversão do loteamento padrão em “loteamento fechado”

Deixando de lado os aspectos negativos da criação de bolsões territoriais isolados que em nome de uma segurança particular constroem uma nova concepção de ocupação do solo, cabe-nos indagar sobre os limites da competência de uma norma municipal para autorizar o fechamento de loteamentos.

A Administração Pública possui a prerrogativa de promover a autorização, a permissão ou a concessão de uso, de área pública em favor de terceiros objetivando alcançar resultados que venham ao encontro do interesse público.

A identificação do interesse público é elemento essencial do ato administrativo, posto que o fundamenta. Resta então responder qual é o interesse público atendido ao se autorizar o fechamento de loteamentos urbanos?

Uma das justificativas utilizadas para identificar a presença do interesse público é a de que, com tal providência os interessados no fechamento passariam, em contrapartida, a cuidar da conservação e manutenção das áreas públicas, subtraindo-se do Poder Público tal responsabilidade, o que significaria economia para os cofres públicos.

A segunda resposta para indagação, é que ao promover o fechamento esses loteamentos se converteriam em territórios mais seguros onde uma parte significativa das despesas com segurança pública seriam poupadas, substituindo-se essa por serviços de segurança privada.

Essa lógica vai ao encontro das proposições liberais de Estado mínimo, com o Estado transferindo para terceiros aquilo que seria sua atribuição.

Sob o ponto de vista jurídico resta saber se o ato, formalmente praticado, da concessão de áreas públicas e do fechamento de loteamento, encontra fundamento na legislação em vigor e se essa aparente formalidade atende efetivamente o interesse público.

Conforme os ensinamentos de Celso Antonio “a res publica” não é, obviamente, propriedade pessoal dos administradores. Estes simplesmente gerem-na. Mais não lhes assiste que curar, do melhor modo possível, interesses de toda a coletividade.”¹²⁵

Pela competência em razão da matéria a proposta de fechamento e de concessão deve ser ato originário do poder executivo que apresentado à Câmara legislativa deve ser por esta aprovado. Como a Câmara representa o povo, a aprovação ao projeto do executivo e a posterior sanção pelo Prefeito torna a Lei legal sob o ponto de vista formal.

Desta maneira, formalmente o ato praticado cumpriria os seus requisitos técnicos, subordinando-se o Administrador à Lei autorizativa.

No que tange ao aspecto do “interesse público” é sabido que tal conceituação abarca uma grande gama de situações. Assim, vislumbra-se que para resguardo da legalidade deveriam ser ouvidos: o conjunto de moradores residentes no loteamento

¹²⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Grandes Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2010, p.158

objeto da intervenção, assim como a população do entorno, demais órgãos técnicos que guardam relação com a matéria, além de entidades da sociedade civil vinculadas às questões da ocupação territorial, ambiental e de circulação viária.

A adoção desse procedimento democrático-participativo propiciaria a construção de soluções concertadas em que seria possível observar e analisar com maior atenção e detalhamento os diversos aspectos técnicos e sociais que envolveriam o fechamento de um determinado território e do seu sistema viário interno.

A motivação exigida no caso concreto do fechamento de loteamentos não pode ser a única e exclusiva vontade do Executivo ou a vontade dos moradores locais.

A simples existência de um loteamento automaticamente o insere no ordenamento territorial. O conjunto de vias públicas, áreas de lazer e áreas institucionais, passa a permitir ao conjunto da sociedade um grau de mobilidade urbana; o desfrute das áreas públicas ou até mesmo o direito, em potencial, de vir a usufruir dos benefícios que essas áreas de uso comum do povo poderão propiciar caso o Poder Público cumpra adequadamente o seu papel de gestor público.

Essa constituição física do loteamento traz consigo a função de serviço público desses espaços gerando direitos.

Desta forma a motivação do ato administrativo promotor da autorização para fechamento deve vir calcado sobre uma profunda análise técnica de diversos órgãos, com o aval de seu corpo técnico, ouvidos os seguimentos diretamente envolvidos e os setores da sociedade interessados.

Para a elaboração desse processo deve ser dada ampla divulgação.

O fechamento de espaços públicos provoca diversas alterações e é fundamental que haja um processo de democracia participativa que legitime a decisão. Não haverão certamente consensos, mas é possível se chegar a uma concepção concertada entre os diversos atores, que independente de seu resultado, se constituirá em um procedimento muito mais legítimo.

Em face da importância com que o tema se reveste é salutar que essa temática seja prevista e regulamentada no Plano Diretor, ainda que seja fixando diretrizes para a aprovação legislativa quando preenchidos os requisitos necessários.

Além disso, a decisão do Poder Público no sentido do fechamento deve estar amparado em aprofundado estudo técnico representado por um Estudo de Impacto de Vizinhança.

O fechamento de pequenos enclaves urbanísticos que não representam maior interesse urbanístico, como o caso de vias sem saída ou vila de casas, poderá ser objeto de concessão sem que isso venha acarretar maiores prejuízos urbanísticos, entretanto, a simples decretação de alguns bolsões com a interdição parcial de vias públicas pode ser atitude que se coque frontalmente com o interesse público maior.

A anuência na conversão de loteamento público em privado

Um problema objetivo que nasce logo de início, ante um reclamo de fechamento do espaço territorial de um loteamento existente, diz respeito ao número de moradores que devem manifestar anuência com tal conversão.

Com a promoção do loteamento fechado, de praxe, todo sistema viário e áreas públicas de uso comum passa para responsabilidade de uma Associação constituída para tal fim.

A questão jurídica aqui a ser enfrentada diz respeito ao art. 5º, XX, da CF/88, que estabelece que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou permanecer associado.

Tal conversão pode não ser do interesse integral de todos os moradores do loteamento a ser convertido, além do que o loteamento fechado passará a gerar um ônus a cada proprietário de lote, referente ao custo dos serviços de manutenção das áreas públicas concedidas, bem como, em relação obras serviços de portaria e de segurança.

Ao promover a aquisição de um lote de terreno em um loteamento aprovado nos termos da Lei 6.766/79, o interessado não o fez com a finalidade de que, posteriormente, esse parcelamento do solo veio a se transformar. Isso tem gerado um grande número de litígios que tem desaguado no judiciário.

Nessa matéria há julgados de todos os tipos, mas os que mais chocam são aqueles que entendem ser um dever do proprietário discordante arcar com os custos de manutenção, pois não pode este se beneficiar dos serviços à custa dos demais, de modo a locupletar-se.

Sustentam alguns que haveria uma diferenciação entre a garantia de não ser obrigado a se associar e a obrigação de participar de cotização dos custos dos serviços prestados.

Ocorre que aqueles moradores – proprietários ou compromissários compradores - que não concordam com o fechamento do loteamento, não compraram um lote com tais características, a alteração do produto ou de suas características fere o direito. Outro motivo é que não lhes pode ser imposta uma cobrança para a qual não concorreram com a sua manifestação de concordância.

Nesse diapasão se encontram diversos julgados, como se extrai do seguinte acórdão:

[...] se o loteamento já estava de há muito estabelecido, os titulares dos lotes não podem ser constrangidos ao pagamento da taxa, visto ser inconstitucional a participação compulsória associação, ainda que esta seja destinada a prestar serviços que direta ou indiretamente os beneficiem. No caso dos autos, os próprios estatutos prevêm que aqueles que desejem integrar a sociedade, manifestem a sua vontade, mediante termo de adesão. Inexiste lei obrigando ao pagamento dessa contribuição, em face da derrogação do DL nº 271/67 pela Lei 6766/79, que disciplinou totalmente a matéria relativa a loteamentos urbanos, não sendo assim possível invocar o art. 3º do aludido Dec. Lei 271/67, o qual determinava que os loteamentos eram assemelhados aos condomínios, incidindo a Lei nº 4.591/64, já que o loteador era equiparado ao incorporador e os compradores aos condôminos. E, além disso esse dispositivo carecia de regulamentação ...A associação deve ser oriunda de manifestação de vontade, não podendo ser obrigatória, [...] ¹²⁶

¹²⁶ Agravo de Instrumento nº 64.698-0 Rio de Janeiro – Registro nº 95/00069326, Relator Ministro Fontes de Alencar, j. 17/06/96.

Possibilidade de alterações nas relações contratuais

Tanto a idéia de que as obrigações contratuais devem ser entendidas em função das circunstâncias, ao lume das quais se travou o ajuste (*rebus sic stantibus*), quanto a imutabilidade do contrato (*pacta sunt servanda*), são concepções que remontam o Direito Romano.

Pela concepção *rebus sic stantibus* “as obrigações contratuais hão de ser entendidas em correlação com o estado de coisas ao tempo em que se contratou (...) a mudança acentuada dos pressupostos de fato em que se embasaram implica alterações que o Direito não pode desconhecer. É que as vontades se ligaram em vista de certa situação e efeitos totalmente diversos, surtidos à margem do comportamento dos contraentes”.¹²⁷

A teoria da alteração contratual em face de mudanças ocorridas pela imposição de concepções mercadológicas, que estimulam a modificação de loteamentos abertos em loteamentos fechados, não pode ser aplicada às situações contratuais estáveis, pela qual a parte interessada adquiriu um produto certo e determinado. Esse produto não pode ser alterado ao bel prazer de terceiros que resolvem impor um novo status aos lotes oriundos de um parcelamento do solo promovido nos moldes da Lei 6.766/79.

As relações contratuais constituídas com o objetivo de aquisição de terrenos, fruto de parcelamento do solo, com ruas e áreas públicas, não podem ser modificadas, promovendo alterações no direito adquirido.

Prevalece nesses casos a concepção *pacta sunt servanda*, pela qual se garante a imutabilidade do contrato.

Estabelece-se, desta forma, a segurança jurídica, um dos pilares básicos do Direito e da sua principal razão de ser.

¹²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 635

As pessoas que adquiriram um lote individualizado, objeto de parcelamento do solo nos termos da Lei 6.766/79, com frente para uma rua pública, com a garantia da prestação de serviços pelo poder público (manutenção do sistema viário, segurança pública, conservação de praças, etc.), não podem ser obrigadas a aderir a um novo modelo urbanístico, posto que não foi essa a sua opção.

Caso haja a concordância da totalidade, unânime, dos adquirentes de lotes e daqueles que já se constituíram como titulares de domínio, então poderá haver a alteração do sistema urbanístico do parcelamento, uma vez que tal deliberação implicará em ônus adicional a cada um.

Essa vontade coletiva da totalidade de compromissários compradores e proprietários não é suficiente, entretanto, para impor ao Poder Público a obrigação de aceitar ou obedecer a essa vontade “coletiva”, uma vez que essa não se identifica com o interesse público, ao contrário, no caso concreto essa “vontade coletiva”, mais se identifica como um interesse individual, que, portanto, não pode prevalecer sobre o interesse público.

A decisão do Administrador Público de aceitar ou não a propositura dos interessados no fechamento de um determinado loteamento é situação jurídica que não se encontra na esfera de atuação discricionária, ao contrário, trata-se essa de atividade vinculada ao interesse público e demais princípios.

Loteamentos que já nascem “fechados”

Podemos encontrar legislações municipais que admitem a referida figura dos loteamentos fechados exigindo, via de regra, a constituição de uma Associação composta pelos adquirentes de lotes ou pelos proprietários.

Nesses casos é comum observar que o loteador, assim que registra o loteamento, já promove o registro da Associação da qual é o maior participante uma vez que ainda não houve a transferência da titularidade dos lotes.

A outra situação típica desses casos é o fato de se caracterizar uma venda casada onde para a aquisição do lote o adquirente assina uma proposta de se associar, passando a ser sócio de uma Associação e se compromete com os custos de manutenção.

A pratica tem demonstrado a existência de muitas situações de lesão de direitos posto que as pessoas, em boa parte, desconhecem efetivamente o que significa a existência e o compromisso perante essa Associação.

Nesse caso, a jurisprudência predominante tem entendido que não pode o adquirente se furtar do pagamento das custas de manutenção.

Nesse sentido caberia ao Município disciplinar de forma severa as exigências para que se garanta que o adquirente de lote não seja ludibriado por ocasião da aquisição, ainda que o Código de Defesa do Consumidor já estabeleça a necessidade de observância das devidas cautelas.

A figura do Condomínio Edilício

Historicamente, a figura de casas sobrepostas não se trata necessariamente de uma novidade, há notícias de casas construídas por andares em Roma, bem como em cidades da Idade Média. Antes mesmo de Roma, já havia traços dessa propriedade entre os sumérios.¹²⁸

Na atualidade a questão do preço da terra e a temática da segurança, além da novidade arquitetônica, fazem com que o mercado imobiliário passe a enxergar na figura dos condomínios, em especial dos condomínios horizontais, a possibilidade de oferecer uma solução urbanística e arquitetônica que venha atender a essa nova demanda.

É a partir do século XX que essa conformação arquitetônica ganha contornos jurídicos mais nítidos, entretanto, o Código Civil de 1916 não se ocupou da matéria. Baseado na experiência de legislações estrangeiras e pelos fatos sociais, o direito

¹²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direitos Reais. São Paulo. Editora Atlas, 5ª edição, v.5, p. 362

pátrio promulgou o Decreto nº 5.481, de 25/06/28, que traçou as primeiras normas, de forma ainda insatisfatória¹²⁹.

Para dar conformidade jurídica à nova figura arquitetônica e urbanística é que é editada a Lei 4.591/64, denominada Lei de Condomínio e Incorporações, alterada pela Lei 4.864/65.

Ao discutirmos a figura dos condomínios edilícios é natural que venha à mente a imagem de edifícios, com planos horizontais superpostos, entretanto, a Lei 4.591/64 não rege apenas propriedades em edifícios, em planos horizontais superpostos, sendo possível também a existência de condomínios de edificações não superpostas, como é o caso das “vilas” em que a venda do terreno esta vinculada à construção previamente erigida.

A doutrina nacional e estrangeira refere-se a essa modalidade de construções superpostas como: propriedade horizontal, propriedade em planos horizontais, condomínio *sui generis*, condomínio por andares, condomínio edilício¹³⁰, sendo essa última a denominação adotada pelo Código Civil de 2002, em seus art. 1.331 a 1.358.

Admite também a Lei 4.591/64 a figura de condomínios de construções não sobrepostas, situadas essas umas ao lado das outras, a essa figura boa parte da doutrina denomina de “condomínios deitados”.¹³¹

Independentemente da configuração edilícia concreta (horizontal ou vertical), os titulares de domínio de unidades condominiais são comproprietários de fração ideal de terreno e das partes de uso comum.¹³² A figura dos condomínios edilícios é legalmente caracterizada pela construção de várias unidades habitacionais autônomas, constituidoras essas de direitos reais e desta forma titularidade dominial independente, sobre um mesmo terreno.

O condomínio edilício ou condomínio “especial”, caracteriza-se como aquele regrado pela Lei 4.591/64 (Lei de Incorporação e Condomínio) pela qual se permite a

¹²⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direitos Reais. 5ª ed. São Paulo: Atlas, v.5, p.362

¹³⁰ Ibidem, p. 361

¹³¹ REZENDE, Celso F. e Luiz Geraldo Moretti. Incorporação imobiliária, Instituição de Condomínios e Loteamentos Urbanos – Práticas nos processos. 10ª ed. Campinas: Millennium, 2010, p. 165

¹³² VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direitos Reais. 5ª ed. São Paulo: Atlas, v.5, p. 363

existência jurídica de um conjunto de proprietários particulares dentro de uma área comum.

O condomínio também pode ser caracterizado como “ordinário”, quais sejam, aqueles regrados pelo Código Civil em que as pessoas se associam com a finalidade de serem proprietárias em comum de um determinado bem. Essa é a figura sobre a qual não recai qualquer nódoa de suspeita de legalidade.

Também o condomínio especial estatuído pela Lei 4.591/64, criado à sua época, como instituto inovador do direito brasileiro, visando atender a uma necessidade da sociedade, é figura jurídica bem definida e consolidada, sobre a qual não recaem maiores questionamentos.

O crescimento das cidades em decorrência do processo de industrialização e da migração campo-cidade, aliado ao desenvolvimento da tecnologia da construção civil, provocou o escasseamento da terra e a elevação dos preços, fez com que se desenvolvesse ao máximo a técnica de construção verticalizada, caracterizada pelos edifícios de apartamentos, acumulando as residências e os aposentos uns sobre os outros, construindo “cidades em sentido vertical e, numa espécie de ironia do paradoxo, apelidou-a propriedade horizontal, em razão do edifício achar-se dividido por planos horizontais.”¹³³

A edificação de unidades habitacionais sobrepostas exigia um instrumental jurídico apropriado, que regresse o comportamento das partes envolvidas, gerando direitos e obrigações.

A Lei 4.591/64 exige a figura da construção, possibilitando que sobre parcela da área se constituam títulos de propriedade autônoma e sobre o remanescente do terreno e áreas de uso comum se estabeleça um condomínio do tipo ordinário onde cada condômino possuirá fração ideal.

Em qualquer das figuras de condomínio ora tratados não há que se falar em parcelamento do solo, posto que se trata de situação inexistente nesses casos.

Mesmo quando analisamos um condomínio regrado pela Lei 4.591/64, por exemplo, composto por quatro torres de apartamentos, com sistema viário para acesso a cada

¹³³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Condomínio e Incorporações. 5ª ed. São Paulo: Forense, 1988, p.60

edifício, com a existência de área verde destinada como reserva legal e a destinação de áreas de uso condominial, mesmo assim, não existe parcelamento do solo, continuará a ser um único lote ou gleba onde se implantou um condomínio não existindo internamente qualquer porcentagem de área pública.

Diferentemente será quando, para cada uma das quatro torres de edifício se constituírem quatro lotes distintos e em cada qual se constituir um condomínio individualizado em relação aos restantes. Nessa hipótese teremos um parcelamento do solo que permitiu a divisão da área maior em quatro terrenos autônomos, sobre cada qual se edificaram condomínios autônomos.

Nas palavras de Rodrigues, ao conceituar a figura do condomínio, o Código Civil de 1916, pelo seu art. 524 disciplina que “dá-se o condomínio quando, em uma relação de direito de propriedade, diversos são os sujeitos ativos. A noção de condomínio contrasta, de um certo modo, com a exclusividade do direito de propriedade. Para conciliar a aparente contradição, entende-se que o direito de propriedade é um só, do qual cada um dos co-proprietários tem uma parte ideal. No referente a essa parte ideal, o direito do condômino é absoluto, exclusivo e perpétuo.”¹³⁴

Nas lições de Clóvis Bevilacqua “o condomínio ou compropriedade é a forma anormal de propriedade, em que o sujeito do direito não é um indivíduo, que o exerça em exclusão dos outros; são dois ou mais sujeitos que exercem o direito simultaneamente”.¹³⁵

O Novo Código Civil – Lei 10.406/02 estabelece as disposições atinentes ao condomínio a partir do art. 1.314, conceituando-o como a forma indivisa da propriedade em que cada condômino possui direito sobre a totalidade da área toda.

Ao tratar da figura do condomínio o Código Civil de 2002 o faz por intermédio do regramento disposto entre os artigos 1.314 a 1.358, sendo que os art. 1.314 a 1.322 tratam do condomínio voluntário, isto é, quando decorre da vontade das partes envolvidas.

¹³⁴ RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: Direito das Coisas. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993, v. 5, p. 193

¹³⁵ BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 9ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953, v.3, p. 172

A partir do art. 1.325 o Código Civil passa a tratar do condomínio necessário, caracterizando-o como aquele que abrange a meação de paredes, cercas, muros e valas, isto é, quanto aos marcos físicos de divisa entre prédios.

A figura do Condomínio edilício, ou seja, aquele que resulta da edificação, merece tratamento específico pelo Código Civil a partir de seu art. 1.331.

Observe-se, com atenção, a vinculação com a edificação, expressa no texto do art. 1.331: “pode haver, em edificações, partes que são de propriedade exclusiva, e partes que são de propriedade comum dos condôminos”.

Coaduna-se, assim, o Código Civil com a Lei 4.591/64 que trata de Condomínios e Incorporações e que em seu art. 1º assim dispõe: “As edificações ou conjunto de edificações, de um ou mais pavimentos, construídos sob a forma de unidades isoladas (...)”.

Percebe-se, de forma cristalina, que tanto o Código Civil, a partir do art. 1.331, quanto a Lei 4.591/64 tratam das relações condominiais a partir da efetiva existência de construções.

A singela pretensão de utilizar-se desse arcabouço legal para sustentar a aplicabilidade e legalidade da figura condominial para fins de parcelamento do solo, não encontra o menor amparo ou possibilidade de sustentação.

Não há que se falar sequer na possibilidade de utilização da hermenêutica ou da analogia, posto que a função específica do parcelamento do solo foge a essa possibilidade. As exigências de interesse público quanto ao parcelamento do solo não podem ser submetidas à aplicação de uma legislação que regra a relação entre particulares.

Condomínio Especial

Nas palavras de Venosa “a atualidade criou realidades em matéria de condomínio que não se amoldam ao condomínio tradicional”¹³⁶ como disposto na Lei 4.591/64, nem tampouco em face do atual Código Civil.

São freqüentes os chamados loteamentos fechados: bairros urbanizados, em periferia de grandes centros, para fins residenciais, ou em regiões mais afastadas para finalidades de lazer. Se as **construções ocorrem em dezenas** de lotes, como nos casos concretos, com vias particulares, não temos dúvidas de que existem partes comuns, coletivas e unidades autônomas, empregando-se, no que não conflitar, a lei condominial. Não há razão para que se entenda aplicável apenas a lei de parcelamento do solo. [...] Se existe acesso controlado, vias particulares entre os imóveis, áreas de lazer e de uso comum estará estabelecido o condomínio sob o regime de propriedade horizontal. Denomina-se condomínio fechado porque as ruas, praças e áreas de lazer pertencem ao domínio privado, auto-regulamentado por convenção e assembléias de condomínio. Essas ruas e praças podem também passar ao domínio do Município, estabelecendo-se um regime híbrido, ainda não bem formulado em lei. [...] A lei 4.591/64 albergou expressamente essa modalidade de condomínio em seu art. 8º.¹³⁷ (g.n.)

A leitura das lições do prestigiado autor abordam a questão dos denominados “condomínios especiais” sob o enfoque civilista, o que, por vezes pode ser suficiente, quando se estiver a tratar concretamente da figura jurídica estabelecida nos moldes da Lei 4.591/64. Há que se observar, entretanto, a referência explícita à existência de construções, ou seja, o tratamento condominial, nos termos da Lei 4.591/64, exige esse requisito para a sua configuração.

Não havendo construções nada impede que particulares se unam para a aquisição de uma propriedade, passando a constituir um condomínio nos termos definidos pelo

¹³⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direitos Reais. São Paulo: Atlas, 5ª edição, v.5, p. 402

¹³⁷ Ibidem, p. 402

Código Civil, no entanto, esse condomínio não pode possuir partes ideais localizáveis e perfeitamente identificadas, que tenham acesso por meio de um sistema viário próprio, posto que, nessa configuração se desconstitui o condomínio e se avança para a figura do parcelamento do solo, a qual deverá ser analisada à luz do direito urbanístico.

Nesse sentido encontramos o posicionamento de Victor Carvalho que entende o condomínio com o reconhecimento de frações ideais plenamente identificáveis como conjunto de edificações regido pelos arts. 3º e 8º da Lei 4.591/64.

O que essa lei [4.591/64] admite é a constituição de condomínio de uma edificação sobre um mesmo terreno. Ela não prevê o condomínio de terrenos (lotes) no interior de um terreno maior. Apesar disso, essa tem sido a prática na imensa maioria dos casos. A ilegalidade desses assentamentos é antes de tudo da Administração Municipal, que os licencia, e dos cartórios de registro de imóveis, que os registram.¹³⁸

Não há motivos para duvida, no que tange à diferenciação entre “Condomínio Deitado” e “Loteamento Fechado” (ambos assim popularmente designados), apesar de existirem alguns pontos de identidade comum: contém cercas, fiscalização e controle quanto ao ingresso no recinto, utilização comum dos espaços livres (ruas, praças), despesas pela conservação de áreas comuns e registro em cartório. Quanto ao mais, são plenamente dessemelhantes, principalmente no referente às leis que regem os registros cartorários: nº 4.591/64 para o condomínio e nº 6.766/79 para loteamento, além de outros tópicos como aquele relacionado ao domínio das áreas livres.

Ao tratar do registro imobiliário do “Condomínio Fechado”, Rezende e Moretti, informam que é necessário apresentar ao Serviço de Registro de Imóveis, dentre outros tópicos, obrigatoriamente o cálculo da área das edificações, o cálculo da área ocupada no chão por cada unidade. Deverá ser juntado o Memorial descritivo

¹³⁸ PINTO, Victor Carvalho. Direito Urbanístico: Plano Diretor e Direito de Propriedade. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2005, p. 304-305

completo de cada casa ou assobradado e das construções comunitárias, especificando: fundações, estrutura, alvenaria, forro, instalações elétricas, etc.¹³⁹

Verifica-se assim a existência de dois institutos distintos com finalidades diversas, não cabendo à Administração Pública inovar criando uma mescla entre as duas figuras jurídicas avançando sobre a competência da União legislar sobre matéria de âmbito geral.

Condomínios de Fato ou Condomínios Atípicos

Utilizando-se do conjunto de regramentos jurídicos estabelecidos pela Lei de Parcelamento do Solo; Condomínio Ordinário previsto no Código Civil e Condomínio Especial estabelecido na Lei 4.591/64, muitos empreendedores imobiliários passaram a vislumbrar a possibilidade de utilização concomitante de várias características de cada instituto compondo-as em uma nova formatação.

Criou-se então uma figura híbrida, sem amparo legal definido, sem preocupação com o interesse público, posto que a lógica de mercado é a auferição de lucro, cabendo ao Poder Público zelar pelo ordenamento territorial e interesse público.

Diz-se isso porque na maioria esmagadora dos casos ocorre a venda de lotes na formatação de partes idéias ou fração de área maior, com a hipotética caracterização de condomínio ordinário, quando a realidade existe um sistema viário de acesso e os lotes são identificáveis, caracterizando um parcelamento do solo e a burla da Lei 6.766/79.

Nas palavras do promotor de Justiça Ivan Castanheiro

Os loteadores tem recorrido ao expediente bastante comum de parcelar o terreno e vender os lotes como se fosse uma aquisição dos interessados em forma de condomínio, lavrando-se compromisso de compra e vendas e/ou escrituras públicas de frações ideais, não raro com posterior registro no cartório e na matrícula do imóvel.

¹³⁹ REZENDE, Celso F. e Luiz Geraldo Moretti. Incorporação imobiliária, Instituição de Condomínios e Loteamentos Urbanos – Práticas nos processos. 10ª ed., Campinas: Millennium, 2010, p. 166-167

Ocorre que, tais lotes são geralmente individualizados em contratos e plantas, os quais fazem menção a tamanho e número dos mesmos, bem como, a obrigações de limpeza, respeito ao direito de vizinhança, etc., deixando claro a burla à lei e a não caracterização do condomínio previsto no Código Civil, pelo qual [...] o comunheiro não detém uma porção certa e determinada do imóvel mas, tão só, uma parte ideal. Não há um misto de áreas exclusivas e comuns, não se lhe atribuindo, por isso, o domínio e o uso privativos de áreas destacadas e condomínio de áreas comuns.¹⁴⁰

Nesses casos de condomínio de frações ideais identificáveis os empreendedores promovem o parcelamento sem a construção das edificações para fins de moradia e se desobrigam da destinação do percentual de áreas públicas obrigatórias. A área continua na formatação de gleba, cada adquirente ocupa seu lote individualizado, registra-o como fração ideal.

Esse procedimento caracteriza um parcelamento irregular e a prática de uma lesão ao interesse público, uma vez que o empreendedor deixa de destinar o percentual de sistema viário e áreas públicas destinadas ao uso comum do povo e à finalidades institucionais.

Muitas vezes por se localizarem em áreas rurais, sequer a tributação é modificada, continuando a incidir lançamento fiscal territorial rural.

A identificação de tal comportamento urbanístico, praticado à margem da lei, pois não há previsão legal que lhe assegure suporte, caracteriza a figura do loteamento irregular, sujeitando o empreendedor responsável por tal parcelamento do solo às sanções de cunho administrativo, civil e penal.

Caracterizado que os fictícios condomínios não passam de parcelamento do solo disfarçados, é dever do Poder Público promover as ações necessárias, com amparo na Lei 6.766/79 e atualmente também com fundamento na Lei 11.977/01, no sentido de obrigar à adoção das medidas necessárias, atinentes à regularização fundiária. Aplicar-se-á ao referido empreendimento o mesmo tratamento dispensado a

¹⁴⁰ CASTANHEIRO, Ivan Carneiro. Implantação e Regularização de “Condomínio” de Lazer em Área de Preservação Permanente. In: Manual Prático da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente. BENJAMIN, A. H.; SÍCOLI, J. C. M.; ANDRADE, F.A.V. 2ª. ed. São Paulo: 1999.

qualquer loteamento irregular, garantindo-se, no entanto, a possibilidade da sua conversão em loteamento regular, utilizando-se para tanto dos dispositivos previstos nas duas referidas legislações.

Para tanto, o loteador deverá promover a elaboração da planta de regularização conforme a situação fática, a realização das obras públicas necessárias e a destinação do percentual de áreas públicas, ainda que no limite externo ao empreendimento.

Convertido o condomínio fictício ou atípico em loteamento, deverão ser modificados os contratos referentes às transações imobiliárias realizadas, de tal modo que possam ingressar no Serviço de Registro de Imóveis para o registro da transferência de domínio de cada lote individualmente.

Sendo núcleo distante do centro urbano poderá o poder público exigir que a área pública destinada a fins institucionais, seja localizada nos limites do núcleo urbano ou próxima desse, posto que a atitude arbitrária do empreendedor imobiliário pode efetivamente não ser totalmente compatível com o interesse público e uma área de uso institucional pode ser de pouca serventia localizada distante do centro urbano.

Desta forma, verifica-se que é possível a conversão de um condomínio residencial fictício em um loteamento regular, bastando para tanto que o Poder Público passe a exercer efetivamente a sua função de ordenador do solo urbano.

O fato do referido condomínio atípico se localizar em área rural não retira o poder de atuação da Administração, posto que, descaracterizado o uso do solo para fins agrícola-pastoris, mesmo nas situações de constituição dos denominados sítios de recreio, chácaras de veraneio, ranchos de pescaria ao longo de represas, seja o nome fantasia que lhes dê, a configuração de atividade rural se encontra desnaturalizada, aplicando-se, portanto, o tratamento estatuído na Lei 6.766/79 e na Lei 11.977/01.

Condomínios Fechados

A expressão “condomínio fechado” é uma das denominações corriqueiras adotadas pelo mercado imobiliário e que caíram no gosto popular para a identificação de projetos de parcelamento do solo que se caracterizam pela restrição de acesso.

Os denominados “condomínios fechados” caracterizam-se como uma nova forma de desenvolvimento imobiliário cercado, em que o acesso de pessoas e de veículos é restrito. Pequenos condomínios podem contar com apenas uma área comum para os seus moradores, em contraste com os grandes condomínios, que podem possuir uma infraestrutura tão complexa que faz com que seus moradores sejam independentes de contato externo.

A conceituação acima possui um enfoque urbanístico, antropológico, social, sobre as quais o direito há de se expressar, dando a conformação jurídica que classifique essa forma de ocupação territorial, de modo a garantir a sua existência no campo da legalidade e estabelecer parâmetros que garantam segurança jurídica em todas as relações estabelecidas a partir desse fenômeno em análise.

De início, cabe repudiar a expressão “condomínio fechado” por não expressar tecnicamente, sob o viés jurídico, uma figura que encontre conceituação própria e autônoma.

O condomínio como já tivemos oportunidade de analisar trata-se de figura jurídica estabelecida no Código Civil Brasileiro e na Lei 4.591/64, podendo assim ser ordinário ou específico.

Sob a ótica do parcelamento do solo e as formas de ocupação territorial é que nos interessa analisar o fenômeno dos chamados “condomínios fechados”, com tal preopósito, se faz necessário estabelecer de forma clara a diferenciação entre parcelamento do solo e condomínio.

Quando falamos em parcelamento do solo estamos tratando da divisão da terra em áreas menores que passarão a se constituir em unidades autônomas denominadas como lotes, conferindo ao seu detentor a titularidade de domínio.

No caso do condomínio, tecnicamente não existe a divisão do solo, a área onde essa figura jurídica se implanta não promove a divisão do território em um conjunto de lotes independentes. Ao contrário, mantem-se a unidade da área maior onde se implanta o condomínio, ou seja, mantem-se a formatação original da propriedade, na sua conformação física (extensão e limites).

Desta forma um terreno de 1.000,00 m² com um edifício de 7 andares se constituirá em um condomínio. Um terreno de 1.000,00 m² no qual se construa um conjunto de 5 casas, no qual o terreno pertencente a cada construção seja identificado como uma fração ideal do todo e a rua interna de acesso se constitua como área de uso comum dos condôminos, se constituirá em um condomínio. Um terreno de 50.000,00 m² em que se construam cinco torres de edifícios, com rua interna de acesso, com bosque, piscina, pista de cooper etc, se constituirá em um condomínio.

O que caracteriza o condomínio não é a forma construtiva da edificação existente, não é o tamanho da área, não é o número de unidades habitacionais criadas, não é o padrão social.

O que caracteriza o condomínio é que a área original, objeto de intervenção será a mesma no início do empreendimento quanto ao final do mesmo. O terreno sobre o qual o projeto construtivo é desenvolvido continua uno, não sofre um processo de subdivisão, dele não se originam títulos registrais que configurem o parcelamento da terra.

Os moradores de um condomínio em terreno de 50.000,00 m² com cinco edifícios possuirão cada qual uma escritura e um registro imobiliário correspondente à área construída de seu apartamento, com a correspondente fração ideal em relação às áreas de uso comum construído e uma fração ideal em relação ao todo do terreno. O título registral da área de 50.000,00 m² continuará intacto, sob o ponto de vista do tamanho e dos limites físicos do terreno, sob o ponto de vista da propriedade

Seria como dizer que sobre um terreno existe uma edificação. No exemplo de área acima citado, sob o ponto de vista do parcelamento do solo, tanto faz existir uma casa unifamiliar que abriga cinco pessoas ou cinco edifícios que abrigam duzentas famílias, sob a perspectiva da divisão da terra teremos a mesma configuração jurídica, qual seja a existência de um único imóvel.

Temos assim que a área ocupada por um condomínio se constitui em um único terreno, independentemente do tamanho do mesmo.

A todo o proprietário é dado o direito de delimitar e de cercar a sua propriedade¹⁴¹, podendo essa divisa se exteriorizar por qualquer modo que não prejudique os vizinhos ou a cidade. Muitas vezes o cercamento do terreno é inclusive imposto pelo poder público em face do proprietário.

No caso do condomínio o terreno sobre o qual é edificado se caracteriza como uma única propriedade e como tal poderá ser cercado, poderá ser fechado.

É próprio mesmo dessa figura jurídica o seu fechamento, não porque necessariamente seja uma obrigação legal, mas de forma a distinguir o limite territorial entre uma propriedade e outra.

Desta forma ao se falar em “condomínio fechado” esta a se exercitar um verdadeiro pleonismo¹⁴², posto que, juridicamente, esse sempre será fechado nos limites da propriedade, ainda que inexistentes muros.

Como assevera Nelson Kojranski¹⁴³

Quando as administrações municipais passaram a conceder aos loteadores a permissão de cercamento do perímetro (...) o mercado imobiliário logo se animou em apelidar o loteamento de “condomínio fechado”, num visível exercício de “propaganda enganosa”. Não passa de pleonismo a expressão “condomínio fechado.

A expressão “condomínio fechado” esta, portanto, querer a dizer outra coisa, é construção mercadológica para dizer que se esta a propor um loteamento, com lotes individualizados em que se mantém a figura do isolamento, dos muros, do fechamento, do impedimento do ingresso a estranhos, como sendo aquele conjunto de lotes individualizados dentro de uma única e grande propriedade.

¹⁴¹ Código Civil. Art. 1.297. O proprietário tem direito a cercar, murar, valar ou tapar de qualquer modo o seu prédio, urbano ou rural, e pode constranger o seu confinante a proceder com ele à demarcação entre os dois prédios, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruídos ou arruinados, repartindo-se proporcionalmente entre os interessados as respectivas despesas.

¹⁴² Figura de linguagem. Trata-se da repetição inútil e desnecessária de algum termo ou idéia na frase

¹⁴³ KOJRANSKI, Nelson. A falta de previsão legal do “loteamento fechado” e suas conseqüências. In Revista do Advogado, Ano XXVII, março de 2007, nº 90, p. 113

CAPÍTULO IV - ANÁLISE CRÍTICA – REGULAMENTAÇÃO, ENFRENTAMENTOS E POSSIBILIDADES

Análise do Ato Administrativo e seus fundamentos

Neste tópico nos propomos a analisar os elementos que compõem o ato administrativo com o objetivo de visualizar até que ponto os atos de autorização para fechamento de um loteamento convencional se revestem da legalidade necessária e em que aspecto da formalização do ato se encontraria o ponto nevrálgico que vicia a maioria das decisões nesse sentido.

O ato administrativo que autoriza o fechamento de loteamento seja através da permissão de uso, da concessão do direito real de uso ou de qualquer outro nome que lhe venha a ser dado, ainda que de modo equívoco, deve atender aos requisitos estatuídos no art. 37 da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência ...

Além dos princípios diretamente relacionados à prática do ato administrativo o Poder Público e seus agentes estão vinculados ao princípio do devido processo legal nas atividades administrativas (art. 50, LV, da CF/88) e aos princípios fundamentais veiculados pela Constituição Federal, de modo que todos os procedimentos da Administração devem se encontrar direcionados por tais diretrizes.

Socorrendo-nos das lições de Benedicto Porto, todo o ato administrativo deve obedecer a um rito procedimental.

o que se persegue, com o procedimento, é maior eficiência no exame de seus pressupostos de validade [do ato]. A procedimentalização da conduta do Poder Público tem o propósito de aperfeiçoar o controle de validade do ato.¹⁴⁴

Salutar se apresenta que cada Município pudesse dispor de legislação específica que regresse os procedimentos conducentes à expedição do ato administrativo, na ausência poderá o Poder Público municipal se utilizar do amparo oferecido pela Lei nº 9.784/99 e Lei do Estado de São Paulo nº 10.177/98, que tratam da matéria.

Nesse sentido, o art. 8º da Lei Paulista dispõe que os atos administrativos são inválidos quando violam os princípios da Administração e quando desatendem aos pressupostos legais, arrolando os seguintes: 1) falta de competência da pessoa jurídica, órgão ou agente que pratique o ato; 2) inobservância de procedimentos essenciais; 3) impropriedade do objeto; 4) inexistência ou impropriedade do motivo de fato ou de direito; 5) desvio de poder; 6) falta ou insuficiência de motivação.

Passando à análise de cada um desses pontos, baseados no estudo promovido por Benedicto Neto¹⁴⁵, temos:

Competência – poder conferido a alguém para introduzir o ato administrativo no mundo jurídico. A Lei Paulista prescreve que é inválido o ato administrativo no caso de falta de competência da pessoa jurídica, órgão ou agente.

Na maioria dos casos das legislações municipais que autorizam o fechamento de loteamentos convencionais ou autoriza a aprovação de loteamento fechado, condomínio fechado ou figuras afins é a autoridade máxima municipal, sendo mais difícil, portanto encontrar falhas nesse pressuposto, entretanto, esse aspecto deverá ser sempre analisado.

Motivo – o fato real que desencadeia o ato administrativo é o seu motivo. É preciso distinguir o fato hipotético previsto na lei do fato material verificado no mundo, duas realidades distintas. Este é o motivo do ato, aquele é o motivo legal. O motivo do ato, é pois, o acontecimento empírico.

¹⁴⁴ NETO, Benedicto Porto. Pressupostos do ato administrativo nas leis de procedimento administrativo. In: SUNDFELD, Carlos Ari, MUÑOZ, Guillermo Andrés (org.). As Leis de processo administrativo. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 110

¹⁴⁵ Ibidem, p. 113/125

Há vício do ato administrativo quando o motivo alegado não tenha existido ou quando o fato indicado, ainda que existente, não corresponda à situação fática descrita na lei.

No caso do fechamento de loteamentos, na grande maioria das vezes o elemento motivador imediato é o pedido formulado por um conjunto de moradores ou por algum vereador, esse é o motivo, a expressão da vontade de um conjunto de munícipes em ver a Administração praticar um ato que é do seu interesse. O motivo mediato seria aquele que justifica o requerimento formulado (a falta de segurança, o excesso de trânsito, a danificação dos imóveis por tráfego pesado de veículos, a poluição do ar e sonora provocada pelo trânsito, a perda de tranquilidade do bairro pelo desvio do trânsito, entre tantas outras).

Na realidade esse fato material (os efeitos sentidos e a manifestação expressa) deveriam ser observados à luz da legislação para que se verificasse se o mesmo se conforma ao fato hipotético previsto em lei.

Ocorre que em grande parte das vezes não existe legislação anterior que estampe o fato hipotético. A legislação é criada especificamente para atender ao caso concreto, desta forma raramente essa legislação condiciona o fechamento de um loteamento ao atendimento dos princípios da Administração e aos pressupostos legais

Em face de tão restrito fato motivador, sem que haja maiores procedimentos investigatórios para aferir tais argumentos ou análise quanto aos efeitos negativos que possam advir para o restante da cidade, o que se assiste, em grande parte, é o puro e simples atendimento à solicitação.

Finalidade – A competência é outorgada à Administração para que essa persiga os fins fixados em lei. O valor jurídico que se pretende ver implementado por meio do ato é a sua finalidade.

Temos assim, que uma legislação que autorize a Administração a praticar os atos concernentes ao fechamento de um loteamento, esta deferindo competência para que o Executivo promova tal finalidade.

Neste caso sob o ponto de vista concreto, tem-se uma legislação que atendeu aos requisitos formais tendo sido aprovada em atendimento a todo o rito procedimental

legislativo e o objetivo perseguido pela lei é o de simplesmente garantir que seja satisfeito o interesse daqueles que requereram o procedimento administrativo do fechamento do loteamento.

Sob o ponto de vista formal, não haveria qualquer ilegalidade do ato, entretanto, este se encontra eivado de vícios, posto que é obrigação do Poder Executivo observar os fins impostos pela Constituição Federal (os princípios fundamentais e o art. 37), bem como, a mesma atribuição é conferida ao Poder Legislativo que deve observar se ocorre o preenchimento dos pressupostos que permitam a elaboração de lei que venha atender à sua finalidade maior - o interesse comum.

A não observação do pressuposto da finalidade por parte da Administração e tampouco por parte do Legislativo, macula de vício a legislação criada com o fito de autorizar o fechamento.

Deve tanto o Executivo quanto o Legislativo adotar as providências acautelatórias no sentido de conferir o real significado dos fins pretendidos. A alteração do desenho urbano, do ordenamento territorial é de tão gravidade que somente deve ser atendido após o cumprimento de uma série de procedimentos como a realização de Estudo de Impacto de Vizinhança; realização de audiências públicas amplamente divulgadas, envolvendo entidades como OAB, CREA, Ministério Público, dentre outros; manifestação de concordância da totalidade dos proprietários da área a ser cercada; comunicação formal a todos os moradores localizados no entorno do empreendimento, dentre outras medidas que se julgar cabíveis.

Após a realização de um processo sério de aferição do interesse específico em relação ao interesse público, poderá vir a se configurar que tal procedimento de fechamento de loteamento se constitui em um fim que não afeta o interesse público. Nesse caso o Poder Público poderá autorizar o fechamento posto que se cercou das medidas acautelatórias necessárias a garantir o interesse público.

Há que se ter presente, no momento da prática do ato administrativo, a necessidade do estrito atendimento ao interesse público, finalidade maior de toda atividade administrativa, é o que se extrai das lições de Miguel Marienhoff:

Ademais, foi dito que o princípio da “legalidade” também impõe à administração uma espécie de regra psicológica: a obrigação de ter

em conta, em seus atos, o interesse público; é esta a finalidade essencial de toda a atividade administrativa. O desconhecimento ou o esquecimento deste dever pode viciar o respectivo ato, ocorrendo, ocorrendo, por exemplo, “desvio de poder”, que é uma das formas em que se concretiza a “ilegitimidade”.¹⁴⁶

Causa – é a correlação lógica entre o motivo e o conteúdo do ato, em função da finalidade. Assim, é necessária uma correlação lógica entre o motivo e o conteúdo do ato (art. 80, Lei do Estado de São Paulo nº 10.177/98). Deve-se observar a “adequação entre meios e fins, vedada a obrigação, restrições e sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público” (art. 2º, VI, da Lei nº 9.784/99).

Os poderes manejados pela Administração são instrumentais, estão voltados exclusivamente ao atingimento de finalidades legais [...] quando a autoridade tiver o dever de definir o conteúdo do ato administrativo, sua decisão será válida se, diante dos fatos concretos, for prestante à realização da finalidade legal. Fora daí existirá mau exercício da competência discricionária. Por meio da causa, controlam-se a razoabilidade e a proporcionalidade do ato administrativo.¹⁴⁷

No caso do fechamento de loteamento existe um âmbito de decisão de natureza discricionária, as condições técnicas existentes, a localização, tipologia de relevo, integração com a malha viária, reflexos negativos para o restante da cidade, todos esses fatores devem passar pelo crivo do agente público para que então decida pelo atendimento ao pedido formulado ou não e quanto ao melhor instrumento que será utilizado. Essa margem de discricionariedade sempre estará limitada pelos limites do atendimento ao interesse público.

Mesmo esta discricionariedade que estaria no campo da conveniência e oportunidade, deve encontrar amparo em análises técnicas que concretamente avaliem os impactos do ato administrativo sob os diversos ângulos acima

¹⁴⁶ MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 78, apud SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Região Metropolitana e seu regime constitucional. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 184

¹⁴⁷ NETO, Benedicto Porto. Pressupostos do ato administrativo nas leis de procedimento administrativo. In: SUNDFELD, Carlos Ari, MUÑOZ, Guillermo Andrés (org.). As Leis de processo administrativo. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 120

relacionados, de tal forma a se verificar a existência de aspectos que estejam a ferir o interesse público.

Merece referência a lição de Juarez Freitas:

[...] na prática de todo e qualquer ato administrativo, incorre liberdade irrestrita. A liberdade, negativa ou positivamente considerada, somente pode ser aquela que, por assim dizer, dimana da vontade racional ou racionalizável do sistema [...] sendo sempre controlável a correlação entre motivo e conteúdo de todo e qualquer ato.¹⁴⁸

A decisão do agente público que não promoveu o devido procedimento averiguatório para poder concretamente aferir os limites do interesse público em face do caso concreto, poderá ser questionada posto que não haverá mecanismos efetivos para aferir o grau de razoabilidade da decisão.

Perceba-se que no caso de solicitação de fechamento de loteamento, onde o Município não possua legislação genérica que trate da matéria e haja uma opção pela edição de uma lei específica, existirão dois atos e dois momentos de atuação decisória da Administração Pública, o primeiro quando analisa o pedido e decide pelo atendimento e envia o Projeto de Lei à Câmara Municipal para que lhe seja autorizado a prática do ato, neste momento a Administração toma uma decisão que induz o processo decisório do Legislativo, evidente que isso não retira da Casa de Leis a sua responsabilidade, pois cabe a ela também zelar pelo respeito ao interesse público; em um segundo momento a Administração aplicará a outorga para fechamento, observe-se que o Executivo, apesar de existência de lei não está obrigado a praticar o ato, mais uma vez se encontra na esfera discricionária, poderá o Executivo rever o seu ato e não se utilizar da autorização legislativa.

Das lições de Marcello Caetano se extrai que, por vezes, os funcionários administrativos tendo de resolver casos concretos, lançam mão de leis existentes

¹⁴⁸ FREITAS, Juarez. Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude de dever de motivação dos atos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari, MUÑOZ, Guillermo Andrés (org.). As Leis de processo administrativo. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 106

que os não previam e aplicam-nas mediante um entendimento ou interpretação adequados, dando novo sentido à lei.¹⁴⁹

Percebe-se que a prática de diversas Administrações Públicas Municipais no Brasil, no que tange à aprovação de loteamentos originariamente fechados ou quanto à autorização para fechamento de loteamentos, acaba por se utilizar desse subterfúgio apontado pelo jurista português, deturpando-o, posto que mesmo na eventualidade do agente público ampliar as possibilidades de aplicação de determinada norma, deverá fazê-lo por meio de uma interpretação adequada, que garanta e não se desvirtue dos fins colimados nessa legislação e no quadro delimitado pelos princípios constitucionais.

Motivação – o ato administrativo deve vir acompanhado das razões de fato e de direito sobre o qual se apóia, há necessidade de indicação, pela autoridade competente, da situação fática que determinou sua expedição.

A cidadania que importa em controle do poder pelo particular, também é erigido em fundamento do Estado brasileiro (art. 1º inciso II CF/88). Não é possível exercer esse controle sem a verificação das razões que levam a Administração a praticar o ato.

Das palavras de Benedicto Neto extrai-se ainda que a Lei nº 9.784/99 estabelece em seu art. 50, § 1º como requisitos da motivação a clareza e a congruência e no art. 38, § 1º exige a referência aos elementos probatórios produzidos. Significa dizer que não são suficientes alegações genéricas. Para que seja válido, o ato administrativo deve incorporar um conteúdo que encontre fundamento nas normas e nos princípios.

150

Das lições de Bandeira de Mello extraímos que, quanto aos efeitos, os atos administrativos podem possuir várias configurações, das quais destacamos duas, por mais aplicáveis ao caso sob análise. Assim, o ato administrativo pode ser:

¹⁴⁹ CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. 10ª ed. rev. e atualiz. Lisboa: Almedina, p. 72

¹⁵⁰ NETO, Benedicto Porto. Pressupostos do ato administrativo nas leis de procedimento administrativo. In: SUNDFELD, Carlos Ari, MUÑOZ, Guillermo Andrés (org.). As Leis de processo administrativo. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 125

- a) Perfeito, válido e eficaz – quando, concluído o seu ciclo de formação, encontra-se plenamente ajustado às exigências legais e esta disponível para a deflagração dos efeitos que lhe são típicos;
- b) Perfeito, inválido e eficaz – quando, concluído o seu ciclo de formação, e apesar de não se achar conformado às exigências normativas, encontra-se produzindo os efeitos que lhe seriam inerentes;¹⁵¹

No caso do ato administrativo que, por permissão ou concessão de direito real de uso, em virtude de autorização legislativa, autorizou o fechamento de loteamento convencional, temos que os atos exteriorizadores que conferem concretude ao ato já se encontram produzindo efeito, entretanto, não se cumpriram etapas necessárias a conferir à lei a necessária legitimidade, posto que a finalidade de atendimento à função social da cidade e garantia dos direitos difusos quanto ao direito de locomoção, de mobilidade, de fruição dos espaços públicos, entre outros, passaram a ser tolhidos.

O fato de existir uma legislação autorizadora não afasta a possibilidade da inconstitucionalidade da mesma.

Caso Concreto - Condomínio Laranjeiras

Exemplo de efeitos nocivos que um determinado empreendimento imobiliário pode representar em face do interesse público, pode ser observado na implantação do “Condomínio Laranjeiras”, no município de Paraty/RJ que se constitui em um conjunto de 284 lotes, distribuídos em 20 quadras e diversas ruas particulares, perfazendo uma área total aproximada de 203,7 há, ou seja, cerca de 2.037.000,00 m², além desse desenho urbanístico o empreendimento comporta como propriedade comum, além das ruas e estrada de acesso, centro náutico, campo de golfe, laguna artificial, áreas verdes e praia, perfazendo uma área total aproximada de 891,24 há, isto é, algo em torno de 8.912.400,00 m².

¹⁵¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 389

Esse empreendimento foi aprovado pela municipalidade na formatação de condomínio e devidamente registrado no Serviço de Registro de Imóveis competente, existindo o registro da constituição, especificação e convenção de condomínio.

O problema surgido, no caso concreto, é que em face das dimensões do empreendimento e da forma de ocupação territorial adotada, o acesso à praia ficou interditado, o que motivou a interposição de ação judicial pela União, que tramitou perante a 10ª Vara Federal – RJ (proc. nº 410.498-6), objetivando a garantia do acesso às praias, o que redundou na celebração de uma transação extintiva do litígio, pelo qual se fixou a obrigação do Condomínio de implantar uma picada de chão batido com dois metros de largura e uma extensão aproximada de 1.160m, que permita o acesso permanente e seguro às praias fronteiras ao condomínio.

Verifica-se pelo presente caso que a par das discussões que envolvam direito de propriedade e seus reflexos, tema tratado em parecer de Caio Tácito,¹⁵² a questão que salta aos olhos é a ausência de parâmetros por parte do poder público para impor ao particular o cumprimento de normas mínimas que atendam a uma ordenação territorial da cidade e ao interesse público.

No caso concreto a propriedade de mais de 8 milhões de metros quadrados deixou de atender um dos aspectos relevantes da sua função social, que é o de não interromper ou de não impedir o acesso por via terrestre a um bem de uso comum do povo. Era de obrigação do poder público estabelecer diretrizes capazes de orientar um leque de soluções urbanísticas que melhor se adequassem ao interesse público, como proposto, o projeto habitacional acabou por privilegiar um conjunto pequeno de pessoas de alta renda, em detrimento da universalidade de cidadãos.

¹⁵² TÁCITO, Caio. Temas de Direito Público - Estudos e Pareceres, 3º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 167

Ação Civil Pública em face do Município de Bauru

O Ministério Público do Estado de São Paulo, ingressou com Ação Civil Pública em face do Município de Bauru (processo 2953/06 – Vara da Fazenda Pública de Bauru) com o objetivo de compelir o Município a abster-se de autorizar, por meio de permissão, concessão de direito real de uso ou qualquer outro tipo de contrato ou convênio, o fechamento de novos loteamentos urbanos mediante a construção de muros e instalação de portaria com cancela, para acesso privativo dos moradores do bairro, privando a população em geral de acesso às vias públicas e às áreas verdes e institucionais; e ainda, que passe a exigir, para aprovação de novos projetos de empreendimentos imobiliários (loteamentos, desmembramentos ou condomínios), a elaboração do necessário estudo prévio de impacto de vizinhança – EIV, bem como o cumprimento das exigências nele estabelecidas, conforme determina o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.267/2001).

Nos autos da ação informa o Ministério Público que nos últimos anos proliferaram no Município de Bauru os chamados “loteamentos fechados”, implantados com base na Lei Municipal nº 4.053/1996, que autoriza o Poder Executivo a celebrar convênios com loteadores ou com associações de bairros, permitindo o fechamento de vias públicas e de áreas verdes e institucionais, de modo que o acesso às áreas públicas passa a ser privativo dos moradores, ficando a coletividade privada de seu direito de ir e vir. Tratam-se de dezenas de loteamentos aprovados e implantados mediante esse sistema, o que vem causando transtornos a toda população.

Além disso, a falta de planejamento urbano por parte do Município-réu, que vem aprovando esses empreendimentos imobiliários (e o fechamento das vias e áreas públicas) sem qualquer critério técnico, deixando de elaborar, previamente, os necessários estudos de impacto de vizinhança e do sistema viário do entorno desses loteamentos.

Como uma das causas de pedir pleiteia a Promotoria o reconhecimento da inconstitucionalidade da aludida lei municipal. Como fundamentação de legitimidade para o exercício do controle incidental de constitucionalidade apresenta

jurisprudência e doutrina, as quais julgamos merecedoras de transcrição, pela importância como orientação de procedimentos judiciais:

Não é possível ação civil pública com o objetivo do exercício de controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público, o que importaria a usurpação do STF. Todavia, admite-se a utilização da ação civil pública com a finalidade do exercício de controle incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da CF. Assim: ‘Nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, de lei ou ato normativo federal ou local’¹⁵³

Conforme bem observam Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery (Código de Processo Civil Comentado, 2ª ed. rev. e ampl., SP, RT, p. 1403, nota 7), “O objeto da ACP é a defesa de um dos direitos tutelados pela CF, pelo CDC, e pela LACP. A ACP pode ter como fundamento a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. O objeto da ADIn é a declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com a conseqüente retirada da lei declarada inconstitucional do mundo jurídico por intermédio da eficácia erga omnes da coisa julgada. Assim, o pedido na AC P é a proteção do bem da vida tutelado pela CF, CDC ou LACP, que pode ter como causa de pedir a inconstitucionalidade de lei, enquanto o pedido na ADIn será a própria declaração da inconstitucionalidade da lei.”¹⁵⁴

Reconhece a Promotoria que a alegação de que os denominados “loteamentos fechados” constituem uma realidade brasileira é incontestável. Entretanto, trata-se

¹⁵³ STF-2ª Turma, RE 227.159-4-GO, rel. Néri da Silveira, j. 12.3.02, deram provimento, v.u., DJU 17.5.02, p. 73. No mesmo sentido: Rcl 600-SP, rel. Néri da Silveira; Rcl 602-SP, rel. Ilmar Galvão.” In: NEGRÃO, Theotonio, Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor, Saraiva, 36ª ed., p. 1061, nota 4b.

¹⁵⁴ NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado, 2ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1403, nota 7.

de uma modalidade ilegal e inconstitucional de empreendimento, cuja inexistência jurídica é reconhecida pelo próprio Município.

Conforme observa José Afonso da Silva:

Os conflitos de interesse urbanístico, relativamente aos chamados 'loteamentos fechados', começam com a sua legitimidade. Como dissemos antes, eles estão se desenvolvendo com base em um texto legal que não lhes serve de fundamento. O regime condominial, previsto no art. 8º da Lei 4.591/64, não poderá substituir o processo de loteamento (arruamento e divisão subsequente das quadras em lotes) ou o desmembramento (divisão em lote com o aproveitamento do sistema viário existente). Portanto, somente poderá ocorrer o aproveitamento condominial de espaço nos casos em que a área não comporta qualquer daquelas formas de parcelamento do solo. A ilegitimidade não desaparece pelo fato de lei municipal admiti-los, pois, sendo de natureza condominial, o Município não tem competência para regular tal matéria. Assim, a aprovação municipal também não a exclui.¹⁵⁵

Nesse diapasão se posiciona José Carlos de Freitas:

Também DIÓGENES GASPARINI, externando similar entendimento ao analisar a criação dos chamados 'loteamentos privê' ou 'integrados' ou 'especiais' ou 'integrais' ou 'fechados' ou 'em condomínio', salienta a ilegalidade do ato da Administração que os autoriza: "Não subsumindo tais "loteamentos" ao regime do Código Civil e não se submetendo aos ditames da Lei de Condomínio, não se tem como legalizá-los. O nosso ordenamento jurídico, pelo menos até o momento, não os acolhe e a atividade administrativa para autorizá-los não se legitima, dado que não está a presidi-la o principio da legalidade."¹⁵⁶

¹⁵⁵ SILVA, José Afonso da, *Direito Urbanístico Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 339.

¹⁵⁶ FREITAS, José Carlos de. *Manual Prático da Promotoria de Justiça de Habitação e Urbanismo*, Imprensa Oficial do Estado, p. 323.

Além do que disciplina a Lei 6.76/79 ao dispor que com o registro do loteamento, as áreas destinadas às vias e logradouros públicos passam automaticamente para o domínio público do município, independentemente de título aquisitivo, também a Constituição do Estado de São Paulo, ao legislar concorrentemente com a União sobre direito urbanístico (art. 24, I, §§ 1º a 4º, da CF), estabelece em seu art. 180, VII, que “as áreas definidas em projeto de loteamento como áreas verdes ou institucionais não poderão, em qualquer hipótese, ter sua destinação, fins e objetivos originariamente estabelecidos alterados”.

Desse modo, a permissão ou concessão de direito real de uso não pode conferir, ao particular, o direito de murar área de uso comum do povo, já que não existe previsão legal nesse sentido, e nem poderia haver, sob pena de lesão à ordem jurídica e aos interesses gerais da coletividade, notadamente o direito de livre locomoção (CF, art. 5º, XV). Como cediço, tais bens só admitem regulamentações gerais, de ordem pública, preservadoras da segurança, da higiene, da saúde, da moral e dos bons costumes, sem particularizações de pessoas ou categorias sociais, não sendo admissível, portanto, o arruamento privado ou mesmo a rua particular em zona urbana, porque todo sistema viário de uma cidade é de uso comum do povo, afastando a possibilidade jurídica de vias urbanas particulares.

Como observa ainda José Carlos de Freitas, utilizando dos ensinamentos de Roberto Barroso e José Afonso da Silva:

O fechamento desses loteamentos traduz-se na tentativa de burlar a Lei de Parcelamento do Solo Urbano e, em especial, no Estado de São Paulo, de contornar a vedação urbanística imposta pela respectiva Constituição. Nos termos do art. 17 da lei nº 6.766/79, o loteador não poderá alterar a destinação dos espaços livres de uso comum, as vias e praças, as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos constantes do projeto e memorial descritivo (art. 9º, § 2º, III e IV). Esse dispositivo também obriga o Município, que recebe essas áreas quando do registro do loteamento (art. 22), porque os bens públicos adquiridos com a implantação do projeto de loteamento urbano ‘guardam consigo, por razão ontológica, afetação específica ao interesse público reconhecido pelo Município ao aprovar o projeto’. Como a lei federal só trata dos

loteamentos convencionais, abertos, com espaços e áreas públicas franqueadas ao acesso de todos, a aprovação pelo Município dos 'loteamentos fechados' não é lícita, pois não lhe preside o princípio da legalidade, nem a legislação municipal editada para tratar do assunto lhe dá foros de legitimidade, porque a matéria, por sua natureza condominial, é da competência da União.¹⁵⁷

Por fim conclui o Ministério Público que tendo a Constituição Federal de 1988 proclamado a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, incisos II e III), a implantação de loteamentos fechados viola de forma flagrante esses valores, revelando, por isso mesmo, a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 4.053/96 nos planos material e formal, pois afronta tanto a Constituição da República (arts. 1º, II e III, 3º, I, III e IV, 5º, II e XV, 21, XX, XXI; 22, XI, 23, II; 24, I, e §§ 2º e 3º; 182, *caput*; 227, § 2º) como a Constituição Estadual (arts. 152, III; 180, VII, 181, *caput* e §§ 2º e 3º, e 280), além das Leis Federais nº 6.766/79 (arts. 4º, I, 17 e 28) e nº 7.853/89 (art. 2º, parágrafo único, V, "a").

O exemplo acima demonstra que o enfrentamento da temática dos denominados loteamentos fechados não se resume a questão de ordem teórica senão que se reveste de aspectos concretos que necessitam de um urgente enfrentamento sob pena de se constituir em problema cada vez maior, tanto no âmbito do planejamento e ordenamento urbano, quanto sob o ponto de vista jurídico, com a declaração de inconstitucionalidades de leis, de revogação de atos administrativos, de desconstituição de relações jurídicas, com o agravamento da insegurança jurídica.

Essa problemática e esse enfrentamento é comum tanto quando se trata da conversão de loteamentos convencionais em loteamentos fechados, quanto se esta a tratar dos loteamentos que já tem sido aprovados com uma configuração híbrida de loteamento com condomínio, o que se configura sob o ponto de vista jurídico ainda mais grave.

¹⁵⁷ FREITAS, José Carlos de. Manual Prático da Promotoria de Justiça de Habitação e Urbanismo, Imprensa Oficial do Estado, p. 330/331

Ação Direta de Inconstitucionalidade, em face da Lei Distrital 1.913/97

Analisando-se caso concreto, o Distrito Federal por iniciativa da Câmara Distrital aprovou a Lei Distrital 1913/97, pela qual determinadas quadras poderiam passar a ser administradas por prefeituras comunitárias ou associações de moradores legalmente constituídas, ficando facultado a transferência para essas entidades dos serviços de limpeza das vias internas; coleta seletiva; segurança complementar patrimonial; representação coletiva dos moradores.

A referida lei permitia em seu art. 2º que “as propostas de modificação de vias de circulação interna ou de áreas verdes, apresentadas pela administração da quadra, deverão ser referendadas por assembléia geral dos moradores, na forma prevista no estatuto”.

Nessa mesma direção o art. 4º estabelecia que “poderão ser fixados, nos limites externos das áreas das quadras ou conjuntos, obstáculos que dificultem a entrada e saída de veículos e que não prejudiquem nem coloquem em risco o livre acesso de pessoas”.

Estabelecia ainda o referido texto legal em seu art. 6º que as ditas prefeituras comunitárias ou associações de moradores poderiam cobrar taxas de manutenção e conservação de todos aos proprietários, por aprovação em assembléia geral, tornando-se obrigatória a todos.

Dentre outras questões, os pontos destacados possuem um maior interesse para o presente trabalho por impor mudanças urbanísticas, modificando uma configuração de desenho urbano e com isso carregando consigo uma série de implicações de ordem jurídica, afetando direitos individuais e coletivos.

Verifica-se, no caso concreto que através de um instrumento legal, aprovam o conjunto dos legisladores distritais modificações em situações urbanisticamente consolidadas, alterando-se a sua configuração física e promovendo alterações no campo do direito.

Sob esse prisma do direito urbanístico e suas várias interfaces com o direito administrativo, constitucional, civil, é que nos interessa analisar a legislação do

Distrito Federal e a sua hostilização por meio da interposição de ADIN nº 1706-4/DF, perante o Supremo Tribunal Federal.

Observando o teor do acórdão aprovado em 09/04/2008, pelo Plenário do STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade, em face da Lei Distrital 1.913/97 podemos observar que o ministro relator Eros Grau se aprofundou na análise dos diversos pontos que atingem a esfera do direito urbanístico, como se extrai do conteúdo do respeitável voto do relator.

Entende o ministro relator que a referida lei “permite que serviços públicos sejam prestados por particulares, independentemente de licitação, em afronta ao preceito veiculado pelo art. 37, inciso XXI, da Constituição de 1988”.

No caso concreto o texto legislativo no que tange à cobrança pelos serviços, estabeleceu uma verdadeira balbúrdia, mantendo a incidência da taxa pública, permitindo que a taxa de limpeza pública fique reduzida a 50% (art. 2º, § 1º); no art. 6º estabelece que as associações de moradores poderão cobrar taxas e por fim, o art. 7º prevê que reverterão às administrações das quadras 50% das taxas pelo poder público. Nesse contexto, em face da confusão gerada pela lei sob análise, evidente a inconstitucionalidade.

Diverso talvez tivesse sido o desfecho do julgamento em relação a este ponto se a legislação em apreço houvesse suprimido a cobrança de taxas públicas e fixado às referidas prefeituras comunitárias ou associações de moradores o direito de cobrar pelos serviços de conservação e manutenção dos logradouros públicos.

O outro aspecto analisado pelo ministro relator diz respeito à obrigação imposta aos proprietários de unidades habitacionais de compulsoriamente estarem obrigados a arcar com o pagamento de taxas, aprovadas em assembléias, cujos requisitos de validade serão fixados por livre decisão de cada associação criada para tal finalidade.

Aqui, ingressando-se no campo do direito civil e constitucional, posicionou-se o Ministro no sentido de que “ninguém é obrigado a associar-se ou a permanecer associado em “condomínios” que não foram regularmente instituídos.”

Vale destacar que o Poder Público aprovou um determinado plano de parcelamento do solo, com a definição de ruas e áreas públicas, gerando efeitos jurídicos aos quais o adquirente do lote ou da unidade habitacional aderiu, gerando-lhe desta

maneira obrigações, mas também um direito adquirido. Essa situação não pode ser mudada, a menos que haja a concordância da totalidade dos envolvidos. Não cabe a uma assembléia, por mais qualificado que seja o quorum exigido, aprovar alterações no direito adquirido.

Fazendo menção a Ruy Cirne Lima, o ministro relator assinala que “os bens públicos de uso comum são entendidos modernamente como propriedade pública, sendo que uma das notas que os caracteriza é a da intensidade de sua participação na atividade administrativa. Tal essa intensidade no caso dos bens de uso comum do povo, que eles constituem, em si, o próprio serviço público (objeto de atividade administrativa) prestado pela Administração.”

Concretamente, ruas, avenidas, vielas de passagem, vielas sanitárias, áreas destinadas a praças, áreas destinadas à manutenção de vegetação significativa, áreas destinadas à construção de equipamentos públicos, dentre outras, são espaços destinados ao atendimento das exigências para garantia da qualidade da vida humana, nesse sentido, constituindo-se já em si um serviço público.

Por outro lado também existem os bens públicos de uso comum do povo que não decorrem da intervenção física do homem, mas que decorrem da própria natureza, como o mar, a praia, os rios, para os quais, sem necessidade de autorização especial, o seu uso comum é acessível a todos ou ao menos a um conjunto não individualizado de pessoas.

Citando Renato Alessi informa o ministro que, caracterizam-se como bens públicos de uso comum geral o uso das vias públicas para o trânsito e define uso geral normal como aquele que corresponde a todos os cidadãos indistintamente, sem que se necessite de nenhuma permissão especial, de maneira que o desfrute do bem por parte de um não exclua ou limite a possibilidade de gozo por parte dos demais.

Ainda citando Alessi vê no uso comum um direito de natureza cívica destinado à prestação das finalidades propostas pelo Estado, referentes à satisfação de determinados interesses da coletividade. Trata-se de um direito de cobrança, de obtenção de uma prestação da Administração, para que o Estado construa e mantenha os espaços necessários ao uso comum, permitindo aos indivíduos o seu desfrute, conforme a sua destinação. Em um segundo momento passa a se caracterizar o direito do cidadão a usufruir do bem de uso comum, pelo qual nenhum

outro sujeito pode interpor obstáculo. Trata-se aí do direito de liberdade que corresponde a todo indivíduo, que tem caráter de direito absoluto e como tal valor *erga omnes*.

Segundo a interpretação do ministro Eros Grau, se a administração impede um indivíduo de circular de um lugar para outro, nisso não lesiona o direito, do indivíduo, de usar a via pública, mas sim o seu direito de liberdade.

Para José Afonso o sistema viário é “o meio pelo qual se realiza o direito à circulação, que é a manifestação mais característica do direito de locomoção, direito de ir e vir e também de ficar (estacionar, parar), assegurado na Constituição Federal”.

Nessa linha, o art. 4º da Lei Distrital 1.713/97 que admite a possibilidade de colocação de obstáculos que dificultem a entrada e saída de veículos, se apresenta como uma limitação ao direito de circulação, à faculdade de deslocamento através de via pública ou espaço afetado ao uso público. Constitui-se, assim, a utilização da via pública, não “uma mera possibilidade, mas um poder legal executável *erga omnes*”.

Segundo Pedro Collado, “a Administração não poderá impedir, nem geral, nem singularmente, o trânsito de pessoas de maneira estável, a menos que desafete a via, já que de outro modo, se produziria uma transformação da afetação por meio de uma simples atividade de polícia”.¹⁵⁸

Verifica-se desta forma que o direito de circulação, de livremente transitar pelos sistemas viários é prerrogativa garantida pelo texto constitucional ao assegurar a todos a liberdade de se locomover. As vias públicas possuem essa atribuição nata e, portanto, não pode essa ser transmudada por simples ato do poder executivo, ainda que aprovado pelo poder legislativo.

A possibilidade para viabilizar, para dar sustentabilidade legal ao fechamento à passagem por uma área pública de uso comum, seria a sua desafetação, para que, somente após esse ato, pudesse o Poder Executivo autorizar, por exemplo a concessão de uso em favor da iniciativa privada.

¹⁵⁸ COLLADO, Pedro Escribano. In: SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo

Tratando-se de área de uso comum do povo o seu domínio não pertence ao Poder Público e sim à sociedade, a Administração exerce sobre essas mero papel de gestão e de serviços, utilizando-as de modo a lhes garantir as finalidades para as quais foram constituídas, não poderá delas, entretanto, livremente dispor, por isso que necessário que deixem essas de estar afetadas a determinada função de uso comum do povo, passando para a categoria de bens dominiais.

A autorização para a utilização por terceiros de áreas de uso comum do povo poderão ocorrer por meio das figuras da autorização e da permuta por se caracterizarem essas como de caráter precário, podendo ser rescindidas a qualquer tempo sem necessidade de indenização por benfeitorias. Já o mesmo não ocorre com a concessão que possui caráter mais perene.

Desta forma para que se possa transferir o controle do uso, ainda que por meio de concessão, deveria ser promovida inicialmente a desafetação da área.

No caso concreto, sob análise, a autorização para a implantação de medidas restritivas ao direito de circulação por vias públicas, levou o STF a julgar pela inconstitucionalidade da lei.

Análise do Projeto de Lei 3057/00

O referido Projeto de Lei é fruto da reunião de diversas proposições parlamentares objetivando revisões pontuais sobre o texto da Lei 6.766/79, que foram reunidas e como se pode observar tramita a onze anos na Câmara dos Deputados.

Vários relatórios, com a perspectiva de serem conclusivos, foram editados mas até hoje não se chegou a um consenso capaz de permitir que a intitulada Lei da Responsabilidade Territorial Urbana venha a se consolidar em texto de lei.

Um dos pontos centrais na discussão do referido PL 3057 é o interesse do setor imobiliário, especialmente vinculado aos empreendimentos de parcelamento do solo e urbanização, na regulamentação dos denominados loteamentos fechados, é sobre esse aspecto que iremos nos deter nesta análise pontual.

Do Relatório produzido no final do ano de 2005, de autoria do Deputado Barbosa Neto, se extrai pela leitura do art. 3º, que além da manutenção da figura do loteamento e do desmembramento como tipologias de parcelamento do solo, também se propôs a criação do condomínio urbanístico, prevista no inciso XII do art. 3º, além de outras alterações de menor importância.

XII – **condomínio urbanístico**: a divisão de imóvel em unidades autônomas destinadas à edificação, às quais correspondem frações ideais das áreas de uso comum dos condôminos, sendo admitida a abertura de vias de domínio privado e vedada a de logradouros públicos internamente ao perímetro do condomínio;

Da leitura do conceito de condomínio se depreende que se trata da permissão para a ocorrência de condomínio de lotes, desvinculados da construção, com ruas internas de caráter privado.

Merece também menção o inciso XVI pelo qual se admite o parcelamento de pequeno porte, caracterizado por imóvel com área total inferior a 10.000 m² (dez mil metros quadrados) ou o desmembramento que não resulte em mais de 5 (cinco) lotes.

No art. 1º, § 2º, passou-se a admitir o “condomínio urbanístico integrado à edificação implantados na forma do art. 8º da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, desde que estejam localizados no perímetro urbano definido por lei municipal e observem os requisitos previstos”.

O art. 7º, VI passou a coibir expressamente o parcelamento “onde for técnica ou economicamente inviável a implantação de infra-estrutura básica, serviços públicos de transporte coletivo ou equipamentos comunitários”, o que se configura interessante no sentido de reafirmar o poder do Município de indeferir o parcelamento do solo onde não exista infra-estrutura.

O art. 10, § 3º estabelecia que “o parcelamento do solo para fins urbanos na modalidade de condomínio urbanístico somente é admitido nos Municípios com gestão plena e o art. 11 fixou em 15% o montante de área pública excluído o sistema viário, sendo que nos condomínios urbanísticos a área pública deve estar situada fora do perímetro fechado e podem, a critério da autoridade licenciadora, situar-se em outro local dentro do perímetro urbano (§ 1º).

Criava-se, portanto, uma diferenciação pela qual somente Municípios com gestão plena poderiam admitir a figura dos condomínios urbanísticos, partindo-se do pressuposto de que esses teriam melhores condições técnicas de controlar esse tipo de empreendimento imobiliário. Também se exigiria dos condomínios urbanísticos a destinação de área pública externa a seus limites físicos.

O art. 2 delegava ao plano diretor ou a outra lei municipal definir, para cada zona em que se divida a área urbana do Município fixar os parâmetros urbanísticos, definindo no § 1º: I - os locais da área urbana onde são admitidos condomínios urbanísticos, respeitadas, se houver, as restrições estabelecidas pelo plano diretor; II - a dimensão máxima do empreendimento ou de conjunto de empreendimentos contíguos; III – os parâmetros relativos à contigüidade entre empreendimentos; IV – as formas admissíveis de fechamento do perímetro; V – a necessidade ou não de Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança (EIV); VI – critérios e responsabilidades em relação à manutenção da infra-estrutura básica e complementar, respeitados os limites da competência municipal. O § 2º fixou que “inexistindo a legislação prevista no § 1º, fica vedada a concessão de licença para a implantação de condomínios urbanísticos”.

O acompanhamento das discussões desse PL na Câmara dos Deputados revelaram que a inclusão dos loteamentos fechados ou condomínios urbanísticos foi talvez o embate central na disputa entre o mercado imobiliário e o Poder Público. Após resistir inicialmente Ministério das Cidades, que centralizava as negociações por parte do poder público, acabou por aceitar a inclusão do condomínio urbanístico, momento após o qual se passou a discutir a limitação de área desses empreendimentos, sendo que o governo defendia algo entre cinquenta a setenta e cinco mil metros quadrados e a iniciativa pleiteava que não houvesse qualquer restrição, por fim passaram a defender que cada Município tivesse independência para estabelecer esse parâmetro.

Em 2007 foi apresentado outro relatório dessa vez de autoria do Deputado Renato Amary que manteve a mesma redação em face do condomínio urbanístico.

No art. 2º, XXIII, consta prevista a figura da gestão plena, como a condição do Município que reúna simultaneamente os seguintes requisitos: a) Plano Diretor; b) órgãos colegiados de controle social nas áreas de política urbana e ambiental, ou, na inexistência destes, integração com entes colegiados intermunicipais constituídos

com essa mesma finalidade, assegurados o caráter deliberativo das decisões tomadas, o princípio democrático de escolha dos representantes e a participação da sociedade civil na sua composição; c) órgãos executivos específicos nas áreas de política urbana e ambiental, ou integração com associações ou consórcios intermunicipais para o planejamento, a gestão e a fiscalização nas referidas áreas, nos termos da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005. Interessante notar a vinculação ao Plano Diretor e a previsão de órgãos colegiados de controle social.

No art. Art. 3º encontramos previsto que o parcelamento do solo para fins urbanos somente pode ser feito nas modalidades de loteamento, desmembramento ou condomínio urbanístico, ou seja, hipótese de *numerus clausus*, pelo qual a União define as tipologias, garantindo a autonomia dos Municípios no sentido de estabelecerem parâmetros próprios segundo o interesse local.

Em síntese o projeto de 2007 mantém a mesma concepção e mesmos dispositivos no que tange aos condomínios urbanísticos, condicionando-os à prévia disposição legal no âmbito do Plano Diretor Municipal.

Emenda Parlamentar ao Projeto de Lei 3057/00

Dentre as inúmeras emendas parlamentares visando interferir no texto da futura legislação, merece destaque a proposta apresentada em defesa supressão do art. 144 do PL 3057, o Deputado Federal Ricardo Izar, claramente vinculado aos setores da iniciativa privada ligados aos empreendimentos imobiliários, assim se posiciona:

A modalidade de loteamento com acesso controlado é um gênero de loteamento, com desenho geométrico específico e único acesso, que vem sendo recepcionado de uma forma particular pelos municípios em que esse tipo de parcelamento do solo é aceito. A necessidade de se disciplinar essa modalidade no Projeto de Lei tinha como maior condão minimizar a burla dos condomínios erigidos sob a égide da Lei 4.591/64, em que não existia a comercialização de unidades edificadas, e, sim, a venda de unidades autônomas de terrenos. Entretanto, a referida modalidade está devidamente

prevista nesse Projeto de Lei pelo Condomínio Urbanístico e suas espécies, atreladas ou não à edificação. Nesse sentido, desnecessário o regramento por uma lei federal, até porque, conforme preceito constitucional, a prerrogativa do interesse local é competência exclusiva do Município, que tem a faculdade de introduzir ou não essa modalidade de parcelamento do solo na organização e planejamento do seu território. Registre-se, ainda que, essa modalidade de loteamento já possui disciplinamento, através do Decreto-Lei nº 271/67.¹⁵⁹

Da justificativa apresentada pelo legislador, na defesa de seu ponto de vista, é possível identificar o reconhecimento de que “a modalidade de loteamento com acesso controlado é um gênero de loteamento, com desenho geométrico específico e único acesso, que vem sendo recepcionado de uma forma particular pelos municípios”, em seguida, justifica que o Projeto de Lei Federal possui o “condão de minimizar a burla dos condomínios erigidos sob a égide da Lei 4.591/64, em que não existia a comercialização de unidades edificadas”. Esses dois pontos merecem destaque posto que confirmam a existência de uma realidade na qual os Municípios vem adotando procedimentos particulares muitas vezes incidindo na burla à legislação em vigor, isso significa dizer que os Municípios agiam à margem da lei, ferindo, portanto, o princípio maior imposto ao Estado, qual seja do restrito respeito à legalidade.

No segundo momento o parlamentar defende que basta a previsão no PL da nova figura do condomínio urbanístico, sendo “desnecessário o regramento por uma lei federal, até porque, conforme preceito constitucional, a prerrogativa do interesse local é competência exclusiva do Município”. Neste ponto verifica-se o reconhecimento quanto a necessidade de uma previsão no âmbito do ordenamento jurídico nacional e em um segundo momento a noção de que não cabe à União disciplinar o funcionamento desse novo instituto jurídico, posto que isto invadiria a esfera de competência dos Municípios.

¹⁵⁹ Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/430533.pdf>. acessado em 20.07.2011

No que tange ao reconhecimento da necessidade de previsão legal no âmbito federal, a justificativa apresentada gera o reconhecimento de que todos os projetos aprovados como condomínio sem a vinculação da construção das unidades habitacionais se encontram eivados de vício. Aqueles que foram aprovados na qualidade de loteamentos fechados com as áreas públicas internalizadas, também não dispõem de amparo legal.

Por outro lado, existe a defesa de que basta a previsão da figura do condomínio urbanístico sem qualquer outro regramento, posto que, isto estaria a ferir a autonomia dos Municípios. Neste ponto, passamos a discordar do posicionamento do parlamentar federal, uma vez que, ao estabelecer uma nova figura jurídica cabe à legislação federal disciplinar as suas características de tal forma a não permitir uma desfiguração do novo instrumento legal.

Regularização de Loteamentos Fechados no Município de Vinhedo

O Município de Vinhedo na região metropolitana de Campinas, no Estado de São Paulo é conhecido, além da qualidade de vida, também pelo número de loteamentos de característica fechada que possui.

No processo de construção do Plano Diretor Participativo que se desenvolveu por meio de dezenas de reuniões com vários segmentos da sociedade, principalmente com representantes dos “condomínios”, um dos temas que mais polarizou as discussões foi o reconhecimento da situação de irregularidade desses empreendimentos e as possibilidades de regularização de tal situação.

Importante notar que no caso concreto todos os loteamentos eram devidamente aprovados e registrados e passou-se a discutir o seu estado de irregularidade, ou seja, o fechamento desses loteamentos acabou por gerar uma situação irregular do mesmo. O ponto central a configurar essa irregularidade, além do cerceamento ao direito de ir e vir dos cidadãos e aos enclaves impostos por muros inóspitos, residia no fato de que as áreas públicas de uso especial, quais sejam, aquelas destinadas a servir a população com as finalidades mais nobres (Saúde, educação, segurança,

cultura, esporte) se encontravam internalizadas, apropriadas por particulares, impedindo o Poder Público de lhes dar a destinação para as quais nasceram. Esse foi o grande argumento convincente de que essa situação não mais poderia continuar nos moldes em que se encontrava.

Partindo-se do consenso construído de que a solução não poderia ser única e exclusivamente a derrubada de muros e demolição de guaritas, sendo que muitos proprietários haviam adquirido de boa-fé o imóvel que lhes havia sido oferecido como um loteamento fechado ou “condomínio”, além disso, a Prefeitura em vários casos expediu leis específicas autorizando o fechamento e fazendo a concessão de direito real de uso das áreas públicas em favor de entidade representativa dos moradores de cada “condomínio”.

Consolidou-se também o entendimento de que as áreas públicas como praças e áreas institucionais internalizadas, ou seja, fechadas intra-muros, se constituíam em situação que feria o direito à cidade, o interesse público.

Como forma de se alcançar a regularização dos chamados “loteamentos fechados” ou “condomínios de lotes”, de forma que esses atendam aos princípios estatuídos no Plano Diretor, na Constituição Federal, no Estatuto da Cidade e, principalmente objetivando atender à função social da cidade como um direito de todos, ficou estabelecido que a opção da cidade era a de regularizar os empreendimentos fechados já existentes, fixando-se um conjunto de alternativas para alcançar tal desiderato.

Inicialmente construiu-se um entendimento no sentido de que:

1- o processo de formulação do Plano Diretor era o espaço adequado e legal para se discutir essa matéria.

2- As áreas públicas de uso comum do povo e uso especial, originadas de processos de parcelamento do solo não poderiam estar contidas nos limites intra-muros dos loteamentos fechados. Para a regularização de tal situação poder-se-ia adotar os seguintes procedimentos:

- a) Mudança do projeto urbanístico, de modo que a área institucional e metade da área destinada a sistema de lazer, totalizando 10% da área, se

localizassem fora dos limites do loteamento fechado, fazendo frente para sistema viário oficial.

- b) Pela aquisição e doação ao Município de outra área de tamanho equivalente a 10% fora dos limites do loteamento fechado, nas proximidades desse ou em outro local indicado pelo Poder Executivo Municipal e referendado pelo Conselho do Fundo Municipal de Desenvolvimento Territorial.
- c) Pela contribuição mensal para o Fundo Municipal de Desenvolvimento Territorial de cada proprietário de lote, rateado proporcionalmente, de forma a cobrir o montante equivalente ao valor da área pública existente no interior do loteamento, excluído o sistema viário. O valor será arrecadado pela Associação de Moradores, rateado na cobrança das taxas de manutenção e depositado em conta vinculada ao FMDU.
- d) As áreas públicas existentes no interior dos loteamentos serão desafetadas passando de uso comum do povo e especial para a categoria de bem dominial .
- e) Efetuada a compensação em qualquer das formas estabelecidas nos incisos acima, as áreas internas passarão a incorporar o loteamento como área verde particular, incorporando uma fração ideal a cada lote, com cláusula de inalienabilidade e de proibição de construção, com destinação específica de preservação ambiental e recreativa.
- f) A manutenção das áreas verdes internas, bem como o sistema viário fica a cargo dos moradores, através da associação representativa, mantendo-se de forma integral o poder de fiscalização pelo poder executivo municipal.
- g) O montante do valor pago pelos moradores a título de compensação, via Associação, deverá guardar relação com o tamanho da área interna compensada, equivalente a 10% do loteamento, independente do valor dispensado para tal aquisição.
- h) O Ministério Público promoverá as ações civis públicas, através da qual se aplicará os TAC's de forma a que se tenha a maior transparência e

segurança jurídica possível.

- i) Para que se tenha um controle social desse processo será formado um Conselho composto por representantes dos moradores, poder executivo, poder legislativo e Ministério Público.
- j) O Poder Executivo poderá promover a desapropriação de áreas de interesse público para a constituição de sistemas de lazer e implantação de equipamentos públicos, cujo valor poderá ser pago com recursos auferidos no processo de compensação.

Em suma, o que se acordou é que o Plano Diretor deveria disciplinar as formas possíveis de se reverterem as áreas públicas, especialmente as de uso especial para a sua finalidade original, motivo pelo qual deveriam se criar as possibilidades de compensação. Esse processo contou com a participação do Ministério Público.

Esse processo impõe a necessidade de discussões sobre os limites do Plano Diretor, mas entendemos que a cidade possui o poder de deliberar sobre fechamento de áreas, porém, esse processo tem que possuir um absoluto rigor em face das suas conseqüências. Qualquer autorização de fechamento por meio de concessão de direito real de uso das áreas públicas não pode impedir o acesso de qualquer cidadão, posto que essas continuam de uso comum do povo.

Nesses casos entendemos que a simples exigência de identificação, para ingresso nessas áreas com controle de acesso, não se configura em si uma agressão aos direitos humanos, essa exigência tem de ser comum e respeitosa a todos e qualquer cidadão mesmo sem documentação, poderá livremente transitar pelas vias públicas sob regime de concessão. O simples controle já assegura uma maior tranquilidade a quem ali reside.

Qualquer abuso nesse processo de abordar o cidadão que pretende ingressar em um loteamento com controle de acesso constituirá isto sim uma transgressão que fere o cidadão em seus direitos. Quanto à tradicional exigência de justificativa para ingresso basta o livre argumento de querer andar, circular, conhecer, apreciar.

CONCLUSÃO

O que se assiste na atualidade é o desenvolvimento de uma prática de ocupação territorial que não encontra fundamento claro, preciso e objetivo no ordenamento jurídico nacional.

Existe uma zona cinzenta, uma penumbra na qual vem se desenvolvendo uma série de ações que atendem a uma certa necessidade social, ainda que induzida por uma atmosfera do medo e de um marketing do mercado imobiliário.

Nesse cenário, empreendimentos imobiliários de grande porte que atraem uma população de maior renda, despertam o interesse dos Municípios, posto que atendem a determinadas concepções de desenvolvimento, de produção de riquezas, de mobilização do capital, de aquecimento da economia, de geração de empregos, de aumento da capacidade contributiva e consequentemente do aumento arrecadatário de tributos.

Em contrapartida aspectos relacionados aos direitos difusos como qualidade de vida, direito à cidade, direito de mobilidade, justa distribuição dos ônus e da mais valia decorrentes da ocupação territorial, direito de usufruir das áreas de uso comum do povo e áreas de uso especial, entre outros, passam a ser relativizados.

No campo da legislação, percebe-se uma ausência normativa capaz de regradar com o mínimo de uniformidade essas novas formas de ocupação territorial caracterizadas pelo que se vem denominando de loteamentos fechados, condomínios fechados ou outras designações correlatas.

Essa situação concreta coloca-nos diante de uma variação evolutiva ou involutiva, conforme a concepção de cidade e ordenamento territorial que se adote, cujo comportamento fático não encontra previsão nas estruturas normativas preexistentes.

Percebe-se, assim, a existência de lacunas normativas e de uma zona nebulosa de atuação legislativa no âmbito de competência dos entes federativos, a qual conduz a uma prática de ocupação territorial que vem sendo tratada com certa indiferença e utilizada ao bel prazer da Administração local e dos interesses do mercado imobiliário.

Objetivando tratar da regulamentação da legislação urbanística a ser aplicável no âmbito local, a esfera de atuação do Direito Urbanístico deve ser compreendida em seu espectro mais amplo, significando assim a possibilidade de intervenção do Poder Público Municipal, para fins de controle e ordenamento territorial, em toda e qualquer atividade, nos limites internos do Município, que não se configure estritamente tipificada no campo da atividade agrícola/pastoril.

Nessa perspectiva, a competência do Município para tratar do ordenamento territorial abrange toda a extensão do seu território e o Direito Urbanístico não se limita às zonas urbanas ou de expansão urbana.

É do interesse público e também da iniciativa privada a existência de legislação clara que defina as possibilidades de parcelamento do solo, no entanto, apesar de vasto entendimento quanto a ilegalidade de fechamento de loteamentos convencionais e de empreendimentos novos de característica fechada, existe uma prática desenfreada no sentido de aceitação dessa tipologia por inúmeras cidades brasileiras.

Esse comportamento encontra seu maior ponto de sustentação no entendimento de que cabe ao Município dispor sobre a qualidade de loteamento aberto ou fechado, pois: I - a legislação federal não veda tal comportamento; II – tal deliberação se encontra na esfera de competência do Município.

O estudo desenvolvido neste trabalho conduz ao entendimento de que, em relação ao fechamento de loteamentos, efetivamente esse grau de deliberação se encontra no âmbito de atuação do Município

A participação da sociedade nos diversos momentos de definição do arcabouço jurídico que rege a matéria de uso, ocupação e parcelamento do solo, possibilitará a constituição de um regramento jurídico que esteja mais ajustado às necessidades de cada município.

A participação da sociedade na elaboração dos planos e programas de desenvolvimento urbano e da efetiva aplicação das políticas públicas de caráter urbano possibilitará um efetivo controle social quanto à aplicação concreta dessas políticas.

O crescimento e reconhecimento da importância dos municípios enquanto esferas de poder dotadas de poder administrativo e depois político pavimentou a estrada de acesso do Município como ente-federativo.

A competência concorrente estabelece a capacidade de todos os entes federativos legislarem sobre a mesma matéria, cada qual dentro da sua esfera de competência.

A competência comum exige que todos os entes federativos atuem de forma harmoniosa sobre a mesma matéria, na busca de alcançar os objetivos programáticos estatuídos na Constituição Federal.

A competência para legislar sobre direito urbanístico compete aos entes federativos listados no art. 24 e o Município possui a sua competência fixada pelo art. 30 da CF.

O Município possui competência privativa para legislar sobre assuntos relativos ao desenvolvimento e ordenamento urbano, respeitados os limites para a sua atuação, ou seja, no campo do interesse local.

Existe uma zona cinzenta entre os limites das esferas de competência que exige uma análise detalhada e pormenorizada a fim de definir a precisa competência de atuação.

No âmbito do parcelamento do solo a competência da União se limita à edição de normas de cunho geral, ao passo que o Município atua nos limites do interesse local, restando ao Estado a competência residual.

A competência do Estado-membro, estabelecida constitucionalmente, para instituir regiões metropolitanas ou outros aglomerados urbanos diz respeito ao que se denomina de interesse comum, que não se confunde com o interesse local de competência municipal. Nesse diapasão, a submissão pelo Município ao controle do Estado em matéria de parcelamento do solo somente poderá ocorrer nos casos em que os efeitos desse empreendimento imobiliário extrapole o interesse local e passe a atingir o interesse comum de mais de um Município ou de uma região.

A atuação do Estado-membro com a criação de aglomerados de Municípios limítrofes ou regiões metropolitanas deve-se ater ao cumprimento do interesse comum, expresso pela vontade e interesse dos Municípios, assim como, naqueles casos em que os efeitos concretos de uma atividade em um Município se façam sentir no limite territorial dos Municípios adjacentes.

No âmbito da matéria ambiental, em face do cunho de competência constitucional comum, o Estado poderá estabelecer restrições ao uso e ocupação do solo às quais o Município haverá de se submeter, desde que essa efetivamente se caracterize como uma ação que melhor se coadune com a defesa do meio ambiente.

O parágrafo único, do art. 13 da Lei 6.766/79, ao estabelecer genericamente que todo o parcelamento do solo em região metropolitana deve ser submetido ao exame e anuência prévia do Estado extrapola a competência estadual de estabelecer restrições quanto ao uso do solo. Os aspectos que cabe ao Estado disciplinar limitam-se ao campo da matéria ambiental, nesse sentido cabe observar as faixas de proteção de córregos e nascentes; proteção de mananciais; existência de instalação de rede de esgotamento sanitário e respectivo tratamento, ou seja, os aspectos atinentes às fontes de poluição e a preservação ambiental.

Um dos problemas identificados e analisados no transcorrer do presente trabalho diz respeito à existência de empreendimentos imobiliários caracterizados como condomínios, regidos pela Lei própria das Incorporações e Condomínios – Lei 4.591/64, mas que se constituem em áreas de grande extensão territorial e frente aos quais os Municípios não estão conseguindo impor a prevalência do interesse público sobre o interesse particular.

Nesse caso, trata-se daqueles casos em que o proprietário de uma gleba de terra, em área urbana, pretende edificar na forma do condomínio previsto na Lei 4.591/64, mantendo a integralidade da área, independentemente do número de unidades a serem construídas.

Em tal situação é imperativo que o Município avalie qual é o interesse público para que se mantenha aquela forma de ocupação territorial, enquanto uma única gleba de terra ou então imponha a realização de prévio parcelamento, de modo a garantir um

melhor ordenamento territorial, aprovando-se condomínios edifícios autônomos em cada lote individualizado, originário da gleba maior.

A análise quanto ao planejamento territorial e ocupação territorial é obrigatório para que se avaliem os impactos a curto, médio e longo prazos, devendo-se exigir Estudos de Impacto de Vizinhança e Estudo de Impacto Ambiental, quando necessário.

Ou seja, mesmo nos casos de empreendimentos de Condomínio edifício, nos estritos limites da Lei 4.591/64, quando a área da gleba ou do lote ultrapassar a configuração básica de uma quadra, conforme o padrão médio do Município (em média 200 m X 200 m), deverá a proposta do empreendedor ser analisada com total rigor de forma a se garantir a preservação do interesse público.

É da característica natural do parcelamento do solo a existência de um espaço negocial entre Poder Público e interessado, sem que isso possua qualquer mácula de ilegalidade, posto que, trata-se de processo em que pode haver a apresentação de inúmeras possibilidades de desenho urbano, até que se chegue à melhor combinação que agregue o interesse do particular ao interesse público.

A importância do Direito Urbanístico esta em garantir a existência de um arcabouço previamente constituído que oriente a ação do agente público e do particular, de modo a lhes conferir maior segurança jurídica.

Esse espaço característico da negociação nos casos de parcelamento do solo, em decorrência de uma concepção arcaica acaba sendo pouco explorada no Brasil, prevalecendo muitas vezes a imposição unilateral do Poder Público e no mais das vezes uma submissão do agente público aos interesses particulares.

É necessário fortalecer a concepção do urbanismo concertado em que os atores públicos e privados compreendam a importância de sua atuação na construção do ordenamento territorial da cidade, que atenda ao interesse social e que propiciará também a existência de uma cidade sustentável.

Outra situação que não se confunde com essa acima descrita, diz respeito à existência de empreendimentos imobiliários que se utilizam como fundamento da Lei 4.591/64, buscando nessa o amparo legal para os seus propósitos, quando na

realidade o que se esta a constituir como empreendimento imobiliário não se enquadra na tipificação da referida legislação.

Tomemos o exemplo citado de condomínio no Município de Paraty, da ordem de oito milhões de metros quadrados e que isolou o acesso a uma praia. Face a situações como essas os Municípios não estão correspondendo à autonomia que lhes é reconhecida pela Constituição Federal e as Administrações Públicas não estão honrando a confiança que lhes é depositada para promoverem a defesa do interesse público, o ordenamento territorial, o planejamento urbano e a justiça social.

No que tange, portanto, aos condomínios não podem esses serem admitidos sem que o projeto urbanístico integre a constituição de frações de terreno, identificadas como unidades habitacionais autônomas, à construção da edificação.

Mesmo ocorrendo esse projeto integrado urbanístico e arquitetônico, não está obrigado o Município a aprovar projetos cuja área territorial não seja compatível com o planejamento territorial e com a garantia de acesso e de mobilidade urbana.

Mesmo em áreas mais afastadas não esta obrigado o Município a aprovar projetos de parcelamento do solo que não atenda ao interesse público, que não se compatibilize com o seu planejamento e cujos reflexos poderão ser nocivos ao desenvolvimento planejado e sustentável do Município.

O Município deve indicar, preferencialmente através de um processo participativo de elaboração do Plano Diretor, quais são as regiões destinadas ao desenvolvimento urbano como função social, essas áreas com definição de zona Urbana ou de expansão urbana é que se encontram aptas a recepcionarem projetos de natureza urbanística

Dentro da concepção da justa distribuição dos ônus e da mais valia sobre o uso da terra não pode o Município desviar recursos para atividades de infra-estrutura que venham dar suporte a empreendimentos de natureza particular, beneficiando interesses privados, valorizando as áreas particulares do entorno e descumprindo os compromissos de natureza social que a Constituição Federal impõe.

Face a empreendimentos de grande porte, que também são importantes para o Município como elementos geradores de emprego, de aumento de arrecadação

tributária e dinamização da economia local, o Município deve impor as contrapartidas necessárias, as quais devem ser discutidas de forma transparente, envolvendo diversos setores da sociedade, nesse sentido, é possível construir soluções que admitam parcelamentos do solo ou condomínios de maior porte desde que haja as correspondentes contrapartidas, de modo a permitir o desenvolvimento sócio-ambiental sustentável da cidade.

Gestão democrática, transparência na gestão pública, são elementos que podem avançar no sentido de construção de um urbanismo concertado. Isso não se trata de discurso panfletário ou plataforma eleitoral, esses são elementos jurídicos extraídos da Constituição Federal.

A intervenção no território urbano através do exercício de dispor da propriedade é um direito em potencial do proprietário que poderá dele se utilizar quando bem entender, se antes não for instado a fazer uso do seu imóvel em atendimento a função social definida pelo Plano Diretor Municipal (art. 182, § 4º da CF). No momento em que se dispuser a livremente dela usufruir por meio da implantação de projeto de urbanização (construtivo ou de parcelamento do solo), deverá requerer a aprovação dos órgãos técnicos responsáveis, que adstritos à lei deverão explicitar quais as limitações a que a propriedade está condicionada.

Grandes condomínios em cidades de pouca estrutura e de poucos recursos técnicos acabam por impor o seu interesse, assim é necessário que se estabeleçam normas regulamentadoras.

Nesse contexto a discussão que travamos sobre distinção entre gleba e lote e quanto ao tamanho máximo de lote trata-se de questão que poderá transparecer de menor importância, mas que se apresenta como um complicador a dificultar o processo de decisão, dificultando o entendimento do agente público e do empreendedor, gerando a insegurança jurídica.

No caso dos pequenos Municípios além de poderem se socorrer da legislação federal enquanto não possuírem a sua própria legislação, deverão se pautar pelos princípios norteadores expressos na Constituição Federal e em vários diplomas específicos como a Lei Federal de Parcelamento do Solo.

Essa discussão não pode deixar entender que o Município poderá decidir a seu bel prazer, impondo as condicionantes que melhor lhe convier, ao contrário disso, a Administração esta restrita ao campo da legalidade, mas é também por essa condicionante que não pode o Poder Público aprovar empreendimentos imobiliários (residenciais ou não) sem que possua os elementos técnicos capazes de permitir que a motivação do ato de aprovação esteja devidamente amparada.

Exigências como levantamento topográfico, elaboração de Estudos de Impacto Ambiental, Estudos de Impacto de Vizinhança, projetos de proteção e recuperação ambiental, projeto para construção de estações de tratamento, projetos para viabilização de produção e constituição de redes de água e energia elétrica, são exigências que não se configuram como arbitrárias, ao contrário são de caráter obrigatório quando se façam necessárias para atender ao interesse público.

Naqueles casos em que o empreendimento se localize em áreas de frágil constituição ambiental deverá ser exigido a reserva de áreas maiores destinadas à proteção e preservação ambiental.

Não se pode perder de vista que a implantação de projetos de parcelamento do solo para fins habitacionais ou mesmo de cunho industrial, serão indutores de crescimento populacional indireto, atraindo uma população prestadora de serviços, para a qual o planejamento urbano deve estar atento. Quanto a esses efeitos sociais poderá ser exigido um percentual de áreas públicas destinado à construção de moradias populares. Nesse sentido, é importante que o Município possua legislação própria fixando um percentual da área do empreendimento para fins de constituição de um banco de terras, a exemplo do que já existe em algumas cidades brasileiras.

O que se pretende que fique claro é que na defesa de suas prerrogativas de ordenamento territorial o Município poderá aprovar projetos de parcelamento do solo desde que urbanisticamente lhe seja conveniente e essa conveniência não pode ser entendida como nada a menos do que o atendimento ao interesse público.

Encontra-se também no âmbito da competência do Município negar a licença para edificar ou parcelar quando não se encontrarem presentes os pressupostos necessários para a expedição do ato administrativo.

Tanto em uma situação como em outra a motivação do ato deverá se encontrar plenamente justificada.

A possibilidade de se avançar no sentido de construção de soluções urbanísticas concertadas não significa que isso abolirá a necessidade de legislação específica para cuidar do planejamento urbano, nem que com isso a Administração Pública estaria a abrir mão de sua responsabilidade e competência, mas se trata de uma possibilidade para situações de maior envergadura em que podem sentar à mesa empreendedor, prefeitura, comunidade, registrador de imóveis, ministério público, polícia florestal, concessionárias de serviço público, entre outros, de tal forma que cada qual possa analisar a proposta de intervenção urbana sob a sua perspectiva e apresentar sugestões. Esse tipo de solução, desde que justificados os diversos aspectos técnicos poderá resultar, na aprovação de um projeto urbanístico sócio-ambientalmente sustentável com uma chance de sucesso muito maior do que aquela em que a Administração Pública de forma isolada tivesse que decidir.

Esse tipo de solução serve para qualquer cidade, de qualquer tamanho, como exemplifica a citada experiência de Porto Alegre ao propor a figura do urbanizador-social e o Programa More Legal ou a proposta espanhola do urbanismo concertado, porém, trata-se de uma possibilidade que permitiria aos pequenos Municípios enfrentar as suas dificuldades estruturais, no campo da legislação e limitação técnica.

Importante frisar que não é a ausência de legislação municipal específica quanto ao parcelamento do solo ou em relação à definição de tamanho dos empreendimentos para fins condominiais que impedirá o proprietário de dar à sua terra uma função urbanística, nem esta impedido o Município de aprovar qualquer empreendimento imobiliário.

Mais importante, todavia é entender que ausência de legislação municipal de parcelamento do solo não está a condenar o Município, tornando-o refém da vontade do proprietário interessado em promover um empreendimento imobiliário. Nesse caso, deverá o Município se socorrer dos princípios estatuídos na Constituição Federal, bem como, em todo o regramento infra-constitucional que guarde relação com a matéria, como a Lei de Parcelamento do Solo (Lei 6.766/79), o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01), as regras de Direito Administrativo e a doutrina referente ao Direito Urbanístico.

No caso de ausência de legislação local socorrendo-se da legislação federal e aplicando os princípios estatuídos na Constituição Federal, no Estatuto da Cidade e legislação esparsa o Município terá plenas condições de aprovar empreendimentos que atendam com plena satisfação o interesse público.

Pior cenário se apresenta nos Municípios que possuem legislação que não dialoga com o interesse público e que não possuem canais que permitam a participação e a transparência pública.

Competência da União para legislar sobre condomínio edilício

É necessário entender a dimensão da competência da União para editar normas gerais sobre parcelamento do solo, aliado à sua atribuição de editar normas de direito civil.

A legislação sobre incorporação e condomínios (Lei 4.591/64) possui um caráter predominantemente civil, ainda que regrando sobre uma forma específica de construção a qual se edifica sobre um terreno, a sua preocupação não se encontra no ordenamento territorial da cidade ou na forma de uso e ocupação do solo. Parte a legislação condominial do princípio de que a base fundiária e a poligonal onde se encontra definida a porção de terra, já se encontra resolvida, essas são questões registrais e de ordenamento territorial que não interessam à referida lei que identifica sua atuação na formulação de uma estrutura jurídica que garanta a segurança jurídica das relações negociais que irão se estabelecer.

A Lei nº 4.591/64 busca tratar das construções individualizadas sobre terrenos de propriedade comum e como se equaliza essa relação.

Nesse contexto não compete ao Município inovar a legislação, não possui competência para complementar tal legislação e muito menos suplementá-la, não possui competência para tratar de matéria de cunho civilista. Portanto, qualquer legislação municipal ou autorização para implantar parcelamento do solo sem que haja um projeto integrado de edificação, não poderá ser aprovado com fundamento na legislação federal relativa a condomínios edilícios.

A aquisição da propriedade nas relações amparadas na Lei 4.591/64 se encontram fundamentadas na aquisição da construção e não do terreno. O interessado adquire uma unidade habitacional que corresponde a um percentual de terreno e a uma fração ideal da área remanescente.

Não pode assim o Município aprovar empreendimentos que signifiquem um condomínio de lotes, não existe previsão legal para tanto e o Município não possui competência para reger essa matéria.

Competência da União para legislar sobre Direito Urbanístico

Definindo o art. 24, I, da CF/88 que compete à União legislar concorrentemente sobre direito urbanístico e o parágrafo primeiro do mesmo artigo 24, estabelecendo que compete à União editar normas gerais, não restam dúvidas de que a União deve estabelecer o arcabouço jurídico básico, sobre o qual cada Município edificará a base legal de seu ordenamento territorial.

Dúvida que se apresenta por vezes no campo do parcelamento do solo diz respeito aos limites da norma geral, posto que existe uma faixa no campo da divisão de atribuições que não se encontra suficientemente clara,

O estudo realizado aponta para a conceituação de que as normas gerais devem definir uma base legislativa mínima capaz de unificar conceitos e parâmetros em todo o território nacional, definindo critérios gerais concretos não apenas diretrizes genéricas ou princípios norteadores.

Existe a necessidade de se fixar padrões concretos de modo a evitar que cada um dos 5.565 municípios ¹⁶⁰ adote critérios totalmente dispares em relação aos mecanismos de parcelamento do solo e aos parâmetros mínimos necessários.

Dessa forma a lei federal deve estabelecer padrões mínimos, deixando a cargo do Município a possibilidade de fixar parâmetros mais restritivos, sempre no sentido de melhorar a qualidade de vida e o ordenamento territorial.

¹⁶⁰ Disponível em <http://www.censo2010.ibge.gov.br/sinopse/>, acesso em 20.08.2011

Nesse sentido, compete à União estabelecer as formas admissíveis de parcelamento do solo e os parâmetros mínimos, podendo o Município exigir parâmetros mais rigorosos.

Não poderá o Município invadir a esfera de competência criando novas figuras de parcelamento do solo nem estabelecendo índices urbanísticos que aviltem os valores estabelecidos para todo o território nacional.

Em razão da função social que a propriedade deve atender e objetivando dar cumprimento aos objetivos fundamentais de República, admite a legislação a possibilidade de parâmetros especiais quando se tratar de parcelamento do solo de interesse social, deixando sob a responsabilidade do Município fixá-los conforme a necessidade e realidade local.

Dentro dessa lógica somente a União pode estabelecer leis que criem novas formas de parcelamento, além daquelas já estabelecidas: loteamento e desmembramento, considerando-se que a figura do condomínio não se caracteriza como forma de parcelamento do solo.

Como disposto alhures, a figura do “arrolamento” na realidade não se caracteriza como uma figura própria de parcelamento do solo, mas sim como uma etapa desse processo, admitindo-se que o Município possa aprovar esse tipo de procedimento desde que garantidas todas as exigências fixadas para a tipologia de loteamento.

Competência do Município para fechamento de sistema viário

Uma pratica corriqueira em diversas cidades tem sido a autorização para fechamento de ruas com gradis ou cancelas de controle de acesso. Noutras situações tem-se permitido a restrição ao trânsito de veículos, transformando tais vias nos denominados “bolsões residenciais” com o bloqueio de parte das ruas com blocos de concreto, floreiras ou outros artifícios, com a finalidade de reduzir o trânsito de veículos.

O fechamento total de ruas, permitindo o seu acesso somente aos moradores locais ou visitantes, com controle de acesso, tem se caracterizado geralmente pela autorização do Poder Público para o fechamento de vias de pouca circulação viária, sem grandes reflexos para a trafegabilidade de veículos, em ruas sem saída ou para os conjuntos residenciais caracterizados como vilas.

Não há dúvidas de que se encontra na esfera da competência municipal o poder para a prática dos atos administrativos autorizativos para o uso privado do espaço público, porém esses atos têm de ser praticados com a cautela que tal tipo de atuação exige, não é a simples solicitação de um conjunto de cidadãos interessados no fechamento de um sistema viário a motivação suficiente para a concordância. Existe a necessidade de estudos aprofundados, de forma que se verifique as diversas interfaces incidentes.

O fechamento de espaços como ruas sem saída ou vilas pode não representar impacto para o trânsito de veículos, porém pode afetar o direito ao desfrute por parte de moradores vizinhos ao referido espaço público. Nesse caso estaremos diante da existência de dois direitos antagônicos, um representado pelo direito de um conjunto de moradores de preservar o seu sossego, segurança e tranquilidade e outro dos demais cidadãos de usufruir daquele espaço que representa ainda um local mais tranquilo e as vezes até bucólico, encravado na cidade. Em face de tais elementos, mesmo em situações de menor impacto para a cidade deve a Administração ouvir a comunidade diretamente interessada.

Tais procedimentos merecem um espaço de reflexão exatamente para se caracterizar que são atos administrativos que não se confundem com a figura do fechamento de loteamentos, por mais que também tenham de atender a um ritual de aprovação mais detalhado e cuidadoso para que o ato não seja eivado de irregularidade.

Competência do Município para fechamento de loteamentos

Como nos termos do art. 30 combinado com o art. 182 da Constituição Federal, a política de desenvolvimento urbano se encontra a cargo do Poder Público municipal, devendo este ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, não resta dúvida que cabe ao Município gerir o seu território.

Dentro dessa concepção é da competência legal do Município gerir seu território em consonância com o interesse local, a questão central que se apresenta é como definir com o mínimo de critérios de razoabilidade a extensão e os limites desse interesse público.

Um dos critérios principais de aferição é o da identificação do interesse local com os princípios da República fixados pela Constituição Federal, sendo inconcebível a existência de interesse local que se encontrem divorciados dos princípios, direitos e garantias fundamentais.

O outro critério capaz de aferir o atendimento ao interesse público é a existência de uma legislação construída de forma participativa que reflita a definição da função social da propriedade para cada região da cidade e que tenha definido critérios para os casos de fechamento.

O terceiro critério será a presença de um amplo processo de consulta e manifestações técnicas capazes de dirimir dúvidas em face do projeto de implantação pretendido e a projeção de seus ônus e prejuízos, a fim de se promover um sopeçamento do custo benefício para a cidade e seus cidadãos.

O quarto critério será a formalização de um processo amplo de discussão de projetos atípicos, que pelas suas características próprias possuem um grau de dificuldade que a Administração Pública não se encontra em condições de enfrentar, motivo pelo qual a proposição de soluções concertadas, envolvendo diversos atores interessados, poderá garantir a aprovação de projetos de melhor qualidade com maior segurança jurídica tanto para o Poder Público, quanto para o empreendedor e para os adquirentes.

Dentre os critérios que possibilitem o fechamento alguns deles não poderão deixar de estar presentes como: a anuência da totalidade dos moradores do loteamento a ser fechado; a proibição do fechamento de áreas institucionais; a proibição de acesso a bens de uso comum do povo de característica natural como rios, praias, cachoeiras, entre outros; a proibição de impedimento de acesso ao interior do loteamento fechado posto que ruas e praças continuam de domínio público.

A exigência da anuência total está vinculado ao fato de que em geral esses fechamentos estão vinculados à formação de Associações que passam a gerir o loteamento e a cobrar taxas de manutenção e ninguém está obrigado a se associar ou a modificar a sua relação contratual de proprietário de lote individualizado para proprietário de um lote de característica condominial.

As áreas afetadas ao uso institucional possuem uma das funções mais nobres enquanto área pública, pois é destinada à construção de edificações voltadas ao atendimento da população, como educação saúde, segurança, lazer, entre outros. O fechamento do loteamento significa a internalização dessas áreas públicas, privatizando-as em detrimento do interesse público.

As áreas de uso comum do povo de caráter natural e de relevante beleza e singularidade não podem ser excluídas do acesso de qualquer um do povo.

Com relação ao acesso controlado por meio de portarias, guaritas, cancelas, não poderá esse impedir o ingresso de qualquer cidadão, mesmo que sem justificativa de visita a algum morador, a simples manifestação de intenção de ingresso para conhecer ou passear já justifica o direito de acesso. Sendo o fechamento reflexo do efetivo interesse público, não entendemos que a exigência de identificação fira a dignidade da pessoa humana, porém, em face da ausência de documentação não poderá a pessoa ser impedida de ingresso.

O ato administrativo que autoriza o fechamento deve se encontrar amplamente ancorado no preenchimento de todos os requisitos que qualifiquem o ato jurídico perfeito, devendo atender aos princípios estatuídos no art. 37 da CF/88, principalmente no que tange às causas que justificam a medida e ao atendimento da finalidade do interesse público. Haverá que se ter clareza que o fechamento não implicará em prejuízos que de forma significativa supere possíveis benefícios.

Competência do Município para aprovar condomínio de lotes

Encontra-se, entretanto, o Município limitado no seu campo de atuação uma vez que a esse compete as atribuições que se refiram ao interesse local, ficando sob responsabilidade da União fixar as regras urbanísticas no que tange aos aspectos gerais.

Assim, não poderá o Município aprovar “condomínios” onde não se tenha a construção integrada ao projeto, posto que neste caso está a se falar de um condomínio de lotes.

No contexto da legislação brasileira não pode existir a tipologia do condomínio de lotes por que tal figura nem se enquadra na tipificação estruturada pelo Código Civil que admite a co-propriedade, nem encontra amparo legal na Lei 4.591/64.

Além do mais, a figura do condomínio de lotes se caracteriza como uma forma de burla à Lei 6.766/79, em outras palavras uma forma de burla ao interesse social, posto que através desse artifício deixa o empreendedor de transferir ao Município as áreas referentes ao sistema viário e as demais áreas de uso comum do povo destinadas à função de praças e uso institucional.

A concepção de que, independentemente do tamanho da área sobre a qual se efetivará o empreendimento, poderá o proprietário constituir um empreendimento com a formatação que bem desejar, posto que inexistiria a figura do parcelamento no caso de um condomínio de lotes, não tendo que destinar qualquer porcentagem de área pública, se caracteriza como uma concepção ultrapassada, em que prevalecia o direito de dispor do bem de forma absoluta, visão essa que se encontra em desacordo com os princípios estabelecidos pela Constituição Federal.

A propriedade deve cumprir a sua função social e nesse contexto não pode desprezar a sua relação com o Município.

A aprovação de um empreendimento caracterizado como condomínio de lotes esta a ferir a legislação por representar uma burla à legislação de parcelamento do solo e porque desrespeita a função social da cidade.

Uma das alegações será a de que o Município que não definiu a função social da propriedade não poderia impor restrições ao tamanho do empreendimento, à sua localização e à sua tipologia. Nesse caso, a resposta é que não se trata apenas da função social da propriedade mas sim da função social da cidade e esta tem de cumprir os objetivos fixados na Constituição Federal, no Estatuto da Cidade e minimamente os requisitos da Lei 6.766/79.

Competência do Município para a provação de loteamentos fechados

Existem Município que tem aplicado as mesmas regras do loteamento convencional definido na Lei de Parcelamento do Solo para aprovar desde o nascedouro a figura do loteamento fechado, que surge assim com uma aura de parcelamento do solo regular, na qual o proprietário em conjunto com o contrato de compra e venda vincula a anuência do adquirente a uma Associação a que esse se obriga a aderir desde o início e que faz parte integrante da estrutura funcional do empreendimento. Seria como um condomínio edilício que de plano o adquirente da unidade habitacional já de início se vincula.

Existem casos em que o Poder Público não adotou nenhuma medida protetiva de cunho urbanístico, a fim de resguardar a reserva de áreas públicas destinadas à finalidade de afetação como áreas verdes, livres ou de lazer, bem como, as áreas reservadas à construção de equipamentos comunitários. Tratam-se esses de casos mais graves em que o parcelamento do solo se encontra com um maior grau de irregularidade.

Noutros casos as Prefeituras já avançaram para a elaboração de normativas que exigem a destinação de áreas públicas externas ao empreendimento, admitindo apenas o sistema viário como área pública interna.

Na primeira hipótese, com a aprovação de loteamentos fechados, com todo o conjunto de áreas públicas internalizado, o empreendimento se encontra eivado de vício de tal magnitude que caracteriza o empreendimento como irregular, impondo-se as penalidades cabíveis a todos os envolvidos, inclusive aos agentes públicos.

No caso em que as áreas destinadas ao lazer e as institucionais já se encontram fora do perímetro fechado, sendo-lhes garantido o livre acesso público, teríamos uma situação de menor impacto negativo, mesmo assim com aspectos que merecem reflexão, posto que todo o sistema viário se encontraria interno, o que poderia prejudicar o ordenamento territorial e a mobilidade urbana.

Nessa concepção de desenho urbanístico sem previsão federal legal expressa, enquanto forma de parcelamento, não se constitui em um condomínio, sendo cada comprador um futuro proprietário de terreno totalmente individualizado, desvinculado dos demais terrenos, a via de acesso seria pública, porém de uso privado daquele conjunto de moradores. Temos assim, no fundo, uma configuração de loteamento convencional com ruas públicas destinadas desde o seu surgimento a uma utilização restritiva, decorrente de previsão legal municipal e de aprovação pelo órgão técnico municipal.

Sob o ponto de vista legal entendemos que tal configuração encontra respaldo na legislação, posto que garante o percentual das áreas públicas de uso comum do povo e de uso especial, mantendo restrito apenas o sistema viário. Como vimos anteriormente encontra-se no campo de competência do Município promover a concessão de espaços públicos.

Mais uma vez o problema reside no atendimento ao efetivo interesse social.

Para que se garanta o cumprimento de tal finalidade é necessário que o empreendimento seja submetido a uma rigorosa análise técnica, exigindo-se do loteador os devidos estudos técnicos a fim de se comprovar que os aspectos negativos não terão maiores impactos para o desenvolvimento sustentável do Município.

Preocupação de especial interesse refere-se à extensão perimetral do empreendimento pois não poderá esse se constituir em extensa mancha urbana que venha a prejudicar a mobilidade presente e futura. Ocorrendo isso, será obrigatória a divisão da gleba em quantas partes forem necessárias, a fim de constituir loteamentos menores com implantação de sistemas viários entre os mesmos.

Outro aspecto que não merece menor atenção por parte dos agentes públicos diz respeito à configuração desses loteamentos fechados que não poderão se constituir

em longínquos quilômetros de muro, desconstruindo a paisagem urbana, quebrando a estética da cidade, constituindo regiões mortas na cidade.

Nesse sentido, é salutar que a legislação municipal exija que os lotes lindeiros ao sistema viário externo façam frente para essas vias públicas, de modo a se garantir o padrão de cidade.

Verifica-se deste modo que a configuração como loteamento fechado independentemente de estabelecimento de normativa federal é passível de regulamentação pelo Município, uma vez que não se esta a ferir a tipologia da Lei 6.766/79.

Pode-se argumentar, com propriedade em sentido contrário, que a lei federal exige a abertura de sistema viário e além disso exige a sua integração com o sistema viário existente, porém não é menos verdade que ao Município é conferido a prerrogativa de gerir seu território possuindo podendo alterar o tração de sistemas viários, ampliá-los, ou suprimi-los e por fim até promover a concessão de uso.

A única forma que visualizamos para controle, para que essa prática não se dissemine de forma descontrolada é a vinculação ao controle pela sociedade, exigindo-se que ocorram audiências públicas e a vinculação à aprovação por Conselhos.

Além disso, seria importante a vinculação a formas de compensação urbanística e social.

Loteamentos fechados – exigência de parâmetros especiais

A fixação de obrigações àquele que pretende promover o parcelamento da terra, como as exigidas na Lei 6.766/79 não se constituem em arbitrariedades do Poder Público em face do proprietário privado.

As limitações impostas ao uso da propriedade trata de compatibilizar a sua utilização ao interesse da cidade e da qualidade de vida. As regras devem ser comuns a todos e fixadas em lei para que não hajam privilégios ou perseguições.

As normas que fixam a obrigatoriedade de percentual de área pública para implantação de sistema viário interessam tanto ao Poder Público quanto ao proprietário, uma vez que sem isso não seria possível parcelar, além disso o bom padrão do sistema viário valoriza todas as propriedades, assim como a destinação das demais áreas públicas beneficia a sociedade que terá que arcar com os ônus derivados do parcelamento, mas também valoriza as propriedades particulares.

A configuração de loteamentos fechados trata-se de uma tipologia que interessa ao sistema imobiliário não é algo do interesse do Poder Público, ao contrário a proliferação de loteamentos fechados não se apresenta como algo positivo para as cidades, portanto, é dever do Município fixar regras de contrapartida mais vigorosas de tal forma a obter uma contrapartida pelo ônus de arcar com sistemas viários fechados.

A qualidade de vida intra-muros não é algo que interesse à cidade como um todo, assim essa tipologia deve ser gravada com um percentual de área pública maior, incluindo-se a destinação de um percentual de áreas públicas para constituição de um banco de terras destinado à construção de unidades habitacionais para as famílias de menor renda e sem acesso à moradia.

A necessidade de fixar tamanho máximo de gleba

Essa discussão quanto à necessidade de fixação de um tamanho máximo de área para fins de implantação de empreendimentos imobiliários de característica fechada, já se travou de forma exaustiva no cenário de debate para a formatação do Projeto de Lei 3057/00, ainda em tramitação no Congresso Nacional e que pretende revisar a Lei Federal de Parcelamento do Solo.

Este foi um dos pontos centrais de entrave das discussões, posto que não havia acordo capaz de conciliar os interesses em jogo, defendendo o setor imobiliário a liberação total quanto ao tamanho das áreas, depois propondo que tal discussão fosse transferida para o âmbito de competência de cada Município; de outro lado o Governo Federal e outros entes federativos, aliados a entidades de classe e

movimentos sociais, defendendo uma limitação restritiva que variou entre 50 a 100 mil metros quadrados aproximadamente.

O referido Projeto de Lei, se aprovado algum dia tende a deixar essa discussão para os Municípios.

Trata-se essa matéria que entendemos de interesse geral, pois fixará um padrão máximo uniforme para todo o território nacional podendo cada Município incorporar ou não esse tipo de parcelamento em seu ordenamento normativo local, definindo áreas menores do que aquela admitida no âmbito federal.

A lei federal poderá admitir situações em que se admita áreas maiores desde que cumprido o preenchimento de requisitos mais rígidos e compensações maiores.

Configuração atual

A situação mais grave que se apresenta na atualidade sob o ponto de vista do parcelamento do solo no campo institucional certamente é a proliferação de dos “loteamentos fechados” ou dos fictícios “condomínios fechados” sem qualquer controle urbanístico.

Por mais incrível que pareça existe um mercado em plena efervecência sem que exista uma legislação específica que garanta a existência de um arcabouço legal mínimo capaz de garantir a segurança jurídica para quem empreende e para aqueles que adquirem terrenos nesses loteamentos.

O mercado imobiliário vem ditando as normas, livre, totalmente solto, sem que o Estado estabeleça as regras claras ou adote medidas coercitivas capazes de inibir esse fenômeno.

Por mais que entendamos que essa configuração de parcelamento do solo constrói um modelo que denominamos de não-cidade, os loteamentos fechados ou fictícios condomínios fechados são uma realidade presente que necessita ser encarada de frente.

Para tanto se faz necessário uma ação conjunta de setores envolvidos com o tratamento da questão do parcelamento do solo urbano para que, em conjunto com o Ministério Público e outros atores comprometidos com a construção de cidades sustentáveis, promovam uma mobilização no sentido de minimamente reger esse tipo de intervenção territorial.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. Competências na Constituição de 1988, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil. Edésio Fernandes (org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ALVES, Alaor Caffé. Planejamento e federação. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. vol. 6, 1975.

ARAUJO, Luiz Alberto David. Coord. Celso Bastos. Por uma nova federação - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

AZEVEDO, Marcelo Sampaio Soares de. O loteamento fechado na legislação municipal. Dissertação de mestrado, PUC/SP. São Paulo, março de 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro de. Curso de Direito Constitucional. 21ª ed. São Paulo: Saraiva.

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes. 2008.

BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política. 11ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BONAVIDES. Paulo. Teoria do Estado. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BLANCO, Gabriel Ismael Folgado. Breve histórico e comentários sobre a Lei de Parcelamento do Solo (Lei Federal 6766/79). In A perspectiva do Direito à Cidade e

da Reforma Urbana na Revisão da Lei e Parcelamento do Solo. Nelson Saule Junior, org., Fernando Bruno et AL. São Paulo: Instituto Polis, 2008.

CAETANO, Marcello. Manual de Direito administrativo. 10ª ed. rev. e atualizada. Lisboa: Almedina.

CANARIS, Claus-Wilheml. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, tradução de Antonio Menezes de Cordeiro, 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996.

CANEPA, Carla. Cidades Sustentáveis, In: A cidade e seu Estatuto, GARCIA, Maria (org.). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

CASTANHEIRO, Ivan Carneiro. Implantação e Regularização de “Condomínio” de Lazer em Área de Preservação Permanente. In: *Manual Prático da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente*. Benjamin. A. H. Sícoli. J. C. M. Andrade. F.A.V. 2ª. Ed. São Paulo.

CASTRO, José Nilo de. Direito Municipal Positivo. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.305-306.

CHALHUB, Melhim Namem. Propriedade Imobiliária Função Social e outros aspectos Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

COMPARATO. Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010

COSTA, Regina Helena. Urbanismo e meio ambiente. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, dez1994.

DALLARI, Adilson de Abreu. Autonomia do Município na Constituição Federal de 1988 – Caderno de Direito Municipal, RDP – 97,1990.

ENGISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian,. 1988.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Disciplina Urbanística da Propriedade, 2ª ed..São Paulo: Malheiros, 2005.

_____ Curso de Direito Administrativo. 9ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2008.

FERNANDES, Edésio. Do Código Civil ao Estatuto da Cidade. In: WAGNER JR, Luiz Guilherme Costa (coord), Direito Público. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990.

FREITAS, José Carlos de. Manual Prático da Promotoria de Justiça de Habitação e Urbanismo, Imprensa Oficial do Estado.

FREITAS, Juarez. Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude de dever se motivação dos atos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari, MUÑOZ, Guillermo Andrés (org.). As Leis de processo administrativo. 1ª ed. São Paulo: Malheiros.

GOUVEIA, Jaime A.C.. Construção Jurídica da Propriedade, ed. 1919, p. 41. In: SODRÉ, Ruy de Azevedo. Função Social da Propriedade Privada. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GRAU. Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional, Belo Horizonte, Del Rey, 1995.

LARENS, Karl. Tratado de derecho civil alemán: parte general, tradução Miguel Izquierdo y Macias-Picavea, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. A propriedade como relação jurídica complexa. Dissertação de Mestrado PUC-SP 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MATTOS, Liana Portilho. Estatuto da Cidade Comentado. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. Comentários da Constituição Brasileira. Rio Janeiro: Ed. Jacinto Ribeiro dos Santos, 1918.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998

MELO, Lígia. Direito à moradia no Brasil. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010

MELLO, Celso Antonio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____ Grandes Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2010.

Ministério das Cidades. Plano Diretor Participativo. Guia para a elaboração pelos Municípios e cidadãos. (Coord.) Rolnik, Raquel e Pinheiro, Otile Macedo.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MUKAI, Toshio. Estudos e Pareceres de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, v.1, 1997.

MUKAI, Toshio, Alaor Caffé Alves e Paulo José Villela Lomar. Loteamento e desmembramentos urbanos. São Paulo: Editora Saraiva, 2ª ed., 1987.

NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado, 2ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais.

NETO, Benedicto Porto. Pressupostos do ato administrativo nas leis de procedimento administrativo. In: SUNDFELD, Carlos Ari, MUÑOZ, Guillermo Andrés (org.). As Leis de processo administrativo. 1ª ed. São Paulo: Malheiros.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Competência concorrente limitada. O problema da conceituação de normas gerais, in Revista de Informação Legislativa, Brasília, nº 100, out/dez. 1988.

PAIVA, João Pedro Lamana. Disponível em

http://www.lamanapaiva.com.br/mostra_noticias.php?id_noticias=82&id_noticias_area=1

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Condomínio e Incorporações. 5ª ed. São Paulo: Forense, 1988

PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2004

PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função social da propriedade pública. In: Direito Público. Estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

PINTO, Victor Carvalho. Direito Urbanístico: Plano Diretor e Direito de Propriedade. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2005

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 21ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1994

REZENDE, Celso F. e Luiz Geraldo Moretti. Incorporação imobiliária, Instituição de Condomínios e Loteamentos Urbanos – Práticas nos processos. 10ª ed. Campinas. Editora Millennium, 2010

ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. Função Social da Propriedade Pública. São Paulo: Malheiros, 2005

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito das Coisas. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993, v. 5

SALGADO, Elisabeth Carvalho de Oliveira. O “loteamento residencial fechado” no quadro das transformações da metrópole de São Paulo. Dissertação de mestrado, FAU/USP, São Paulo, jun. 2000, p. 108

SALLES, Venício Antonio de Paula. Bens de domínio Público e o registro de imóveis. In: Revista Boletim do IRIB – Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, maio/2004, nº 316

SAULE JUNIOR, Nelson. Novas perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro. O ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do Plano Diretor. Editora Sérgio Antonio Fabris: Porto Alegre, 1997

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Região Metropolitana e seu regime constitucional. São Paulo: Editora Verbatim, 2009

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. São Paulo: Malheiros, 7ª edição

_____ Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2000

_____ Direito Urbanístico Brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000

SODRÉ, Ruy de Azevedo. Função Social da Propriedade Privada. São Paulo: Revista dos Tribunais

SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais. In: Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/01). DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (Coord.). São Paulo: Malheiros, 2002

TÁCITO, Caio. Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres), 3º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional, 10ª ed. São Paulo: Malheiros.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada, in Temas de direito Civil, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 279