

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

CRISTIANE DE LIMA ALONSO

LOTEAMENTO FECHADO

SÃO PAULO

2014

CRISTIANE DE LIMA ALONSO

LOTEAMENTO FECHADO

Trabalho de Conclusão de Curso de Pós-Graduação em Direito para obtenção do certificado de Especialização em Direito Imobiliário.

***Orientador do Curso: Prof. Dr. William Santos
Ferreira***

SÃO PAULO

2014

CRISTIANE DE LIMA ALONSO

LOTEAMENTO FECHADO

Monografia apresentada como pré-requisito para a obtenção do certificado de Especialização em Direito Imobiliário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Professor Orientador

Nome: Prof. Dr. William Santos Ferreira

Nota: _____ (_____)

DEDICATÓRIA

Aos meus queridos pais, Antônio e Neusa, com todo meu amor, pelo incentivo na realização dos meus ideais e sonhos, me encorajando a enfrentar todos os momentos difíceis da vida, pela incansável dedicação e apoio na minha formação pessoal e profissional, pela preciosa lição de que sem dignidade de caráter e sem luta é impossível vencer.

AGRADECIMENTOS

Ao estimado professor e orientador Willian Santos Ferreira, pelo apoio e dedicação na análise desse trabalho, pelos preciosos ensinamentos obtidos em suas aulas mostrando que o Direito se transforma constantemente, pela confiança depositada, a minha sincera homenagem.

Agradeço a todos os professores do curso de Especialização de Direito Imobiliário, em especial, a professora Cláudia Cortez, que tanto me enriqueceu com seus ensinamentos mostrando que o Direito não se aprende estudando, mas pensando.

RESUMO

Na tentativa de minimizar os efeitos causados pelo aumento da insegurança, empresas do ramo imobiliário passaram a negociar empreendimentos cercados com muros, dando origem aos chamados loteamentos fechados, inspirados nos princípios da propriedade horizontal, haja vista a falta de legislação específica.

O direito concedido aos compradores de lotes desses empreendimentos decorre de ato administrativo, que pode se dar por meio de permissão de uso ou da concessão de uso exclusivo de bem público a particular, posto que nesses loteamentos fechados as vias de circulação e logradouros públicos são de domínio do Município.

Devido essa ausência de legislação aplicável ao instituto, indispensável se torna analisar as competências legislativas federais, estaduais e municipais que tratam do direito urbanístico a fim de solucionar conflitos referentes à matéria.

Da leitura do artigo 24, § 1º da Constituição Federal, é possível concluir que a competência para estabelecer diretrizes gerais sobre o direito urbanístico é da União, porém aos Estados e Municípios é permitido legislar de forma suplementar, sobre assuntos de interesses regionais ou locais, corroborando com o quanto disposto no parágrafo único do artigo 1º da Lei Federal 6.766/79.

A questão da legalidade dos loteamentos fechados é um tema bastante controverso na doutrina e na jurisprudência, porém, é possível concluir pela legalidade do instituto, desde que observadas às cautelas registrais e documentais apontadas pelas doutrinas especializadas. Além disso, depreende-se que, apesar da lacuna legislativa existente sobre a matéria, todos os mecanismos para a estruturação legal do loteamento fechado encontram-se nas legislações esparsa, exigindo apenas que o intérprete recorra às fontes secundárias do direito para preenchê-las.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
CAPÍTULO I - PROPRIEDADE: FUNÇÃO SOCIAL	11
1. Conceito e Evolução Histórica da Propriedade.....	11
2. Evolução Histórica da Função Social da Propriedade.	18
2.1 Função Social da Propriedade no Direito Brasileiro_.....	24
CAPÍTULO II - PARCELAMENTO DO SOLO URBANO E CONDOMINIOS	32
1 Considerações Gerais sobre Parcelamento do Solo.	32
1.1 Intróito sobre as Espécies de Parcelamento do Solo	36
1.1.1 Loteamento	39
1.1.2 Requisitos do Loteamento.....	43
1.1.3 Restrições do Loteamento.	47
1.2 Legislação aplicável ao parcelamento de solo.	52
2 Considerações Gerais sobre Condomínio	56
2.1 Condomínio de Fato	59
CAPÍTULO III - LOTEAMENTO FECHADO	63
1 Noções Gerais	63
2 Conceito.	67
3 Natureza Jurídica.....	70
4 Requisitos para Formação e Aprovação.....	72
4.1 Regimento ou Regulamento Interno	72
4.2 Concessão ou Permissão de uso de Bens Públicos	74
4.2.1 Concessão Administrativa de Bem Público	77
4.2.2 Permissão de Uso de Bem Público.....	79
4.3 Registro do Projeto de Loteamento Fechado	81
5. Competência Legislativa e Municipal.....	82
6. Análise da Legalidade do Loteamento Fechado em face da Legislação Existente	85
CONCLUSÃO.....	90
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	97

INTRODUÇÃO

Em meados da década de oitenta, nosso país sofreu com a crescente evolução da criminalidade, com a falta de planejamento na construção dos grandes centros metropolitanos e com o aumento desregrado da população, o que gerou uma enorme crise na infraestrutura e regulamentação da maioria das cidades brasileiras. Esse assenhoreamento desenfreado das regiões metropolitana, não pode ser atribuído apenas à população de baixa renda, mas também a população de maior poder aquisitivo.

Na tentativa de minimizar os efeitos causados pelo aumento da insegurança, empresas do ramo imobiliário passaram a negociar empreendimentos fechados com muros, com venda de terrenos com extensa faixa de terra para construção a critério do adquirente, onde o acesso aos mesmos é controlado e monitorado pela administração desses empreendimentos, a fim de garantir maior segurança aos seus moradores.

Em decorrência desse novo modelo de sistema de moradias, surgiu o chamado loteamento fechado, instituto que ao longo dos anos, vem sendo empregado com maior constância em nossa sociedade. Trata-se de um instituto híbrido o qual alberga características tanto do loteamento convencional, regido pela Lei 6.766/79, como também do condomínio, regido pela Lei 4.591/64.

O parcelamento do solo urbano é um tema bem relevante nos mais diversos ramos do direito público e do direito privado. Na atualidade, devido à ineficácia da legislação existente sobre o assunto, a real situação das cidades brasileiras, vem contribuindo, e muito para o aumento da segregação espacial e a má utilização dos espaços urbanos.

Assim, o presente trabalho faz uma análise das questões relacionadas ao tratamento jurídico dado ao parcelamento do solo urbano, por meio do método histórico e funcionalista, expondo o cenário da urbanização, em conjunto com o avanço jurídico sobre a questão ao longo dos anos, bem como identificando as possíveis alternativas criadas pelos poderes públicos na solução dos problemas de parcelamento do solo urbano. O foco principal é a apresentação do instituto do loteamento fechado e suas influências no atual sistema de moradias do nosso país, bem como a identificação das controvérsias sobre o tema,

sustentando a legalidade do instituto à míngua de legislação que expressamente o regulamente.

Desta forma, este trabalho inicia seu Capítulo I com a explanação sobre o instituto da propriedade, analisando sua definição, aplicação e desenvolvimento ao logo da história das civilizações. Busca pormenorizar o instituto da função social da propriedade e sua evolução no transcurso dos anos, destacando sua importância na evolução do direito de propriedade e das normas que o regulamentam.

O Capítulo II faz uma reflexão sobre os principais aspectos do parcelamento do solo urbano, demonstrando sua evolução ao logo dos anos. Ao analisar a questão do parcelamento do solo, busca definir e diferenciar suas espécies (loteamento, desmembramento e desdobro), e ainda, estabelecer a legislação aplicável a cada uma delas. Visando aprofundar mais sobre o tema “loteamento fechado”, busca uma explanação mais detalhada sobre os seus requisitos previstos em lei e eventuais restrições ao instituto.

Ainda neste capítulo, é feito um exame do instituto do condomínio, regido pela Lei 4.591/64, através de um estudo mais superficial de suas particularidades, das principais espécies previstas em nosso ordenamento, bem como indicando a legislação aplicável a cada uma delas. Por fim, discorre sobre o instituto do condomínio de fato, demonstrando suas peculiaridades, legislação aplicável, e principalmente ressaltando as diferenças entre o loteamento e o condomínio de fato.

No último, e derradeiro Capítulo III, se dará ênfase no estudo do instituto do loteamento fechado propriamente dito, apresentando seus principais aspectos, seu conceito e natureza jurídica. Neste capítulo se fará uma análise dos requisitos fundamentais à formação e aprovação desse instituto, se debruçando sobre os seus requisitos específicos, tais como: a concessão ou permissão do uso exclusivo de bens públicos por particular, o regulamento ou regimento interno do loteamento fechado e ainda como se procede ao registro desse empreendimento no Cartório de Registro de Imóveis ante a ausência de legislação específica sobre a matéria.

Por fim, se examinará a competência legislativa e municipal para a instituição do loteamento fechado, buscando embasamentos constitucionais, doutrinários, bem como

promovendo uma discussão sobre o problema da ausência de legislação específica aplicável ao referido instituto, e, conseqüentemente sua legalidade frente a esta situação.

CAPÍTULO I - PROPRIEDADE: FUNÇÃO SOCIAL

Primeiramente, antes de iniciar o estudo do loteamento fechado, objeto do presente trabalho, imprescindível se faz compreender o instituto da propriedade, sua definição, aplicação e evolução ao longo da história das civilizações. Buscar-se-á detalhar a influência da função social no referido instituto, bem como demonstrar as diversas modificações sofridas no seu regime jurídico e nas suas normas regulamentadoras.

1. Conceito e Evolução histórica da propriedade.

O conceito propriamente dito de propriedade tem diferentes conotações para cada uma das diversas civilizações, desde a antiguidade. A real compreensão do que seja propriedade sofreu muitas influências desses povos ao longo da história, o que possibilitou a adequação e a “modernização” desse conceito até alcançar a atual concepção.

Essa concepção está diretamente ligada à estrutura econômica das sociedades ocidentais sob o ponto de vista histórico, muito embora seu conceito possa ser facilmente assimilado quando do estudo do desenvolvimento do direito romano clássico.

Nas civilizações mais primitivas, anteriores a época romana, não existia propriedade de bens imóveis, como conhecemos nos dias de hoje, apenas existiam bens móveis de uso exclusivo e pessoal, como as vestimentas, os instrumentos utilizados para a caça e pesca. O solo propriamente dito era considerado “propriedade” coletiva.

Nas palavras do grande estudioso Charles Letourneau¹, professor da Faculdade de Antropologia de Paris, antes de iniciar o estudo pormenorizado do instituto da propriedade, imprescindível se faz compreender a sua origem. Preceitua ainda que, este instituto é uma tendência inerente e impositiva, haja vista que ao seu redor se estruturou as religiões e as sociedades, ao longo da história, ressaltando, inclusive sua influência na elaboração da maior parte das legislações das sociedades antigas.

¹ LETOURNEAU, Charles. *L'évolution de la propriété*. Paris: Lecrosnier et Babe éditeurs, 1889, p.1 e 2, *apud* AVVAD, Pedro Elias. *Direito Imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. 3ª. ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: 2012. p.61

A palavra propriedade provém do latim *proprietas*, que nada mais é do que uma derivação do vocábulo *proprius*, que significa “pertencer a alguém”. Juridicamente falando, o conceito de propriedade é um pouco mais abrangente do que a sua significação em latim.

Para o grande jurista Serpa Lopes a expressão propriedade significa que a coisa (o bem) é intrínseca ao proprietário, por conseguinte, compete somente a ele a utilização de seus serviços, em um primeiro momento. Entretanto, no direito romano a expressão *dominium*, tinha um sentido mais amplo do que o vocábulo propriedade, vez que o primeiro prestava-se para designar tudo o que se referia ao senhor da coisa, e o segundo termo – propriedade - tinha um sentido mais restrito².

Fica evidente que o conceito de propriedade tornou-se indispensável para o direito a partir do surgimento da sociedade romana, uma vez que anteriormente só existiu um período pré-histórico do qual não temos muitas informações concretas. Na Roma antiga, segundo relatos de Serpa Lopes, somente existiram duas formas de propriedade coletiva a *gens* e a propriedade familiar. A primeira seria equivalente hoje ao que denominamos de cidades, e a segunda fundava seu conceito no culto ao lar e na formação autocrática. Esta última no decorrer dos anos deu espaço ao que foi denominado *pater familias*, nas quais a autoridade foi se fortalecendo, e acabaram por transformar a sociedade romana de propriedade coletiva em uma sociedade de propriedade individual.

Para o professor Christian Larroumet³, a propriedade do *pater familias* foi se transformando em uma propriedade individual a partir do momento em que, este poderia excluir todas as pessoas que estivessem submetidas ao seu poder (ao seu comando). Essa espécie de propriedade somente poderia ser transmitida por intermédio de procedimentos bem específicos e recheados de formalismos, como a *mancipation* e a *in iure cessio*, no qual ao final desses procedimentos, estas recebiam o nome de *dominium ex jure quiritium*, ou propriedade em virtude do direito dos quirites (como eram chamados os cidadãos romanos), ou ainda propriedade quiritária.

² LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. Freitas Bastos, 2001. 5. ed. v. VI. p. 281-282.

³ LARROUMET, Christian. *Droit Civil*. T. II. 5ª ed. Paris: Econômica, 2006, *apud* AVVAD, Pedro Elias. *Direito Imobiliário: Teoria Geral e Negócios Imobiliários*. 3ª. ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: 2012. p. 67

O ilustre mestre Larroumet⁴ nos esclarece que nessa época, além das propriedades quirritárias existiam também as propriedades pretorianas, ou seja, aquelas reconhecidas pelo pretor, autoridade encarregada de exercer as funções judiciárias na Roma Antiga. No decorrer do tempo às diferenças entre essas duas espécies de propriedades desapareceram, principalmente, em razão do desenvolvimento econômico e social do próprio Império Romano.

Acreditam alguns pesquisadores que a primeira noção de propriedade imobiliária individual surgiu com a Lei das XII Tábuas. Nessa época, os cidadãos romanos recebiam uma fração de terra, a fim de que pudessem cultivar produtos para o seu sustento, todavia, ao final da colheita esta fração de terra voltava a ser coletiva. Com o passar dos anos, estabeleceu-se o costume de conceder sempre a mesma fração de terra às mesmas pessoas, culminando no assentamento desses cidadãos nas referidas terras, e por consequência, o aparecimento das primeiras propriedades individuais e perpétuas da história.

Nesse contexto, por intermédio da Lei das XII Tábuas, introduz-se a concepção jurídica de propriedade através da expressão “*ius utendi, fruendi et abutendi*”, o que equivaleria dizer que a propriedade era um direito absoluto e exclusivo, no qual o indivíduo poderia extrair dela toda a sua utilidade econômica percebendo seus produtos e os frutos, e, por conseguinte usar, gozar e dispor juridicamente da coisa, bem como, aliená-la, tanto a título gratuito como oneroso, seja através de atos entre vivos, por causa mortis, testamentos ou legado.

Através de estudos feitos sobre o período romano, pode-se destacar que o direito de propriedade nunca foi propriamente dito um direito absoluto nessa sociedade, uma vez que é possível notar algumas limitações advindas da Lei da Cidade, bem como da própria organização familiar, como, por exemplo, o respeito aos direitos de vizinhança, reconhecido no *Digesto*.

⁴ LARROUMET, Christian. **Droit Civil**. T. II. 5ª ed. Paris: Econômica, 2006, *apud* AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário: Teoria Geral e Negócios Imobiliários**. 3ª. ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: 2012. p. 67

No direito germânico, verificamos que a concepção do vocábulo propriedade encontra-se diretamente ligada há dois elementos fundamentais: o social e o individual. Para eles o solo pertencia à tribo, ou seja, o solo era considerado uma propriedade coletiva, onde aos indivíduos caberia somente o direito de uso e gozo do mesmo. Ao lado do conceito de propriedades coletivas, surgiram as propriedades coletivas da família, que no transcurso dos anos acabaram por se transformarem em propriedades individuais. A influência da família na sociedade germânica é uma particularidade da mesma, e esta particularidade terminou por inspirar o direito hereditário como um todo, haja vista que, eles reconheciam ao *pater famílias* o direito de reserva desse solo, podendo dispor de um quinhão em favor de estranhos, diferentemente dos romanos, que eram obrigados a observar uma quarta parte para os seus descendentes⁵.

Na idade média, em decorrência das diversas invasões barbaras, a propriedade abandona um pouco essas características individualistas e exclusivistas, para se mesclar as concepções jurídicas das diversas civilizações. Assim sendo, pode-se afirmar que a ideia de propriedade nesse período estava diretamente vinculada à de soberania nacional.

Nesse período da história, por meio de uma nova sistematização das propriedades, surgiram cinco formas distintas de propriedades: (i) a *propriedade comunal*, também chamada de *mark*, era a antiga propriedade germânica; (ii) a *propriedade alodial*, denominada propriedade livre; (iii) a *propriedade beneficiária*, que nada mais era do que as terras doas pelos monarcas ou nobres aos plebeus, ou as terras convertidas em propriedade alodial por meio de recomendações destes; (iv) a *propriedade servil*, que eram as terras cedidas aos vassallos a elas vinculados; (v) e a *propriedade censual*, modelo intermediário entre a propriedade beneficiária e a servil, onde o uso da mesma era adstrito ao pagamento de um *cânon*⁶.

Com o surgimento do feudalismo, a propriedade beneficiária se transformou em propriedade hereditária, dando origem ao que chamamos de feudos. Considerando que nessa época a concepção de soberania territorial foi a principal característica desse regime

⁵ AVVAD, Pedro Elias. Propriedade. In: AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário: Teoria Geral e Negócios Imobiliários**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Cap. 3. p. 59-92.

⁶ AVVAD, Pedro Elias. Propriedade. In: AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário: Teoria Geral e Negócios Imobiliários**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Cap. 3. p. 59-92

socioeconômico, a definição romana do *dominium*, necessitava de um ambiente mais benéfico para se fortalecer, irrompeu-se então, uma integração entre a propriedade romana e o regime feudal.

A propriedade feudal fundava-se no domínio fundiário como primordial fonte do poder, alicerçando-se na bipartição da propriedade em *dominium directum* (domínio pertence ao possuidor da terra), e *dominium utile* (conjunto de poderes do senhor da propriedade). O domínio direto da terra era sustentado pelo domínio útil, haja vista que, era de responsabilidade dos vassallos, que se encontravam na dependência daquele senhor feudal, o cultivo das terras como forma de sobrevivência de todos. As principais particularidades do regime feudalista sobre a questão da propriedade são: a bipartição da propriedade em domínio direto e útil; a fusão entre a soberania territorial com a propriedade; o predomínio das relações reais sobre as pessoais; e a classificação da propriedade como consequência da subenfeudação⁷.

No regime feudalista, o poder convergia-se totalmente nas mãos do monarca, vez que o Estado era o próprio rei, porém, este se subjugava ao Papa, portanto, nesse período, havia uma forte vinculação entre religião e Estado, caracterizada essencialmente pela separação entre nobres e escravos. O cristianismo não preconizava a propriedade como um direito absoluto e exclusivo, mas como uma vantagem conferida ao seu titular, em contrapartida de algumas obrigações morais, como, por exemplo, o dever oferecer seus benefícios aos demais cidadãos da sociedade, provendo-lhes às suas carências, logo após satisfazer as suas próprias⁸.

Com o fortalecimento desse regime, o direito de propriedade contraiu algumas particularidades próprias, onde alguns senhoreavam o direito de serem proprietário e outros não. Essa estrutura sócio-jurídica dividia a sociedade em três diferentes classes sociais, a nobreza, o clero e os trabalhadores, onde as primeiras (nobreza e clero) dispunham de total

⁷ VALÉSI, Raquel Helena. *O Loteamento Fechado e o Rateio das Despesas Comuns*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Nesse sentido AVVAD, Pedro Elias. *Direito Imobiliário: Teoria Geral e Negócios Imobiliários*. 3ª. ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: 2012.

⁸ AVVAD, Pedro Elias. *Direito Imobiliário: Teoria Geral e Negócios Imobiliários*. 3ª. ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: 2012. p.69

liberdade para exercer o direito de propriedade imobiliária e, a última, como regra geral, não detinha tal direito⁹.

Em meados do século XVI, com o surgimento do mercantilismo, as propriedades dos senhores feudais começaram a ser compradas pelos burgueses, de duas formas distintas, porém, ambas englobavam a divisão entre o *domaine direct* e o *domaine utile*. Na primeira o comprador obtinha os dois domínios (direto e útil), o que possibilitava o desenraizamento dessas terras do sistema feudal, já na segunda, os compradores adquiriam apenas o domínio direito, muitas vezes obtinham também “o título de nobreza do senhor, o que os colocava em seu lugar no sistema feudal¹⁰”.

Se avançarmos um pouco na história constataremos que, mediante o surgimento de três movimentos socioeconômicos (Mercantilismo, Renascimento e a Reforma Protestante), que incitavam essencialmente a razão humana e as ciências, houve a depreciação dos valores medievais, o que culminou com o fim do regime feudalista e com a criação do Estado Nacional.

Nesse ínterim, o regime capitalista se consolidou na Europa, e trouxe consigo novas técnicas de produção, a ascensão da burguesia ao poder e o aprimoramento das ciências naturais. O capitalismo tipifica-se como um sistema de organização econômica baseado essencialmente na propriedade privada dos meios de produção. Para Karl Marx¹¹ o capital pode ser considerado intrinsecamente a propriedade privada, haja vista que abarca não só a terra em si, mas também as máquinas, as fábricas, a matéria prima e a moeda, senão vejamos:

⁹ ORRUTEA, Rogério Moreira. *Da Propriedade e a sua Função Social no Direito Constitucional Moderno*. Londrina: UEL, 1998. p. 55.

¹⁰ TIGAR, Michael; LEVY, Madeleine R. *O Direito e a Ascensão do Capitalismo*. Tradução de Ruy Jugmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978. p. 202/203. Título original: *Law and the rise of capitalis*, apud. NONE, Nelson. **Direito de Propriedade e Função Social: Evolução Histórico-Jurídica**. 2009. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1602/1070>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

¹¹ MARX, Karl. **O capital: extratos por Paul Lafargue**. Tradução: Abguar Bastos. 2ed. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2005, apud BRAGA, Roberta Chaves. **Direito de Propriedade e a Constituição Federal de 1988**. 2009. 45 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Constitucional, Universidade Vale do Acaraú - Uva. Fortaleza, 2009. Cap. 1. Disponível em: <[http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/229/1/Monografia Roberta Chaves Braga.pdf](http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/229/1/Monografia%20Roberta%20Chaves%20Braga.pdf)>. Acesso em: 02 jul. 2014.

Os povos nômades foram os primeiros a desenvolver a forma dinheiro, porque todos os seus bens e haveres se encontram sob forma de bens móveis, e, por conseguinte, imediatamente alienáveis. Além disso, seu gênero de vida os põe com frequência em contato com sociedades estrangeiras e os leva, por isso mesmo, a trocar seus produtos. Constantemente, os homens fazem do próprio homem, na pessoa do escravo, a matéria primitiva do seu dinheiro. Mas isso jamais aconteceu com o solo. Tal ideia só podia nascer numa sociedade burguesa já desenvolvida. Ela data do último terço do século XVII, e sua realização só veio a ser experimentada em larga escala, por uma nação inteira, um século mais tarde, na Revolução Francesa, em 1789.

Com advento da Revolução Francesa em 1789, movimento fundamentalmente caracterizado pelo direito de propriedade ser inarredável ao cidadão, ao lado da liberdade e da igualdade, ocorreu uma grande transformação econômica e social, vez que os privilégios estabelecidos pelo regime feudalista são abolidos, e, por consequência, o direito de propriedade é liberado de qualquer entrave, garantindo-se assim, a volta da concepção romana do direito de propriedade esquecida pelo antigo regime.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 26 de agosto de 1789, e a Revolução Francesa são consideradas pela doutrina como marcos no direito natural, imprescritíveis, inalienáveis e sagrados do homem, onde o direito de propriedade é essencial na organização da sociedade, e, por conseguinte, ninguém será privado de sua propriedade sem previa e justa indenização. A Declaração assim expõe:

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

Por intermédio dos estudos de Larroumet, é possível constatar que esse individualismo advindo desde a Revolução Francesa, foi se multiplicando mediante restrições ao direito de propriedade. Muito embora a Revolução Francesa busca-se democratizar o direito de propriedade a todos os cidadãos, por meio da supressão dos privilégios, na essência, ocorreu uma subordinação desse direito aos interesses econômicos e políticos da burguesia, contribuindo consideravelmente para a modificação da estrutura do direito de propriedade, incorporando então, ao seu conceito a noção de direito privado e inviolável¹².

¹² LARROUMET, Christian. *Droit civil*. In: AVVAD, Pedro Elias. Propriedade. In: AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário: Teoria Geral e Negócios Imobiliários**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Cap. 3. p. 59-92.

Este entendimento ficou, posteriormente, preconizado no Código Civil Francês de 1804, no artigo 544 o qual estabelecia: “A propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que não se faça um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos”. Este conceito foi inserido no Código de Napoleão, importante fonte de limitação da atuação dos titulares do direito de propriedade, vez que os privilégios feudais foram abolidos, a fim de se facilitar a circulação de riquezas. Essas leis e regulamentos vieram solucionar o abuso do direito de propriedade, sancionando o mau exercício desse direito com objetivo de prejudicar terceiros.

Esse individualismo exacerbado foi perdendo força no século XIX com a Revolução Industrial e com as doutrinas socialistas, alterando a noção do direito de propriedade para uma óptica baseada na função social da propriedade. Segundo Serpa Lopes foi Josserand que associou o conceito de propriedade ao abuso de direito, o qual segundo o mesmo fundamenta-se no distanciamento desse direito em relação a sua função¹³.

No Brasil, a questão da propriedade ganhou grande destaque somente no texto constitucional de 1934, com a inclusão do princípio da função social da propriedade no artigo 113, que estabelecia de forma intrínseca, a proteção do interesse coletivo sobre o individual. A consolidação expressa do princípio da função social da propriedade, em nosso ordenamento jurídico, se concretizou no artigo 5º, incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal de 1988, que definiu como direitos fundamentais do homem a propriedade e sua função social.

2. Evolução História da Função Social da Propriedade.

Durante muitos anos, a concepção de propriedade foi fundamentalmente baseada em sua estrutura, deixando-se de lado o seu aspecto funcional, abstendo-se, portanto, de indicar quais as condições necessárias para se atingir os interesses que visa tutelar, em outras palavras, qual é a utilidade da coisa. A função da propriedade só fixou seu conceito jurídico, no início do século XX com o advento do Estado Social.

¹³ Nesse sentido AVVAD, Pedro Elias. Propriedade. In: AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário: Teoria Geral e Negócios Imobiliários**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Cap. 3. p. 59-92

Inegavelmente, o conceito de função social da propriedade, recebeu forte influência da Igreja e sua doutrina. Essa influência evidencia-se, inicialmente, na Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, que discorreu sobre a contribuição ao bem comum quando do uso da propriedade pelo seu proprietário. Nesse mesmo sentido, São Tomás, pregava possibilidade do uso dos bens exteriores como comuns, no intuito de alcançar interesse de terceiros. A Igreja nessa época preconizava que a característica preponderante da propriedade era a sua função social, uma vez que sua utilização estava diretamente ligada aos interesses pessoais e sociais¹⁴.

Na evolução histórica, a noção de propriedade conservar-se como um importantíssimo aspecto da estrutura socioeconômica das sociedades. É o estudioso Leon Duguit, quem traz o conceito jurídico de função social da propriedade no início do século XX, haja vista que até aquele momento a função social da propriedade era discutida apenas em estudos filosóficos, de Montesquieu, Hobbes, Rousseau, Bussuet, Mirabeau, Bentham, Locke¹⁵.

O conceito jurídico de função social estabelece que o titular do direito deva exercê-lo, sem negligenciar o interesse social da coletividade (sociedade). De forma simplificada, seria o mesmo que dizer que, o titular desse direito pode fazer tudo o que não prejudicar a outrem ou até a própria sociedade, bem como pode se abster de fazer algo, desde que também não prejudique a coletividade.

O filósofo Augusto Comte em sua teoria positivista, defendeu que todas as ações humanas, apesar de muitas vezes serem exercidas individualmente, têm essencialmente natureza social. Por intermédio da interpretação dessa teoria, é possível verificar a primeira oposição existente entre o conceito de direito de propriedade individual e exclusivista e a real concepção da função social desse direito. Assim, na Undécima Conferência de seu Catecismo Positivista, disciplina que “o positivismo não admite nunca senão deveres de todos para com

¹⁴ BARRETO, Lucas Hayne Dantas. **Função Social da Propriedade**. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7164/funcao-social-da-propriedade>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

¹⁵ NONE, Nelson. **Direito de Propriedade e Função Social: Evolução Histórico-Jurídica**. 2009. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1602/1070>>. Acesso em: 01 jul. 2014

todos; pois que seu ponto de vista sempre social não pode comportar nenhuma noção de direito constantemente fundada na individualidade¹⁶.

Leon Duguit, fortemente influenciado por Comte, defende uma noção de direito de propriedade fundada nos fatos, onde os ordenamentos jurídicos existentes conservam-se os mesmo. Todavia, em ocorrendo eventual necessidade não regulamentada pelas normas existentes, faz-se necessário a constituição de novas leis ou regulamentos para disciplinar tais circunstâncias. Para ele a propriedade é uma instituição jurídica que se originou da necessidade econômica, todavia, com o decorrer do tempo, transformou-se em uma necessidade social. Desta forma a concepção de propriedade evolui, englobando as transformações econômicas da sociedade, culminando com a incorporação da função social ao direito de propriedade¹⁷.

Essa noção de função social acaba por excluir o caráter absoluto e exclusivista do conceito de propriedade, como foi largamente difundido durante a Revolução Francesa. A concepção de propriedade descrita na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, bem como a prevista no Código de Napoleão já não mais retratava a realidade no início do século XX.

Nesse contexto a propriedade deixa de ser um direito subjetivo, absoluto e individualista, na tentativa de se evitar as construções abandonas sem manutenção, imóveis improdutivos e terras sem cultivo, haja vista que era permitido ao titular do direito de propriedade tanto usar, gozar e dispor da coisa, como também não usar, não gozar e nem dispor da mesma. Duguit passou a defender a noção de que para que o titular do direito de

¹⁶ COMTE, Augusto. *Catecismo Positivista: Décima Conferência – regime privado*. Tradução de Miguel Lemos. São Paulo: Nova Cultural, 2000. p. 284. . *Apud*. NONE, Nelson. ***Direito de Propriedade e Função Social:*** Evolução Histórico-Jurídica. 2009. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1602/1070>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

¹⁷ NONE, Nelson. ***Direito de Propriedade e Função Social:*** Evolução Histórico-Jurídica. 2009. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1602/1070>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

propriedade obtivesse a proteção desse seu direito, deveria ser socialmente compelido a desenvolver a função social de sua propriedade¹⁸.

A funcionabilidade, no avanço do direito de propriedade, teve importante papel, haja vista que é exatamente pela noção de funcionabilidade que a propriedade imobiliária deixa de ser um direito subjetivo e estático *para se* tornar um direito mais dinâmico, passando a ter atribuições, limitações e deveres, com fins de atingir a sua função social.

Segundo Pedro Elias Avvard¹⁹, pode-se afirmar que a finalidade social do direito de propriedade não exclui totalmente o direito subjetivo, nem tão pouco afasta o interesse e a proteção individual, apenas condiciona o seu exercício ao cumprimento de determinadas obrigações em favor da sociedade, de acordo com as circunstâncias e a natureza do bem.

No entendimento do Professor Larroumet, jamais o direito de propriedade poderia ser exercido sem respeitar as limitações sociais, até porque, mesmo em legislações estritamente liberais e individualistas, essas limitações apesar de serem reduzidas, não são inexistentes. Portanto, qualquer que seja o raciocínio individualista do direito de propriedade, há que se observar que este nunca será considerado um direito discricionário, muito pelo contrario, seu fundamento está na relativização.

No estudo do direito comparado, é possível observar a previsão constitucional do princípio da função social da propriedade na legislação de alguns países. Na Constituição mexicana de 1917, o princípio da função social foi introduzido através de uma reforma nos artigos 25 e 27 em 1983²⁰.

Art. 25 – Ao desenvolvimento econômico nacional concorrerão, com responsabilidade social, o setor público, o setor social e o setor privado, sem embargo de outras formas de atividade econômica que contribuam ao desenvolvimento da nação. **Através dos critérios de equidade social e**

¹⁸ DUGUIT, Léon. *Manuel de droit constitutionnel*. apud NONE, Nelson. ***Direito de Propriedade e Função Social:*** Evolução Histórico-Jurídica. 2009. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1602/1070>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

¹⁹ AVVAD, Pedro Elias. ***Direito Imobiliário: Teoria Geral e Negócios Imobiliários***. 3ª. ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: 2012. p. 72

²⁰ BRASIL. Senado Federal. ***Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras***. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987, v. I, p. 570 e 580. *Tradução livre*.

produtividade se apoiará e impulsionará as empresas dos setores social e privado da economia, sujeitando-os às modalidades que dizem o interesse público e o uso, em benefício geral, dos recursos produtivos, cuidando sua conservação e o meio ambiente.

Art. 27 – A propriedade das terras e águas compreendidas dentro dos limites do território nacional corresponde originariamente à nação, a qual tem tido e tem o direito de transmitir o domínio delas aos particulares, constituindo a propriedade privada. As expropriações só poderão dar-se em caso de utilidade pública e mediante indenização. **A nação terá a todo tempo direito de impor à propriedade privada as modalidades que dizem o interesse público, assim como de regular, em benefício social, o aproveitamento dos elementos naturais suscetíveis de apropriação, com objetivo de fazer uma distribuição equitativa da riqueza pública,** cuidar de sua conservação, lograr o desenvolvimento equilibrado do país e o melhoramento das condições de vida da população rural e urbana. Em consequência, ditar-se-ão as medidas necessárias para ordenar os assentamentos humanos e estabelecer adequadas provisões, usos, reservas e destinos das terras, águas e bosques, para o efeito de executar obras públicas e planejar e regular a fundação, conservação, melhoramento e crescimento dos centros populacionais, para o fracionamento dos latifúndios, para dispor, nos termos da lei regulamentar, a organização e a exploração coletiva das comunidades, para o desenvolvimento da pequena propriedade agrícola em exploração, para a criação de novos centros de população agrícola com terras e águas que lhes sejam indispensáveis, para o fomento da agricultura e para evitar a destruição dos elementos naturais e dos danos que a propriedade possa sofrer em prejuízo da sociedade. Os núcleos de população que careçam de terras e águas ou não as tenham em quantidade suficiente para as necessidades de sua população, terão direito a que se lhes dote delas, tomando-as das propriedades imediatas, respeitando sempre a pequena propriedade agrícola em exploração. (*grifamos*)

O direito alemão²¹ introduziu num primeiro momento o princípio da função social à sua Constituição de 1919, sendo posteriormente incorporado pela Constituição de 1949 em seu artigo 14 que diz:

Art. 14. Propriedade, direito de sucessão e expropriação. A propriedade e o direito de sucessão hereditária são garantidos. A sua natureza e os seus limites são regulados por lei. A propriedade obriga. **O seu uso deve ao mesmo tempo servir ao bem-estar geral.** (*grifamos*)

Na Itália²², o princípio da função social da propriedade foi expressamente previsto na Constituição de 1948 nos dispositivos 41 a 44. Neste ordenamento, temos a clara percepção

²¹ BRASIL. Senado Federal. *Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987, v.i., p.123.

²² BRASIL. Senado Federal. *Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987, v.i., p. 515.

de que o direito de propriedade não pode mais ser interpretado como um direito fundamental, mas sim como um fato econômico, cujo escopo é simplesmente garantir a função social do mesmo.

Art. 41 – **A iniciativa econômica privada é livre. Não pode desenvolver-se se contrapondo à utilidade social ou de uma forma que possa acarretar dano à segurança, à liberdade e à dignidade humana. A lei determina os programas e os meios de controle, a fim de que a atividade econômica pública e a privada possam ser dirigidas e coordenadas para objetivos sociais.**

Art. 42 – A propriedade é pública ou privada. Os bens econômicos pertencem ao Estado, às entidades privadas ou às pessoas. **A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, que determina as formas de aquisição, de sua posse e os limites que asseguram sua função social e torna-la acessível a todos.**

Art. 44 – **A fim de conseguir uma racional exploração do solo e de estabelecer justas relações sociais, a lei impõe obrigações e vínculos à propriedade rural privada,** fixa limites à sua extensão segundo as regiões e as zonas agrárias, promove e impõe benefícios às terras insalubres, a transformação do latifúndio e a reconstituição das unidades produtivas; ajuda a pequena e a média propriedade. A lei adota providências em favor das zonas montanhosas. (*grifamos*)

O direito espanhol²³ somente dispôs sobre o princípio da funcionabilidade social do direito de propriedade em sua Constituição de 1978, nos artigos 33 que versa sobre os direitos e deveres dos cidadãos; 47 quando disciplina os princípios da política social e econômica, e por último no artigo 128 quando trata da economia propriamente dita.

Art. 33 – Se reconhece o direito à propriedade e à herança. **A função social destes direitos delimitará seu conteúdo, de acordo com as leis.**

Art. 47 – Todos os espanhóis têm direito a desfrutar de uma vida digna e adequada. **Os poderes públicos promoverão as condições necessárias e estabelecerão as normas pertinentes para fazer efetivo esse direito, regulando a utilização do solo de acordo com o interesse geral para impedir a especulação.** A comunidade participará das mais-valias que gerarem a ação urbanística dos entes públicos.

Art. 128 – **Toda a riqueza do país em suas distintas formas e seja qual sua titularidade está subordinada ao interesse geral.** (*grifamos*)

²³ BRASIL. Senado Federal. *Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987, v.i., p. 355

No Chile²⁴, somente com a Constituição de 1981 é que o princípio da função social do direito de propriedade foi previsto, entre os direitos e deveres constitucionais.

A Constituição assegura a todas as pessoas:

24º - O direito de propriedade em suas diversas espécies sobre toda classe de bens corpóreos e incorpóreos. **Só a lei pode estabelecer o modo de adquirir a propriedade, de usar, gozar, e dispor dela e as limitações e obrigações que derivem de sua função social. Esta compreende quanto exijam os interesses gerais da nação**, a segurança nacional, a utilidade e salubridade públicas e a conservação do patrimônio ambiental. (*grifamos*)

A função social do direito de propriedade não é previsto na Constituição de 1958 da França²⁵. No direito francês esse princípio somente pode ser alcançado através das jurisprudências relativas ao abuso de direito, cujo fundamento é o artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Nos Estados Unidos, tal princípio não se encontra expressamente previsto em sua Constituição, porém é possível ser aplicado por intermédio das decisões judiciais na forma do sistema *common law*.

2.1 Função Social da Propriedade no Direito Brasileiro

A legislação brasileira nem sempre contemplou o princípio da funcionalidade do direito de propriedade, em seu ordenamento jurídico. Nas Constituições de 1824 e de 1891, em seus dispositivos 179 e 72, respectivamente, asseguravam o direito de propriedade em sua forma absoluta e individualista, salvo nos casos de desapropriação por necessidade ou utilidade social.

É na constituição de 1934, em seu artigo 113, que expressamente se estabelece pela primeira vez, o princípio da função social da propriedade. Nele se instituiu que o direito de propriedade não poderia ser exercido em desfavor do interesse social e/ou coletivo. O dispositivo 122 da Constituição de 1937, previu o direito de propriedade, porém limitou a definição de seu conteúdo por meio de leis.

²⁴ BRASIL. Senado Federal. *Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987, v.i., p.215

²⁵ GRAU, Eros Roberto. *Função social da propriedade (Direito Econômico)*. Enciclopédia Saraiva do Direito, v.39. São Paulo: Saraiva, 1979

Nossa Constituição Federal de 1946, em seu artigo 141, § 16 garantiu a inviolabilidade do direito de propriedade, salvo nos casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ou ainda, nos casos onde o uso da propriedade encontrava-se diretamente relacionado ao bem estar social, artigo 147 do mesmo diploma.

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 16. É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, com a exceção prevista no § 1º do art. 147. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

Art. 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social.

A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. (grifamos)

A partir da Constituição de 1946, começou a surgir mecanismos jurídicos de operacionalização do princípio da função social da propriedade. A Constituição de 1967-1969, praticamente reproduziu o texto da Constituição de 1946, no seu artigo 153, § 22, quando garantiu o direito de propriedade aos cidadãos. E em seu dispositivo 160, estabeleceu expressamente o princípio da função social da propriedade, proporcionando um grande avanço no direito de propriedade.

Foi no texto constitucional de 1988 que se concretizou a consolidação do princípio da função social da propriedade em nosso ordenamento jurídico. Em seu artigo 5º, incisos XXII e XXIII, ficou definido que tanto a propriedade como a sua função social, eram direitos fundamentais do homem. O artigo 170 da Constituição Federal, nos incisos II e III, aumenta a noção de função social da propriedade, incorporando-a como dos princípios de ordem econômica.

DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS
CAPÍTULO I
DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá à sua função social

Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(..)

II – a propriedade privada;

III – função social da propriedade;

José Afonso da Silva²⁶ afirma que em decorrência da previsão constitucional do princípio da função social da propriedade no artigo 170, houve uma relativização do conceito de propriedade em razão da vinculação deste princípio aos princípios de ordem econômica, uma vez que o proprietário somente seria considerado legítimo, enquanto suas terras respeitassem sua função social, o que equivaleria dizer que à destinação produtiva ou útil da propriedade deveria ser respeitada.

Portanto, o princípio da função social da propriedade tornou-se um meio de se garantir um equilíbrio entre as atividades econômicas e os interesses da sociedade, permitindo para tanto, a aplicação de punições aos proprietários que fizessem mal uso da mesma. Conclui-se assim, que todo proprietário de terras que não der a devida destinação econômica e social a sua propriedade, pode e deve ser responsabilizado pelo descumprimento dessas obrigações, que decorrem do referido princípio²⁷.

A noção de função social é um conceito difícil de ser definido, pois se trata de um conceito extremamente abstrato, e, portanto aberto a infindáveis discussões. Neste contexto,

²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª ed., ver. 4ª tir., São Paulo: Malheiros, 1994.p. 743, *apud* BRAGA, Roberta Chaves. **Direito de Propriedade e a Constituição Federal de 1988**. 2009. 45 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Constitucional, Universidade Vale do Acaraú - Uva. Fortaleza, 2009. Cap. 1. Disponível em: <http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/229/1/Monografia_Roberta_Chaves_Braga.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2014.

²⁷ BRAGA, Roberta Chaves. **Direito de Propriedade e a Constituição Federal de 1988**. 2009. 45 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Constitucional, Universidade Vale do Acaraú - Uva. Fortaleza, 2009. Cap. 1. Disponível em: <http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/229/1/Monografia_Roberta_Chaves_Braga.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2014.

coube ao Poder Público estabelecer restrições ao direito de propriedade, a fim de que sua função social fosse respeitada, como por exemplo, no caso da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária e a usucapião agrária e urbana.

A Constituição de 1988 no capítulo das Políticas Agrícolas e Fundiárias e Reforma Agrária, estabeleceu a definição de função social da propriedade para as grandes propriedades rurais. Como já mencionado acima, o Poder Público tem o direito de desapropriar, por interesse social, para efeitos de Reforma Agrária imóvel rural, que não esteja cumprindo sua função social, ressalvada as hipóteses em que a propriedade é insuscetível de desapropriação para tais fins, como as pequenas e médias propriedades rurais, bem como a propriedade produtiva, seja qual for sua classificação, nos termos dos artigos 184 e 185 do referido diploma.

Art. 184 – Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária [...]

Art. 185 – São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:
I – a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;
II a propriedade produtiva.
Parágrafo único – A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos à sua função social.

A partir da leitura do artigo 185 da Constituição Federal, acima citado, surgiu uma questão importante a ser esclarecida, a definição do que é uma propriedade produtiva. Seu conceito encontra-se previsto no artigo 6º da Lei 8.629/93, conhecida como Lei de Reforma Agrária, o qual estabelece como propriedade produtiva aquela que, “explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente”.

No artigo 186 da Constituição Federal, em seus incisos, encontram-se estabelecidos quatro requisitos essenciais no cumprimento da função social da propriedade rural, os quais devem ser cumpridos concomitantemente.

Art. 186 - A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I - aproveitamento racional e adequado;
- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

A função social da propriedade urbana ganhou ênfase a partir da década de 60, por conta da intensa urbanização ocorrida neste período em nosso país. A péssima utilização do solo e do espaço urbano acabou por gerar um aumento do nível de violência nos centros urbanos, agravando ainda mais problemas sociais daquele período. No final dos anos 70, a ideia de reforma urbana era amplamente difundida²⁸.

O estudioso Joaquim de Arruda Falcão²⁹, explica muito bem a real situação da aquisição das propriedades durante o final da década de 70 e o início dos anos 80:

O modo dominante de aquisição de propriedade imobiliária não foi, como reza o Código, por escritura passada e registrada no cartório. Muito menos por contratos de financiamentos do Sistema Financeiro Habitacional. Quantitativamente falando, o modo dominante de aquisição de propriedade imobiliária foi através de invasões urbanas.

O artigo 182, § 2º da Constituição Federal de 1988, estabelece que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, objetivando o desenvolvimento e a expansão urbana, bem como o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, garantindo assim, o bem-estar de seus habitantes.

A propriedade privada regulamentada no Código Civil de 2002 traz algumas inovações, consagrando principalmente a relativização do direito de propriedade, bem como

²⁸ BRAGA, Roberta Chaves. **Direito de Propriedade e a Constituição Federal de 1988**. 2009. 45 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Constitucional, Universidade Vale do Acaraú - Uva. Fortaleza, 2009. Cap. 1. Disponível em: <http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/229/1/Monografia_Roberta_Chaves_Braga.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2014.

²⁹ FALCÃO, Joaquim de Arruda (Org.). **Conflito de Direito de Propriedade, Invasões Urbanas**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, *apud* VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.172

sua funcionabilidade. Entretanto, nem o Código Civil de 1916, nem o atual, estabelecem a real definição de direito de propriedade, apenas dispõem sobre o seu conteúdo e estrutura³⁰.

O Código Civil de 2002, no artigo 1.228, *caput*, descreve os poderes inerentes ao titular do direito de propriedade. Entretanto, no § 1º do referido artigo, é possível observar que, para que o proprietário tenha seus direitos resguardados é primordial que essa propriedade cumpra com sua funcionabilidade, em outras palavras, o direito de propriedade deve ser exercido em conformidade com suas finalidades sociais e econômicas, sempre respeitando o quanto previsto em leis especiais, a flora, a fauna, os recursos naturais, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico, o patrimônio ecológico, histórico ou artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas, vinculando-se ao princípio fundamental do meio ambiente sadio e equilibrado previsto no artigo 225 da Constituição Federal.

No tocante ao abuso do direito de propriedade, o § 2º do referido artigo, estabelece que todos os atos que tenham a intenção de prejudicar terceiros e não tragam nenhuma finalidade econômica ou social ao seu titular, são vedados pelo nosso ordenamento jurídico. A inobservância dessa vedação enseja a aplicação das normas de responsabilidade civil, nos termos dos artigos 186 e 187 do Código Civil.

Art. 1228 - O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º - **O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais** e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º - São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. (*grifamos*)

Silvio Rodrigues³¹, quando trata sobre o tema afirma que “há abuso de direito quando ele não é exercido de acordo com a finalidade social para a qual foi conferido, pois [...] os direitos são conferidos ao homem para serem usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição”.

³⁰ VALÉSI, Raquel Helena. *O Loteamento Fechado e o Rateio das Despesas Comuns*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 12-13.

³¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Parte Geral*, 30. ed. rev. v.1. São Paulo: Saraiva, 2000, p.313

Algumas formas de intervenção do Poder Público na propriedade encontra-se previstas no §3º³² do artigo 1.228 do Código Civil, como é o caso da desapropriação e da requisição, ambas amparadas pela Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos XXIV e XXV³³.

Em decorrência dessas restrições ao direito de propriedade, sob o fundamento do exercício da função social da propriedade, surgiu o instituto da desapropriação judicial, prevista no § 4º do artigo 1.228³⁴ do Código Civil, o qual atribuiu poderes ao magistrado para que limitasse o direito de propriedade do proprietário, mediante justa e prévia indenização, em casos do imóvel reivindicado ter extensa área, sua posse fosse exercida, de boa-fé, por um número considerável de pessoas, num período maior que cinco anos.

A função social da propriedade, ao longo da sua história no nosso ordenamento jurídico, passe a ser tratada como matéria de ordem pública, portanto insuscetível a convenções entre as partes, expressamente preconizado no parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil.

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

³² Art. 1.228.(...)

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

³³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

³⁴ Art. 1.228 (...)

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Parágrafo único. **Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública**, tais como os estabelecidos por este Código **para assegurar a função social da propriedade e dos contratos**. (*grifamos*)

Conclui-se assim, que constitucionalização do instituto da propriedade e do princípio da função social da propriedade, ocasionaram significativas mudanças no nosso ordenamento jurídico, inclusive na forma como passaram a ser interpretados. A incorporação do princípio da função social ao instituto da propriedade, não suprimiu desta o seu caráter absoluto, exclusivo e perpétuo, apenas restringiu o exercício de seus poderes (usar, gozar e dispor da coisa), ao atendimento dos interesses sociais e econômicos.

CAPÍTULO II - PARCELAMENTO DO SOLO URBANO E CONDOMÍNIOS

1. Considerações Gerais sobre Parcelamento do Solo

As primeiras noções de parcelamento do solo remontam a época de Roma, uma vez que para uma melhor utilização do solo, nesse período, as terras eram divididas em pequenos lotes, cedidas aos guerreiros do império, mediante irrisória indenização ou gratuitamente. Devido às diversas invasões bárbaras ocorridas durante o Império Romano, sobreveio uma grande evolução na urbanização dos grandes centros populacionais, principalmente em decorrência da importância que o instituto “propriedade” passou a ter, vez que era considerado símbolo máximo de poder nessa época³⁵.

No ano de 1919, com posteriores aditamentos em 1924, os franceses promulgaram a primeira lei que disciplinava o parcelamento do solo urbano, cujo objetivo era possibilitar a fixação dos indivíduos nos grandes centros urbanos, respeitando-se a convivência harmoniosa entre esses indivíduos, bem como evitando eventuais conflitos sociais decorrentes dessa concentração de pessoas. Foi, também, nesse mesmo período que a Alemanha editou sua primeira legislação sobre o assunto³⁶.

A nossa legislação até o Império foi completamente omissa na regulamentação do parcelamento do solo urbano. As primeiras Constituições brasileiras, bem como o Código Civil de 1916, tratavam a propriedade como um direito privado, de caráter essencialmente exclusivista, o que concorreu inegavelmente para a organização irregular do solo urbano em nosso país.

Foi neste século, devido o intenso crescimento dos centros populacionais, que surgiu uma nova modalidade de aquisição de propriedade, a chamada venda de terrenos à prestação, onde ao comprador era dado o direito de quitar o valor da aquisição em pequenas prestações,

³⁵ FAZANO, Haroldo Guilherme Vieira. *Da Propriedade Horizontal e Vertical*, Dissertação de Mestrado, PUC/SP, 2001, p. 145.

³⁶ FAZANO, Haroldo Guilherme Vieira. *Da Propriedade Horizontal e Vertical*. 2ª ed. Leme: J. H. Mizuno, 2014. p. 215.

haja vista que a situação econômica da maior parte da população, nesse período, impossibilitava a quitação à vista³⁷. Foi a partir de tão que, na década de 30 este tema ganhou importância no ordenamento jurídico brasileiro, cujo objetivo era essencialmente a proteção dos compromissários compradores dos lotes.

Nesse ínterim, os loteamentos e as propriedades imobiliárias, por intermédio dos compromissos e dos contratos de compra e venda, adquiriram demasiada relevância no cenário jurídico, e acabou por transforma-los em um meio de se socializar a propriedade.

Em 1936, o professor Waldemar Ferreira, então deputado federal de São Paulo, apresentou o primeiro projeto de lei que disciplinava sobre o parcelamento de solo urbano. Este projeto tinha, essencialmente, o cunho de proteger os futuros adquirentes dos lotes vendidos a prazo, garantindo assim, uma segurança maior ao negócio.

Nesse período da história, o então Presidente Getulio Vargas, havia fechado o Congresso Nacional e instituído o Estado Novo, assim, o Projeto de Lei elaborado por Waldemar Ferreira, foi analisado pelo Poder Executivo, que terminou por transforma-lo, em 10 de dezembro de 1937, no Decreto-Lei nº 58, regulamentado posteriormente pelo Decreto-Lei nº 3.079/38.

O Decreto-Lei 58/37 não disciplinava sobre como seria a intervenção dos Estados e Municípios na urbanização desenfreada dos centros urbanos, nem tão pouco sobre eventuais procedimentos urbanísticos mínimos na organização dos loteamentos. Portanto, a falta de efetiva regulamentação dos loteamentos, persistia³⁸.

Desta forma, em 9 de novembro de 1939 foi promulgado o Decreto nº 4.857, denominado Lei de Registros Públicos, na tentativa de esclarecer algumas questões que ficaram omissas no Decreto-Lei 58/37, como por exemplo, a necessidade de inscrição do memorial descritivo das propriedades rurais e urbanas, para a venda de lotes a prestação; a obrigatoriedade de inscrever a promessa de venda de imóveis não loteados, a fim de terem

³⁷ VALÉSI, Raquel Helena. **O Loteamento Fechado e o Rateio das Despesas Comuns**. 2005. Dissertação de Mestrado em Direito - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 35

³⁸ AZEVEDO, Marcelo Sampaio Soares de. **O Loteamento Fechado na Legislação Municipal**. Dissertação de Mestrado, - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2002. p. 08.

validade entre as partes, bem como perante terceiros; e a averbação dos contratos de compra e venda dos lotes, dentre outras³⁹.

Art. 178. No registro de imóveis será feita:

a) a inscrição: (...)

VII - **do material de loteamento de terrenos urbanos e rurais para a venda de lotes a prazo em prestações;** (...)

XIV - **da promessa de compra e venda do imóvel não loteado, para a sua validade entre as partes contratantes e em relação a terceiros.**

Art. 287. À margem da inscrição da propriedade loteada, no livro 8, **serão averbados os contratos de promessa de, compra e venda de lotes a prazo em prestações,** quer por escrito particular, quer por escritura pública, não só para sua validade jurídica, como para assegurar ao promitente comprador direito real oponível a terceiros, nos termos do art. 5º do Decreto-lei n. 58, e, Decreto n. 3.079, de 10 de dezembro de 1937, e 15 de setembro de 1938, respectivamente. (grifamos)

No Brasil, o crescimento desordenado dos grandes centros urbano, em meados da década de 40, provocou diversos entraves territoriais, socioeconômicos e ambientais em nossa sociedade. Nos anos 60, do total de 31 milhões de brasileiros, 44,7% viviam em áreas urbanas, e a partir da década de 70, esse índice aumentou para 55,9%⁴⁰.

Nesse período, o avanço da urbanização gerou um crescimento de 50% da população nos centros urbanos, contribuindo significativamente para o desenvolvimento das periferias ilegais, subequipadas, localizadas em áreas sem qualquer infraestrutura⁴¹. Nesse contexto, essa urbanização desenfreada das cidades, acabou por sedimentar os processos de exclusão social, de segregação espacial, crise habitacional, o aumento da violência e a degradação ambiental.

Em 1949, por intermédio da edição da Lei 649/49, o artigo 22 do Decreto-Lei 58/37, foi alterado com a finalidade de outorgar aos adquirentes de lotes, desde que o contrato de

³⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano: Lei 6.766/79 e 9.785/99*. 6ª edição, São Paulo: RT, 2003. p. 19.

⁴⁰ FERNANDES, Edésio. *A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil* in ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Organizadores). *Direito Urbanístico. Estudos Brasileiros e Internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, páginas 4

⁴¹ GOUVÊA, Denise; RIBEIRO, Sandra. *A Revisão da Lei Federal nº 6766/79 – Novas Regras no “Jogo” da Cidade?* Disponível em: <https://ipra-cinder.info/wp-content/uploads/file/DocumentosFortaleza/Gouvea.pdf>. Acesso em 02 de julho de 2014.

compra e venda do mesmo estivesse devidamente registrado no Cartório de Registro de Imóveis, o direito a ação de adjudicação compulsória.

Art. 22. Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato da sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações desde que inscritos em qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros e lhes confere o direito de adjudicação compulsória, nos termos dos artigos 16 desta lei e 346 do Código do Processo Civil.

Em 28 de fevereiro de 1967, surgiu o Decreto-lei nº 271, originário do projeto de lei apresentado por Hely Lopes Meirelles, que buscava solucionar omissões legislativas sobre o parcelamento de solo urbano, tais como, definir o seu conceito e a aplicação de sanções a eventuais descumprimentos às regras de parcelamento do solo. O Decreto-Lei 58/37, apesar da edição do referido decreto, permaneceu em vigor na parte em que não foi expressamente revogado, inclusive com relação quanto ao previsto em seu artigo 3º, abaixo transcrito, quando equiparou o loteador ao incorporador e os compradores aos condôminos, para efeitos de aplicação de sanções perante desrespeitos as normas, com aplicação analógica dos dispositivos da Lei 4.591/64⁴².

Art. 3º Aplica-se aos loteamentos a Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, equiparando-se o loteador ao incorporador, os compradores de lote aos condôminos e as obras de infraestrutura à construção da edificação.

Art. 65. É crime contra a economia popular promover incorporação, fazendo, em proposta, contratos, prospectos ou comunicação ao público ou aos interessados, afirmação falsa sobre a construção do condomínio, alienação das frações ideais do terreno ou sobre a construção das edificações.

Em 1977, o então Senador Lehmann apresentou um Projeto de Lei que disciplinava o parcelamento solo urbano, e, em 19 de dezembro de 1979, esse projeto foi promulgado Lei sob o nº 6.766/79. Esta lei, vigente até os dias atuais, disciplina sobre as normas gerais do parcelamento do solo urbano, permitindo inclusive aos Estados e Municípios uma possível complementação. Após a edição dessa lei, o parcelamento do solo urbano passou a ser considerado gênero do qual o loteamento e o desmembramento são espécies⁴³.

⁴² Nesse sentido AZEVEDO, Marcelo Sampaio Soares de. **O Loteamento Fechado na Legislação Municipal**. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

⁴³ VALÉSI, Raquel Helena. **O Loteamento Fechado e o Rateio das Despesas Comuns**. 2005. Dissertação de Mestrado em Direito - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 38.

A Lei 9.785, de 29 de janeiro de 1999, trouxe algumas modificações significativas para a Lei 6.766/79. Dessas alterações, segundo Haroldo Guilherme V. Fazano a principal foi a contida no § 6º do artigo 26 do referido diploma, que determina a possibilidade do compromisso de compra e venda ter valor de título para o registro da propriedade do lote adquirido, desde que acompanhado pela prova de quitação.⁴⁴

A Lei 6.766/79 estabelece alguns procedimentos para a correção de eventuais loteamentos irregulares, como também a punição dos loteadores irregulares⁴⁵; estabelece ainda a proteção dos adquirentes dos lotes, por meio da obrigatoriedade do registro imobiliário e da idoneidade do loteador, e, ainda, determina que os compromissos, cessões e promessas de cessões sejam irretratáveis⁴⁶, conferindo-lhes, portanto, direito à adjudicação compulsória (artigo 22 do Decreto-Lei 58/37).

Finalmente em 2001, sobreveio o Estatuto da Cidade – Lei 10.257/01, que visando regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabeleceu diretrizes gerais para a política urbana, determinando funções sociais às cidades e a propriedade urbana, com a devida observância as normas gerais estabelecidas pelos Estados e Municípios incluindo o Plano Diretor e as leis de ocupação do solo⁴⁷.

1.1 Introito sobre as Espécies de Parcelamento do Solo

Parcelamento é uma derivação da palavra parcela, cuja origem etimológica é francesa (*parcelle*), e esta por sua vez teve origem no termo latim *particella*, diminutivo de *pars*, *partis* e *parte*⁴⁸.

⁴⁴ FAZANO, Haroldo Guilherme Vieira. ***Da Propriedade Horizontal e Vertical***. 2ª ed. Leme: J. H. Mizuno, 2014. p. 216

⁴⁵ Art. 47. *Se o loteador integrar grupo econômico ou financeiro, qualquer pessoa física ou jurídica desse grupo, beneficiária de qualquer forma do loteamento ou desmembramento irregular, será solidariamente responsável pelos prejuízos por ele causados aos compradores de lotes e ao Poder Público.*

⁴⁶ Art. 25. São irretratáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, os que atribuam direito a adjudicação compulsória e, estando registrados, confiram direito real oponível a terceiros.

⁴⁷ AZEVEDO, Marcelo Sampaio Soares de. ***O Loteamento Fechado na Legislação Municipal***. 2002. Dissertação de Mestrado em Direito - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 14/15

⁴⁸ FAZANO, Haroldo Guilherme Vieira. ***Da Propriedade Horizontal e Vertical***. Dissertação de Mestrado Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001. p.147.

O parcelamento do solo urbano é um instituto de Direito Urbanístico, cuja finalidade basilar é a ordenação do espaço urbano destinado à habitação, por meio da sua divisão ou redivisão, dentro dos ditames legais. O parcelamento do solo urbano pode ser considerado como um processo de urbanificação de uma gleba⁴⁹, em outras palavras, consiste na subdivisão de uma gleba em porções menores destinadas à futura edificação⁵⁰.

No entendimento de José Afonso da Silva, indispensável se faz distinguir urbanização de urbanificação, para melhor compreensão do conceito de parcelamento do solo. A noção de urbanização está diretamente relacionada com o aumento populacional nas cidades, já o conceito de urbanificação, tem relação com o desenvolvimento urbano e a correta observância ao aproveitamento racional do solo urbanizado ou não, ou seja, consiste nas atividades que beneficiam ou rebeneficiam o solo para fins urbanos, ou ainda, a criação de novas áreas urbanas por meio do beneficiamento de solo urbanificado ou não⁵¹. Nesse contexto, pode-se afirmar que um dos procedimentos previstos em lei que viabilizam a urbanificação, é o parcelamento do solo.

Cumprе destacar que essa diferenciação entre urbanificação e urbanização é levantada apenas por José Afonso da Silva, posto que para a grande maioria da doutrina essas duas expressões são consideradas sinônimas.

O parcelamento do solo, como já mencionado no item anterior, é o gênero do qual loteamento, desmembramento e desdobro são espécies. As duas primeiras espécies encontram-se disciplinadas na Lei 6.766/79, já a última é regulamentada exclusivamente por Lei Municipal. É de suma importância à diferenciação entre esses institutos, até por conta das disposições civis, penais e administrativas previstas para cada uma das espécies.

⁴⁹ Por gleba pode-se compreender a fração de terra que ainda não tenha sido submetida ao loteamento ou desmembramento.

⁵⁰ VALÉSI, Raquel Helena. *O Loteamento Fechado e o Rateio das Despesas Comuns*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 42

⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: RT, 1981. p.09/10 e 373, *apud* VALÉSI, Raquel Helena. *O Loteamento Fechado e o Rateio das Despesas Comuns*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

Nos dizeres de Pedro Elias Avvad⁵², não há que se falar em um conceito legal, propriamente dito, de loteamento, porém o § 1º, artigo 2º da Lei 6.766/79, nos traz uma noção do seja o 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”.

Arnaldo Rizzardo quando comenta a Lei de Parcelamento Urbano o define “como a operação que se utiliza de dados técnicos da agrimensura para dividir uma área em tantas outras porções autônomas, com possibilidade de vida própria. Feita a divisão da gleba em lotes, estes não mais são partes daquela, mas propriedades separadas que passam a constituir, cada uma, um novo todo, uma nova propriedade⁵³”.

Hely Lopes Meirelles⁵⁴ define loteamento urbano como “a divisão voluntária do solo em unidades (lotes) com abertura de vias e logradouros públicos, na forma da legislação pertinente. Distingue-se do desmembramento, que é a simples divisão da área urbana ou urbanizável, com aproveitamento das vias públicas existentes”.

O conceito de desmembramento encontra-se disciplinado no § 2º, do artigo 2º da Lei 6.766/79, que o define como “a subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes”.

A principal diferença entre o loteamento e o desmembramento é que este último, não tem abertura de novas vias ou logradouros públicos, como praças, por exemplo, bem como não há prolongamentos, modificações e/ou ampliações nos já existentes. Logo, quando a subdivisão da gleba em lotes aproveitar a malha viária e os equipamentos públicos (limpeza, coleta de lixo, água, luz, etc.) já existentes, teremos um desmembramento, caso contrário configurará um loteamento.

⁵² AVVAD, Pedro Elias. *Direito Imobiliário: Teoria Geral e Negócios Imobiliários*. 3ª. ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 543

⁵³ RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano: Lei 6.766/79 e 9.785/99*. 6ª edição, São Paulo: RT, 2003.p.39.

⁵⁴ NOGUEIRA, Wagner Rodolfo Faria. *Parcelamento do Solo. Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 84, 25 set. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4349>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

Como nos bem ensina Hely Lopes Meirelles: "O desmembramento é apenas repartição da gleba, sem atos de urbanização, e tanto pode ocorrer pela vontade do proprietário (venda, doação, etc.) como por imposição judicial (arrematação, partilha, etc.), em ambos os casos sem qualquer transferência ao domínio público⁵⁵".

O conceito de desmembramento para Rui Geraldo Viana consiste em num "fenômeno de repartição da terra, desde que operado dentro do sistema urbanístico existente, sem avultar a área urbana já existente, influenciando, apenas, na densidade de ocupação dos espaços já urbanizados, não afetando, principalmente, o perfil das vias e logradouros preexistentes⁵⁶".

Vale ressaltar que desmembramento se difere de desdobro, o qual *pode* ser compreendido como a subdivisão de lote e não de glebas como o primeiro. Portanto, caso ocorra uma subdivisão de gleba em lotes, onde seu proprietário apenas tem a intenção de vender um ou mais terrenos, desvinculado do processo de urbanização, sem o objetivo de implantar um aglomerado habitacional⁵⁷, temos a configuração do que chamamos desdobro. Para José Afonso da Silva "*desdobro de lote é a divisão da área do lote para formação de novo ou de novos lotes*⁵⁸".

1.1.1. Loteamentos

A palavra lote tem origem etimológica germânica nos vocábulos: klauts, lauss, lösung. O conceito de lotear está intrinsecamente ligado à noção de fracionamento material, em outras palavras seria o mesmo que transformar um terreno em diversos terrenos menores (lotes),

⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Urbanismo e Proteção Ambiental**, RDP nº 39/40, ERT, São Paulo: 1976. p. 62, *apud* ANDRADE, Ricardo Luís Santanna de. **Considerações Sobre o Parcelamento do Solo Urbano**. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/servicos/artigos/artigos.asp?iCodigo=26>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

⁵⁶ VIANA, Rui Geraldo Camargo. **O Parcelamento do Solo Urbano**. Dissertação de Mestrado, USP, 1983. p. 52 *apud* VALÉSI, Raquel Helena. **O Loteamento Fechado e o Rateio das Despesas Comuns**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 44

⁵⁷ RIZZARDO, Armando. **Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano**. 6ª. ed. São Paulo: RT, 1996. p. 58/59, *apud* VALÉSI, Raquel Helena. **O Loteamento Fechado e o Rateio das Despesas Comuns**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 44.

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: RT, 1981. p. 396. *apud* ANDRADE, Ricardo Luís Santanna de. **Considerações Sobre o Parcelamento do Solo Urbano**. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/servicos/artigos/artigos.asp?iCodigo=26>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

portanto, como já explicado no item 1.1, loteamento é a subdivisão de gleba em pequenos lotes de terra, destinados à futura edificação urbana ou rural⁵⁹.

Nesse diapasão, necessário se faz entender o conceito de lote. Para tanto, basta observar o quanto previsto no § 4º do artigo 2º da Lei 6.766/79 que estabelece: “Considera-se lote o terreno servido de infraestrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona em que se situe”.

Após a leitura do § 4º do artigo 2º da Lei de Parcelamento do Solo Urbano, imprescindível se faz entender o que o legislador quis dizer com infraestrutura básica, ou seja, quais são os equipamentos urbanos que constituem uma infraestrutura básica. A solução para tal questão encontra-se na própria Lei 6.766/79, no § 5º do artigo 2º, o qual prevê que a infraestrutura básica é aquela formada pelos equipamentos de escoamento de águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, fornecimento de energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação.

Cumprе salientar que, nos parcelamentos de solo situados em zonas habitacionais declaradas por lei, essa infraestrutura básica, nos termos do quanto previsto no § 6º do mesmo dispositivo, deve conter no mínimo vias de circulação, escoamento das águas pluviais, rede de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário e rede de energia elétrica domiciliar.

Outro ponto importante a ser destacado sobre a matéria loteamento é a da destinação do imóvel a ser loteado. Nos loteamentos com fins urbanos, regidos pela Lei 6.766/79, o imóvel deve ter destinação habitacional, industrial, comercial ou de lazer, diferentemente dos loteamentos para fins rurais, regidos pela Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra), cuja destinação do imóvel é a exploração econômica da terra - agrícola, pecuária, extrativa ou agroindustrial.

No tocante aos logradouros públicos, Pedro Avvad⁶⁰, em sua obra *Direito Imobiliário – Teoria Geral e Negócios Imobiliários* cita José Afonso da Silva, para explicar que sua

⁵⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, parte especial, 2ª edição, Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, Tomo XIII, § 1.426, p. 9-10, *apud* VALÉSI, Raquel Helena. *O Loteamento Fechado e o Rateio das Despesas Comuns*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 45

criação desses logradouros poderá se dar de três formas distintas: (i) pela execução de plano diretor de arruamento mediante fracionamento do solo em quadras, por meio de abertura de vias de circulação; (ii) pela abertura de rua isolada em execução de obra de aplicação de sistema viário; e (iii) pela oficialização de via particular.

Cabe ressaltar que, somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, ou de expansão urbana, ou ainda de urbanização específica, não sendo possível, o parcelamento para fins urbanos em zona rural, nos termos do artigo 3º da Lei 6.766/79, sob pena de configuração de crime contra a Administração Pública.

Art. 3. 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.

Art. 50. Constitui crime contra a Administração Pública.

I - dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta Lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios. (grifamos).

Apesar da vedação do artigo 3º da Lei de Parcelamento do Solo Urbano, com relação ao parcelamento para fim urbano em zonas rurais, é importante destacar a possibilidade de alteração do solo rural para urbano, por meio de procedimento complexo de preenchimento de condições gerais de urbanização, com autorização do INCRA e do órgão metropolitano ou da própria Prefeitura na ausência deste, para verificação e aprovação dessas condições.

Art. 53. Todas as alterações de uso do solo rural para fins urbanos dependerão de prévia audiência do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, do Órgão Metropolitano, se houver, onde se localiza o Município, e da aprovação da Prefeitura municipal, ou do Distrito Federal quando for o caso, segundo as exigências da legislação pertinente.

Os loteamentos com fins urbanos, de acordo com Pedro Avvad⁶¹, podem ser subdivididos, segundo sua finalidade, em três categorias: para expansão urbana; para

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: RT, 1981. p. 250, *apud* AVVAD, Pedro Elias. *Direito Imobiliário: Teoria Geral e Negócios Imobiliários*. 3ª. ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 544

⁶¹ AVVAD, Pedro Elias. *Direito Imobiliário: Teoria Geral e Negócios Imobiliários*. 3ª. ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 547.

formação de núcleos urbanos; e para formação de sítios de recreio. Ressalta-se que cada uma dessas categorias possui diferentes peculiaridades no processo administrativo de obtenção da autorização para o loteamento.

No caso do loteamento de imóvel rural para fins de expansão urbana, é importante observar o perímetro urbano do município onde se localiza o referido imóvel, vez que somente poderão ser loteados os imóveis rurais localizados dentro do perímetro urbano ou dentro da área de expansão urbana, conforme determina o *caput* do artigo 3º da Lei 6.766/79. Nessa espécie de loteamento a destinação do imóvel pode ser residencial, industrial ou comercial⁶².

Os loteamentos para formação de núcleos urbanos, em geral, são realizados em zonas rurais, porém com finalidade urbana. O objetivo principal desse tipo de loteamento é atender aos produtores rurais de uma região distante de outros centros urbanos. Entretanto, para que esse projeto de parcelamento do solo seja aprovado pelos órgãos competentes, necessário se faz a existência de lotes para a implantação de serviços fundamentais a população, como por exemplo, escolas, hospitais, postos de serviços e policiais, entre outros⁶³.

Já os loteamentos para formação de sítios de recreio, precisam preencher uma exigência fundamental a sua aprovação, o imóvel em questão precisa estar localizado em algumas áreas específicas, são elas: (a) zona turística (criadas por atos federais, estaduais e municipais); (b) zona balneária (situadas à beira mar, nas margens dos rios e lagos naturais ou artificiais); (c) zona paisagística (áreas que apresentam beleza natural, segundo o critério da prefeitura local); e (d) estância hidromineral (locais onde existem jazidas de águas minerais com técnicas de utilização dessa mesma, bem como haja estrutura hoteleira)⁶⁴.

⁶² *op. cit.*, p. 547/548.

⁶³ *op. cit.*, p. 548

⁶⁴ AVVAD, Pedro Elias. ***Direito Imobiliário: Teoria Geral e Negócios Imobiliários***. 3ª. ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 548

1.1.2 Requisitos do Loteamento

Para a concretização de um loteamento para fins urbanos é necessário à adoção de um procedimento voluntário e formal por parte do proprietário do imóvel (loteador), com devido preenchimento de requisitos previsto no artigo 1º do Decreto-Lei 58/37, os quais foram posteriormente incorporados e aperfeiçoados pela Lei 6.766/79.

A primeira etapa para a constituição do loteamento é o momento anterior à apresentação do projeto as autoridades competentes, ou seja, é o ato de requerer junto à autoridade municipal ou distrital a designação das diretrizes para o uso do solo na região onde se localiza o imóvel a ser loteado, contendo o traçado dos lotes, do sistema viário, dos espaços livres e das áreas reservadas para o equipamento urbano e comunitário, tudo de acordo com o quanto estipulado no artigo 6º da Lei 6.766/79.

Art. 6º. Antes da elaboração do projeto de loteamento, o interessado deverá solicitar à Prefeitura Municipal, ou ao Distrito Federal quando for o caso, que defina as diretrizes para o uso do solo, traçado dos lotes, do sistema viário, dos espaços livres e das áreas reservadas para equipamento urbano e comunitário, apresentando, para este fim, requerimento e planta do imóvel contendo, pelo menos:

- I - as divisas da gleba a ser loteada;
- II - as curvas de nível à distância adequada, quando exigidas por lei estadual ou municipal;
- III - a localização dos cursos d'água, bosques e construções existentes;
- IV - a indicação dos arruamentos contíguos a todo o perímetro, a localização das vias de comunicação, das áreas livres, dos equipamentos urbanos e comunitários existentes no local ou em suas adjacências, com as respectivas distâncias da área a ser loteada;
- V - o tipo de uso predominante a que o loteamento se destina;
- VI - as características, dimensões e localização das zonas de uso contíguas.

De posse de todas as diretrizes, cabe ao proprietário do imóvel (loteador) apresentar um projeto contendo desenho com memorial descritivo e o cronograma de execução das obras com duração máxima de quatro anos, junto a Prefeitura Municipal ou Distrital para sua avaliação e a provação, observado as regras estabelecidas nos artigos 6 ao 9 da Lei 6.766/79⁶⁵.

⁶⁵ Art. 7º. A Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, indicará, nas plantas apresentadas junto com o requerimento, de acordo com as diretrizes de planejamento estadual e municipal:

- I - as ruas ou estradas existentes ou projetadas, que compõem o sistema viário da cidade e do município, relacionadas com o loteamento pretendido e a serem respeitadas;
- II - o traçado básico do sistema viário principal;

Ademais, cumpre salientar que a Lei 6.766/79 estabelece, em seu artigo 4º, os requisitos mínimos necessários para a constituição do loteamento, possibilitando inclusive, aos Estados e Municípios, estatuir normas complementares que se adaptem às particularidades de cada região. Aos Municípios também é permitido fixar diretrizes e aprovar os loteamentos⁶⁶.

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.

Art. 4º. **Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:**

I - as áreas destinadas a sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, serão proporcionais à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situem;

II - os lotes terão área mínima de 125m² (cento e vinte e cinco metros quadrados) e frente mínima de 5 (cinco) metros, salvo quando o loteamento se destinar a urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social, previamente aprovados pelos órgãos públicos competentes;

III - ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias e ferrovias, será obrigatória a reserva de uma faixa não-edificável de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica;

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

§ 1 A legislação municipal definirá, para cada zona em que se divida o território do Município, os usos permitidos e os índices urbanísticos de

III - a localização aproximada dos terrenos destinados a equipamento urbano e comunitário e das áreas livres de uso público;

IV - as faixas sanitárias do terreno necessárias ao escoamento das águas pluviais e as faixas não edificáveis;

V - a zona ou zonas de uso predominante da área, com indicação dos usos compatíveis.

Parágrafo único. As diretrizes expedidas vigorarão pelo prazo máximo de quatro anos.

Art. 8º Os Municípios com menos de cinquenta mil habitantes e aqueles cujo plano diretor contiver diretrizes de urbanização para a zona em que se situe o parcelamento poderão dispensar, por lei, a fase de fixação de diretrizes previstas nos arts. 6º e 7º desta Lei.

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

⁶⁶ AZEVEDO, Marcelo Sampaio Soares de. *O loteamento fechado na legislação municipal*. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 10

parcelamento e ocupação do solo, que incluirão, obrigatoriamente, as áreas mínimas e máximas de lotes e os coeficientes máximos de aproveitamento.

§ 2º - Consideram-se comunitários os equipamentos públicos de educação, cultura, saúde, lazer e similares.

§ 3 Se necessária, a reserva de faixa não-edificável vinculada a dutovias será exigida no âmbito do respectivo licenciamento ambiental, observados critérios e parâmetros que garantam a segurança da população e a proteção do meio ambiente, conforme estabelecido nas normas técnicas pertinentes. (Grifamos)

Com o transcurso do prazo para a avaliação e aprovação do projeto pela autoridade competente, nos termos do artigo 12 da Lei 6.766/79, e, após a efetiva aprovação do mesmo, os espaços livres de uso comum, as áreas verdes, as vias, as praças, as áreas destinadas a edifícios públicos e/ou equipamentos urbanos devem ser transferidos ao domínio público, quando do registro do loteamento junto ao Cartório de Registro de Imóveis. Posteriormente o loteador não poderá alterar sua destinação, salvo nas hipóteses de caducidade da licença ou desistência do loteador⁶⁷.

Com a aprovação do projeto junto a Prefeitura Municipal ou Distrital, será expedido o alvará pela autoridade competente, cabendo ao loteador submete-lo ao registro imobiliário no prazo de 180 (cento e oitenta) dias acompanhado dos documentos essenciais elencados no artigo 18 da Lei 6.766/79.

Desta forma, o loteador, no ato do registro do loteamento, deve apresentar o título de propriedade do imóvel ou certidão da matrícula obtida junto ao Cartório de Registro de Imóveis da Comarca do Município onde se localiza o imóvel a ser loteado, pois é através desse documento que se comprova a legitimidade do atual proprietário (loteador), bem como possibilita a verificação da existência de eventual hipoteca, servidão, ou qualquer outro problema que impeça a subdivisão do terreno. Além da matrícula do imóvel a ser loteado, necessário se faz a apresentação de uma cópia do mapa e memorial descritivo do imóvel, onde constam as medidas, as áreas que possibilitam a verificação das confrontações e do cálculo da área.

⁶⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano: Lei 6.766/79 e 9.785/99*. 6ª edição, São Paulo: RT, 2003. p.48

Com a devida comprovação da propriedade do imóvel, surge a necessidade de se verificar a situação do imóvel e de seu proprietário quanto a eventuais débitos junto a Receita Federal, Estadual e Municipal. Para tanto, no ato do registro do loteamento junto ao Cartório de Registro de Imóveis, imperioso se torna a apresentação do histórico dos títulos de propriedade do imóvel, abrangendo os últimos 20 (vintes anos), acompanhados dos respectivos comprovantes, bem como de certidões negativas de tributos federais, estaduais e municipais incidentes sobre o imóvel, além da apresentação de certidões negativas de ações reais referentes ao imóvel, pelo período de 10 (dez) anos; de certidões negativas de ações penais com respeito ao crime contra o patrimônio e contra a Administração Pública; de certidões dos cartórios de protestos de títulos, em nome do loteador, pelo período de 10 (dez) anos; de certidões de ações pessoais relativas ao loteador, pelo período de 10 (dez) anos; de certidões de ônus reais relativos ao imóvel e de ações penais contra o loteador, pelo período de 10 (dez) anos.

Além dos documentos já mencionados, indispensável se faz, no ato do registro, a apresentação da Certidão de Anuência Municipal, ou seja, uma cópia do ato de aprovação do loteamento e do comprovante do termo de verificação pela Prefeitura Municipal ou pelo Distrito Federal, da execução das obras exigidas pela legislação municipal, que incluem, no mínimo, a execução das vias de circulação do loteamento, demarcação dos lotes, quadras e logradouros e das obras de escoamento das águas pluviais ou da aprovação de um cronograma, com a duração máxima de quatro anos, acompanhado de competente instrumento de garantia para a execução das obras⁶⁸.

Por fim, deve o loteador apresentar o exemplar do contrato padrão de promessa de venda, ou de cessão ou de promessa de cessão, no qual constarão obrigatoriamente as indicações previstas no artigo 26 da Lei 6.766/79 e a declaração do cônjuge do requerente de que consente no registro desse loteamento.

⁶⁸ STODULSKI, Leocir. **Manual de Aprovação de Loteamento**. 2006. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAfRqMAE/manual-aprovacao-loteamento>>. Acesso em: 02 ago. 2014.

1.1.3 Restrições do Loteamento

Considerando-se que compete a autoridade municipal ou distrital a fixação das diretrizes de disposição do solo e de seus elementos de urbanização, o loteador ao apresentar um projeto de loteamento junto a Prefeitura, deve, além de juntar os documentos necessários exigidos por lei, analisados no item 1.1.2, estabelecer uma destinação a esse loteamento, em outras palavras, deve apontar qual o modo e a forma de utilização dos lotes.

Essa destinação dos loteamentos urbanos pode ser estabelecida por meio de dois tipos de restrições: as convencionais à edificação e a legais. As restrições convencionais são aquelas pré-determinadas pelo próprio loteador quando da apresentação do projeto de loteamento junto à autoridade competente. Já as restrições legais são as relativas às normas de ordem pública, de imposições urbanísticas, ou seja, são aquelas impostas pelas leis municipais urbanísticas, com validade para todas as edificações do Município e variáveis conforme a região da cidade⁶⁹.

As restrições convencionais, com fundamento no inciso VII, do artigo 26 da Lei 6.766/79, devem ser arquivadas junto ao Cartório de Registro de Imóveis, bem como transcritas nas escrituras de compra e venda dos lotes como cláusulas urbanísticas e obrigações unilaterais a serem observadas por todos os futuros adquirentes dos lotes, inclusive pela própria Prefeitura que o aprovou.⁷⁰

Hely Lopes Meirelles, quando trata da questão nos ensina que:

⁶⁹ VALÉSI, Raquel Helena. *O Loteamento Fechado e o Rateio das Despesas Comuns*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 53-55

⁷⁰ Direito de construir – Demolição – Loteamento – Restrição Convencional imposta pelo Loteador – Obrigação *propter rem* – projeto aprovado observando tais restrições – Obrigação comum assumida pelo proprietário de executar obra segundo o projeto aprovado – Descumprimento da Obrigação – Irrelevância da concessão do “habite-se” pela Prefeitura Municipal, em decorrência de lei de anistia das construções irregulares – Ato Jurídico perfeito e acabado, que está incólume aos efeitos da lei (art. 5º, XXXVI, da CF) – Recurso provido – *In* TJSP – 9ª Cam. Ap. Cível 63.745-4/5 – Barueri/SP, rel. Des. Ruiter Oliva. j. 21.10.97, v.u., BAASP 2050/113-e. *In* VALÉSI, Raquel Helena. *O Loteamento Fechado e o Rateio das Despesas Comuns*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 54

Restrições convencionais são as que o loteador estabelece no plano de loteamento, arquiva no Registro Imobiliário e transcreve nas escrituras de alienação dos lotes como cláusulas urbanísticas a serem observadas por todos em defesa do bairro, inclusive a Prefeitura que as aprovou. Por isso, quem adquire lote diretamente do loteador ou de seus sucessores deve observância a todas as restrições convencionais do loteamento, para preservação de suas características originárias, ainda que omitidas nas escrituras subsequentes, porque o que prevalece são as cláusulas iniciais do plano de urbanização⁷¹.

Importante se faz ressaltar que essas restrições convencionais não são ilimitadas, devem ser supletivas à legislação vigente, em outras palavras, não podem contrariar as leis municipais⁷². Portanto caso haja conflito entre as restrições convencionais estabelecidas pelo loteador e alguma lei municipal, esta última deve prevalecer sempre. Assim preceitua o ilustre jurista Hely Lopes Meirelles:

As restrições legais são as impostas pelas normas edilícias para todas as urbanizações ou especificamente para determinados loteamentos ou certos bairros. Tais restrições, como imposições urbanísticas de ordem pública, têm supremacia sobre as convencionais e as derogam quando o interesse público exigir, alterando as condições iniciais do loteamento, quer para aumentar as limitações originárias, quer para liberalizar as construções e usos até então proibidos. Registre-se, contudo, que restrições convencionais impostas pelo loteador, mais limitativas do que as restrições legais em vigor, devem prevalecer sobre estas porque se entende que o empreendedor imobiliário desejou efetuar uma urbanização superior àquela permitida na área⁷³.

Primordial se faz demonstrar que, quando uma lei municipal for editada após a constituição de um loteamento, e este possuir restrições urbanísticas convencionais que contrariam a referida lei, verifica-se uma celeuma a respeito do tema em nossa jurisprudência. O Superior Tribunal de Justiça tem uma tendência a reputar que as restrições convencionais

⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes. ***Direito de Construir***. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 137. *apud* OLIVEIRA, Márcio André de. **Loteamento - Restrições Convencionais**. 2013. Disponível em: <<http://www.meuadvogado.com.br/entenda/loteamento--restricoes-convencionais.html>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

⁷² Art. 26.

(...)

VII - declaração das restrições urbanísticas convencionais do loteamento, supletivas da legislação pertinente.

⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. ***Direito de Construir***. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 138. *apud* OLIVEIRA, Márcio André de. **Loteamento - Restrições Convencionais**. 2013. Disponível em: <<http://www.meuadvogado.com.br/entenda/loteamento--restricoes-convencionais.html>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

não podem se sobrepor a leis municipais, haja vista que estas são normas de ordem pública⁷⁴.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. RESTRIÇÕES CONVENCIONAIS. PREVALÊNCIA SOBRE NORMAS QUE INSTITUEM LIMITAÇÕES DE ORDEM PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. REPRISTINAÇÃO DOS EFEITOS DE CLÁUSULAS CONVENCIONAIS APÓS TRANSCORRIDOS DÉCADAS DE SUA APOSIÇÃO MANUSCRITA EM ESCRITURA ORIGINAL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. REPRISTINAÇÃO. 1. Restrições convencionais, apostas de forma manuscrita em 1935, em escritura primitiva de compra e venda de imóvel, revogada por força da edição do Decreto-lei n.º 99/41, que instituiu limitações de ordem pública, não poderiam ter seus efeitos repristinados pela Lei n.º 8.001/73, porquanto inexistentes quando da sua edição. 2. Impossibilidade de normas convencionais se sobreporem à limitações de ordem pública. Precedentes. 3. Afrontaria o Princípio da razoabilidade impor ao recorrente a adequação do imóvel às referidas cláusulas, após décadas de ineficácia, porquanto conspiraria contra a ratio essendi do art. 39, da Lei n.º 8.001/73. 4. Efetuando o recorrente modificações no imóvel, em consonância com o Decreto-lei n.º 99/41, muito embora em dissonância com as restrições convencionais, as quais desconhecia porquanto não foram reproduzidas nas escrituras posteriores à original, em nenhuma ilegalidade incorreu. 5. Sob o enfoque da aplicação da lei no tempo, não seria razoável imputar ao recorrente o cometimento de infração à Lei n.º 8.001/73 que, em data posterior à permissibilidade de recuos maiores no imóvel, determinou a prevalência das restrições pretéritas. A Lei n.º 8.001/73, à semelhança de todo e qualquer diploma legal, somente passou a produzir os seus efeitos quanto às restrições convencionais existentes em data posterior à sua edição. 6. A ausência de reprodução das cláusulas convencionais apostas de forma manuscrita em 1935 na escritura original, no instrumento de compra e venda do imóvel e no Registro Imobiliário, contraria o art. 26, da Lei n.º 6.766/79. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (STJ, Relator: Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Data de Julgamento: 02/09/2003, T1 - PRIMEIRA TURMA)

Entretanto, é possível encontrar jurisprudência desse mesmo Egrégio Tribunal, admitindo que as restrições convencionais devem prevalecer sobre eventual lei municipal posterior, sob pena de descumprimento do quanto disposto no artigo 26, inciso VII da Lei 6.766/79, nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E URBANÍSTICO. LOTEAMENTO CITY LAPA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRANOVA. RESTRIÇÕES URBANÍSTICO-AMBIENTAIS CONVENCIONAIS ESTABELECIDAS

⁷⁴ OLIVEIRA, Márcio André de. **Loteamento - Restrições Convencionais**. 2013. Disponível em: <<http://www.meuadvogado.com.br/entenda/loteamento--restricoes-convencionais.html>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

PELO LOTEADOR. ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL EM FAVOR DE TERCEIRO, DE NATUREZA PROPTER REM. DESCUMPRIMENTO. PRÉDIO DE NOVE ANDARES, EM ÁREA ONDE SÓ SE ADMITEM RESIDÊNCIAS UNIFAMILIARES. PEDIDO DEDEMOLIÇÃO. VÍCIO DE LEGALIDADE E DE LEGITIMIDADE DO ALVARÁ. IUS VARIANDI ATRIBUÍDO AO MUNICÍPIO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA NÃO-REGRESSÃO (OU DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO) URBANÍSTICO-AMBIENTAL. VIOLAÇÃO AO ART. 26, VII, DA LEI 6.766/79 (LEI LEHMANN), AO ART. 572 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (ART. 1.299 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002) E À LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. ART. 334, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VOTO-MÉRITO. 1. As restrições urbanístico-ambientais convencionais, historicamente de pouco uso ou respeito no caos das cidades brasileiras, estão em ascensão, entre nós e no Direito Comparado, como veículo de estímulo a um novo consensualismo solidarista, coletivo e intergeracional, tendo por objetivo primário garantir às gerações presentes e futuras espaços de convivência urbana marcados pela qualidade de vida, valor estético, áreas verdes e proteção contra desastres naturais. 2. Nessa renovada dimensão ética, social e jurídica, as restrições urbanístico-ambientais convencionais conformam genuína índole pública, o que lhes confere caráter privado apenas no nome, porquanto não se deve vê-las, de maneira reducionista, tão-só pela ótica do loteador, dos compradores originais, dos contratantes posteriores e dos que venham a ser lindeiros ou vizinhos. 3. O interesse público nas restrições urbanístico-ambientais em loteamentos decorre do conteúdo dos ônus enumerados, mas igualmente do licenciamento do empreendimento pela própria Administração e da extensão de seus efeitos, que iluminam simultaneamente os vizinhos internos (= coletividade menor) e os externos (= coletividade maior), de hoje como do amanhã. 4. As restrições urbanístico-ambientais, ao denotarem, a um só tempo, interesse público e interesse privado, atrelados simbioticamente, incorporam uma natureza *propter rem* no que se refere à sua relação com o imóvel e aos seus efeitos sobre os não-contratantes, uma verdadeira estipulação em favor de terceiros (individual e coletivamente falando), sem que os proprietários-sucedores e o próprio empreendedor imobiliário original percam o poder e a legitimidade de fazer respeitá-las. Nelas, a sábia e prudente voz contratual do passado é preservada, em genuíno consenso intergeracional que antecipa os valores urbanístico-ambientais do presente e veicula as expectativas imaginadas das gerações vindouras. 5. A Lei Lehmann (Lei 6.766/1979) contempla, de maneira expressa, as "restrições urbanísticas convencionais do loteamento, supletivas da legislação pertinente" (art. 26, VII). Do dispositivo legal resulta, assim, que as restrições urbanístico-ambientais legais apresentam-se como normas-piso, sobre as quais e a partir das quais operam e se legitimam as condicionantes contratuais, valendo, em cada área, por isso mesmo, a que for mais restritiva (= regra da maior restrição). 6. Em decorrência do princípio da prevalência da lei sobre o negócio jurídico privado, as restrições urbanístico-ambientais convencionais devem estar em harmonia e ser compatíveis com os valores e exigências da Constituição Federal, da Constituição Estadual e das normas infraconstitucionais que regem o uso e a ocupação do solo urbano. 7. Negar a legalidade ou legitimidade de restrições urbanístico-ambientais convencionais, mais rígidas que as legais, implicaria recusar cumprimento ao art. 26, VII, da Lei Lehmann, o que abriria à especulação imobiliária ilhas verdes solitárias de São Paulo (e de outras cidades brasileiras), como o Jardim Europa, o Jardim América, o Pacaembu, o Alto de Pinheiros e, no caso dos autos, o Alto da Lapa e a Bela Aliança (City Lapa). 8. As cláusulas

urbanístico-ambientais convencionais, mais rígidas que as restrições legais, correspondem a inequívoco direito dos moradores de um bairro ou região de optarem por espaços verdes, controle do adensamento e da verticalização, melhoria da estética urbana e sossego. 9. A Administração não fica refém dos acordos "egoísticos" firmados pelos loteadores, pois reserva para si um ius variandi, sob cuja égide as restrições urbanístico-ambientais podem ser ampliadas ou, excepcionalmente, afrouxadas. 10. O relaxamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais convencionais, permitido na esteira do ius variandi de que é titular o Poder Público, demanda, por ser absolutamente fora do comum, ampla e forte motivação lastreada em clamoroso interesse público, postura incompatível com a submissão do Administrador a necessidades casuísticas de momento, interesses especulativos ou vantagens comerciais dos agentes econômicos. 11. O exercício do ius variandi, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se ao princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes. 12. Além do abuso de direito, de ofensa ao interesse público ou inconciliabilidade com a função social da propriedade, outros motivos determinantes, sindicáveis judicialmente, para o afastamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais podem ser enumerados: a) a transformação do próprio caráter do direito de propriedade em questão (quando o legislador, p. ex., por razões de ordem pública, proíbe certos tipos de restrições), b) a modificação irrefutável, profunda e irreversível do aspecto ou destinação do bairro ou região; c) o obsolescência valorativo ou técnico (surgimento de novos valores sociais ou de capacidade tecnológica que desconstitui a necessidade e a legitimidade do ônus), e d) a perda do benefício prático ou substantivo da restrição. 13. O ato do servidor responsável pela concessão de licenças de construção não pode, a toda evidência, suplantam a legislação urbanística que prestigia a regra da maior restrição. À luz dos princípios e rédeas prevalentes no Estado Democrático de Direito, impossível admitir que funcionário, ao arremetimento da legislação federal (Lei Lehmann), possa revogar, pela porta dos fundos e casuisticamente, conforme a cara do freguês, as convenções particulares firmadas nos registros imobiliários. 14. A regra da maior restrição (ou, para usar a expressão da Lei Lehmann, restrições "supletivas da legislação pertinente") é de amplo conhecimento do mercado imobiliário, já que, sobretudo no Estado de São Paulo, foi reiteradamente prestigiada em inúmeros precedentes da Corregedoria-Geral de Justiça, em processos administrativos relativos a Cartórios de Imóveis, além de julgados proferidos na jurisdição contenciosa. 15. Irrelevante que as restrições convencionais não constem do contrato de compra e venda firmado entre a incorporadora construtora e o proprietário atual do terreno. No campo imobiliário, para quem quer saber o que precisa saber, ou confirmar o que é de conhecimento público, basta examinar a matrícula do imóvel para aferir as restrições que sobre ele incidem, cautela básica até para que o adquirente verifique a cadeia dominial, assegure-se da validade da alienação e possa, futuramente, alegar sua boa-fé. Ao contrato de compra e venda não se confere a força de eliminar do mundo jurídico as regras convencionais fixadas no momento do loteamento e constantes da matrícula do imóvel ou dos termos do licenciamento urbanístico-ambiental. Aqui, como de resto em todo o Direito,

a ninguém é dado transferir o que não tem ou algo de que não dispõe –nem o dat quod non habet. 16. Aberrações fáticas ou jurídicas, em qualquer campo da vida em sociedade, de tão notórias e auto-evidentes falam por si mesmas e independem de prova, especializada ou não (Código de Processo Civil, art. 334, I), tanto mais quando o especialista empresário, com o apoio do Administrador desidioso e, infelizmente, por vezes corrupto, alega ignorância daquilo que é do conhecimento de todos, mesmo dos cidadãos comuns. 17. Condenará a ordem jurídica à desmoralização e ao descrédito o juiz que legitimar o rompimento odioso e desarrazoado do princípio da isonomia, ao admitir que restrições urbanístico-ambientais, legais ou convencionais, valham para todos, à exceção de uns poucos privilegiados ou mais espertos. O descompasso entre o comportamento de milhares de pessoas cumpridoras de seus deveres e responsabilidades sociais e a astúcia especulativa de alguns basta para afastar qualquer pretensão de boa-fé objetiva ou de ação inocente. 18. O Judiciário não desenha, constrói ou administra cidades, o que não quer dizer que nada possa fazer em seu favor. Nenhum juiz, por maior que seja seu interesse, conhecimento ou habilidade nas artes do planejamento urbano, da arquitetura e do paisagismo, reservará para si algo além do que o simples papel de engenheiro do discurso jurídico. E, sabemos, cidades não se erguem, nem evoluem, à custa de palavras. Mas palavras ditas por juízes podem, sim, estimular a destruição ou legitimar a conservação, referendar a especulação ou garantir a qualidade urbanístico-ambiental, consolidar erros do passado, repeti-los no presente, ou viabilizar um futuro sustentável. 19. Recurso Especial não provido. (STJ, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 26/08/2010, T2 - SEGUNDA TURMA)

Assim, na tentativa de sanar essa divergência jurisprudencial, o Município de São Paulo, por exemplo, editou a Lei Municipal nº 8.001/73 com as alterações empreendidas pela Lei nº 13.885/04, para estabelecer, em caso de conflito entre a legislação municipal e as restrições convencionais, a prevalência daquela que se apresente mais restritiva, de modo a preservar os interesses públicos e privados envolvidos e afastar futuras e eventuais lides a esse respeito⁷⁵.

1.2 Legislação aplicável ao parcelamento de solo.

Este tópico tem o intuito esclarecer quais são as leis aplicáveis ao parcelamento do solo, bem como apontar eventuais revogações (derrogações ou ab-rogações), haja vista o vasto rol de legislações que regulamentam a matéria em questão.

⁷⁵ OLIVEIRA, Márcio André de. **Loteamento - Restrições Convencionais**. 2013. Disponível em: <<http://www.meuadvogado.com.br/entenda/loteamento--restricoes-convencionais.html>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

Conforme já visto nos itens anteriores, a primeira lei a discorrer sobre a matéria foi o Decreto-Lei nº 58/37, o qual foi considerado como um grande marco no ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito às relações entre os loteadores e os adquirentes dos lotes, haja vista a completa ausência de normas a versar sobre a questão naquela época. Porém este decreto, apesar de inovador, restou pouco eficiente para disciplinar as questões relativas aos loteamentos, devida a sua total omissão na definição deste instituto, e na previsão de sanções contra eventuais descumprimentos das regras por ele previstas.

Importante destacar que, antes da edição do Decreto-Lei nº 58/37, aos loteadores era permitido o “descumprimento” do contrato de compra e venda de lotes (o chamado arrendimento), possibilitando a eles optar pelo pagamento de perdas e danos (devolução do preço em dobro) aos adquirentes dos lotes ao invés de outorgarem a escritura definitiva dos mesmos. Portanto, somente com a edição desse decreto, é que o compromisso de compra e venda de imóveis loteados passou a ter caráter irrevogável.

Posteriormente a alteração da redação do artigo 22 do Decreto-lei 58/37, por meio da edição da Lei 649/49, estendeu-se essa a proteção aos compromissários compradores de imóveis não loteados, proporcionando aos futuros adquirentes, desde que devidamente registrado o contrato de compra e venda o direito à ação de adjudicação compulsória.

Mas adiante, em meados da década de 60, no período da ditadura militar, foi editado o Decreto-lei 271/67 no esforço de se aperfeiçoar as regulamentações sobre o parcelamento do solo, bem como na tentativa de solucionar os conflitos não abarcados nas legislações anteriores. Neste período, esse decreto passou a ser a legislação mais completa sobre o tema, vez que dentre outras regras, estabeleceu o conceito legal de parcelamento de solo, transformando-o em gênero, das espécies loteamento e desmembramento, e, ainda previu aplicações de sanções aos descumprimentos às normas por ele estabelecidas.

Finalmente, em 19 de dezembro de 1979 foi publicada a Lei 6.766/79, chamada Lei de Parcelamento do Solo Urbano, que sedimentou gradativamente as normas gerais de ordem federal, civil, urbanística e penal relativas à matéria, priorizando o interesse público sobre o privado. Com edição dessa lei, necessário se faz o exame de possíveis revogações as legislações anteriores, haja vista o quanto previsto no artigo 55 do referido diploma, o qual estabelece a revogação de quaisquer disposições contrárias a ela.

Os Decretos-Leis 58/37 e 271/67 tiveram grande parte de seus conteúdos derogados⁷⁶ pela Lei 6.766/79, como, por exemplo, a questão da definição de loteamento e desmembramento (artigo 1º, §§ 1º e 2º, do Decreto-lei 271/67), bem como em relação a aspectos relativos a matérias não pertinentes ao parcelamento do solo urbano⁷⁷. Frisa-se que os loteamentos com fins rurais permanecem sendo regulamentados pelo Decreto-Lei 58/37

Nesse prisma, importante destacar que outros preceitos, como o artigo 3º do Decreto-Lei 271/67, que estabelece a aplicação da Lei 4.591/64 aos loteamentos, equiparando-se o loteador ao incorporador, os compradores de lotes aos condôminos e as obras de infraestrutura à construção de edificação, bem como o artigo 7º do mesmo diploma legal, que prevê a concessão de direito real de uso de terrenos, continuam vigentes até os dias de hoje. Nesse sentido Toshio Mukai⁷⁸. afirma:

Pela primeira vez a União editou através da Lei nº 6.766, de 1979, normas urbanísticas gerais, fazendo uso de sua competência concorrente neste campo do exercício do poder de polícia, defluente da própria Constituição. Essa lei veio substituir com vantagens, portanto, o Decreto-Lei nº 58/37, que apenas é aplicável desde 1979, aos parcelamentos, para fins rurais. Por sua vez, o Decreto-Lei nº 271, de 1967, também está revogado no pertinente a loteamentos e desmembramentos urbanos. Subsiste apenas no que dispõe sobre concessão de direito real de uso (arts. 7º e 8º)

Edésio Fernandes afirma que não há que se falar em reforma urbana sem relaciona-la a reforma jurídica, em outras palavras, necessário se faz uma reestruturação das normas existentes, para uma melhor aplicação destas a realidade dos grandes centros urbanos. Esse raciocínio é facilmente constatado quando analisamos a Lei 6.766/79 antes da vigência da Constituição Federal de 1988, uma vez que somente com a promulgação desta, que incorporou normas que traçam diretrizes de desenvolvimento urbano, ordenação das cidades, política das funções sociais da cidade e da garantia do bem-estar dos seus habitantes das cidades, é que a primeira, com o apoio da última, atingiu a finalidade de ordenação do solo

⁷⁶ Derrogação é tornar sem efeito parte da norma anterior.

⁷⁷ HORN, Daniel Colombo Gentil. **O Parcelamento do Solo Urbano em Questão: Experiências Alternativas ao Esgotamento de um Modelo e Perspectivas na Nova Ordem Jurídico-urbanística**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/daniel_colombo.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2014.

⁷⁸ MUKAI, Toshio e outros. **Loteamentos e Desmembramentos Urbanos - Comentários à Nova Lei nº 6.766, de 19/12/1979**, Sugestões Literárias, São Paulo: 1980. p.91.

urbano e alcance da função social da propriedade⁷⁹. (artigo 30, inciso VIII e artigos 182 e 183 da Constituição Federal).

A Lei 6.766/79, com respaldo na Constituição Federal de 1988, foi modificada pela Lei 9.785/99 no tocante aos requisitos urbanísticos para constituição, aprovação e implantação de loteamentos urbanos. A principal alteração é a relativa ao caso do percentual mínimo de transferência de áreas, destinadas aos sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, ao domínio do Município ou do Distrito, haja vista que, este percentual era fixado em 35%, da área da gleba a ser loteada, trespassando para a obediência ao critério da proporcionalidade entre as áreas públicas e a densidade populacional esperada, tudo em conformidade com o plano diretor de cada município e/ou distrito.

Rogério Gesta Leal⁸⁰ ressalta a importância da Lei 9.785/99, como a primeira ordem jurídica de transformação do antigo modelo de parcelamento do solo urbano, pois esta estabeleceu que os parcelamentos de solo vinculados a programas habitacionais populares, bem como sua regularização, devido ao atendimento ao direito à moradia, passariam a ser de interesse público e social. Senão vejamos:

Podemos dizer, após todo o ponderado, que os objetivos específicos da política urbana delineados pela Carta Política de 1988, nos artigos anteriormente referidos, configuram a obrigação do Estado – fundamentalmente do Município – de promover a defesa dos interesses de sua comunidade em toda sua extensão, aqui envolvendo o tema dos direitos humanos e fundamentais. Em outras palavras, objetivamente, as funções sociais da cidade compreendem - a partir do texto normativo – o acesso de todos à moradia, aos serviços urbanos, ao transporte, ao saneamento, à

⁷⁹ HORN, Daniel Colombo Gentil. **O Parcelamento do Solo Urbano em Questão: Experiências Alternativas ao Esgotamento de um Modelo e Perspectivas na Nova Ordem Jurídico-urbanística**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/daniel_colombo.pdf>.

Acesso em: 04 ago. 2014

⁸⁰ LEAL, Rogério Gesta. **Direito Urbanístico. Condições e Possibilidades da Constituição do Espaço Urbano**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, páginas 207/208. *Apud* HORN, Daniel Colombo Gentil. **O Parcelamento do Solo Urbano em Questão: Experiências Alternativas ao Esgotamento de um Modelo e Perspectivas na Nova Ordem Jurídico-urbanística**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/daniel_colombo.pdf>.

Acesso em: 04 ago. 2014

saúde, etc., sendo da maior relevância que também as normas ambientais sejam respeitadas.

(...)

De qualquer sorte, no que tange à legislação sobre o parcelamento do solo urbano, é louvável a tentativa de modernizar a antiga Lei nº 6.766/79, ao editar o governo federal a Lei nº 9.785/1999.

Os artigos 182 e 183 da Constituição Federal foram devidamente regulamentados por meio da edição do Estatuto da Cidade - Lei 10.257/01, que prevê regras gerais de desenvolvimento da política urbana, das funções sociais da cidade, da propriedade urbana, sempre respeitando as normas gerais dos Estados e Municípios incorporadas ao Plano Diretor e nas leis de ocupação do solo urbano.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a principal legislação aplicável ao parcelamento do solo urbano é a Lei Federal 6.766/79, norma que definiu as diretrizes gerais do parcelamento do solo urbano, bem como estabeleceu as regras gerais do direito urbanístico, priorizando o interesse coletivo em detrimento do individual. Porém, ressalta-se que, os dispositivos dos Decretos-Lei 58/37 e 271/67, não derogados pela edição da referida lei (artigos 3º e 7º do Decreto-Lei 271/67), permanecem aplicáveis naquilo que couberem.

2. Considerações Gerais sobre Condomínios

Num primeiro momento, antes de analisar o loteamento fechado e suas particularidades, faz-se necessário algumas considerações a cerca dos condomínios em geral, bem como de algumas de suas espécies.

O vocábulo condomínio tem derivação do latim na palavra *condominium*. Para melhor compreensão desse termo, imprescindível seu desmembramento em “*com*” (junto) e “*dominium*” (poder sobre governo ou comando). A expressão *dominium* tem origem na palavra *dominus* (senhor) e esta por sua vez em *domus* (casa), portanto, pode-se concluir que condomínio é uma “propriedade comum”⁸¹.

⁸¹ REZENDE, Afonso Celso F.; FREDERICO, Alencar; MORETI, Luiz Geraldo. ***Incorporação Imobiliária, Instituição de Condomínios e Loteamentos Urbanos: Prática nos Processos***. 11. ed. Campinas: Millennium, 2013. p. 7

Condomínio pode ser conceituado como uma modalidade de comunhão específica do direito das coisas⁸², ou seja, pode ser considerado como uma comunhão de direitos, deveres e principalmente interesses sobre um determinado bem, de propriedade de mais de uma pessoa.

Carlos Roberto Gonçalves⁸³, assim conceitua o instituto do condomínio:

Em regra, a propriedade de qualquer coisa pertence a uma só pessoa. Pode-se dizer que a noção tradicional de propriedade está ligada à ideia de assenhoreamento de um bem, com exclusão de qualquer outro sujeito. Mas há casos em que uma coisa pertence a duas ou mais pessoas simultaneamente. Essa situação é designada por indivisão, compropriedade, comunhão ou condomínio.

Nos dizeres Pedro Elias Avvad⁸⁴, o condomínio ocorre quando um mesmo bem divide propriedade com mais de um indivíduo, onde cada um destes tem direitos iguais sobre todo o bem e cada uma de suas partes. Nessa mesma linha, Maria Helena Diniz⁸⁵, defende que condomínio ocorre “quando a mesma coisa pertence a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual direito, idealmente, sobre o todo e cada uma das partes”.

O instituto do condomínio encontra previsão no Código Civil nos artigos 1.314 a 1.330. O atual Código optou por adotar a teoria da propriedade integral, ou seja, todos os condôminos podem usar o bem de acordo com sua destinação, e sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la (artigo 1.314 do CC).

⁸² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.p. 295

⁸³ GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. V.5. p. 356. *apud* BAROUCHE, Tônia de Oliveira; MILÃO, Diego Antônio Perini. **A Responsabilidade no Condomínio Edifício**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10671&revista_caderno=7>. Acesso em: 2 ago. 2014.

⁸⁴ AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário: Teoria Geral e Negócios Imobiliários**. 3ª. ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 153

⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 514 *apud* FAZANO, Haroldo Guilherme Vieira. **Da Propriedade Horizontal e Vertical**. 2ª ed. Leme: J. H. Mizuno, 2014. p. 70.

Este instituto pode ser dividido quanto a sua origem, quanto ao seu objeto, quanto a sua necessidade e quanto a sua forma⁸⁶. Ao classificar os condomínios quanto a sua origem verifica-se a existência de duas espécies: convencional (ou voluntário) e incidente (ou accidental). O condomínio voluntário (ou convencional), previsto no artigo 1.314 e seguintes do Código Civil, é aquele resultante do acordo de vontades dos interessados, onde mais de um indivíduo adquire ou coloca um bem em comum para dele usar e gozar e dispor. Já o condomínio accidental (ou involuntário ou necessário), disposto nos artigos 1.327 e seguintes do Código Civil, pode ser definido como aquele cuja criação ocorre sem, ou até mesmo contra a vontade dos condôminos, como por exemplo, nos casos de recebimento de herança de coisa indivisa por vários herdeiros, nos casos dos muros, cercas e valas comuns, dentre outros⁸⁷.

A classificação do instituto condomínio quanto ao seu objeto pode ser dividida em comunhão universal, quando esta comunhão abarcar a totalidade da res, compreendendo inclusive seus frutos e rendimentos, como no caso da comunhão hereditária⁸⁸; e comunhão parcial ou singular, quando esta comunhão se restringir a determinadas coisas ou efeitos, ficando livres os demais⁸⁹.

Com relação à necessidade, os condomínios podem ser divididos em: ordinário ou transitório e permanente. Os primeiros são aqueles cuja vigência é estabelecida através de

⁸⁶ MENEZES, Rafael de. **Direitos Reais**. Disponível em: <<http://rafaeldemenezes.adv.br/assunto/Direitos-Reais/7/aula/15>>. Acesso em: 3 ago. 2014.

⁸⁷ 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.

§ 1º Os intervalos, muros, cercas e os tapumes divisórios, tais como sebes vivas, cercas de arame ou de madeira, valas ou banquetas, presumem-se, até prova em contrário, pertencer a ambos os proprietários confinantes, sendo estes obrigados, de conformidade com os costumes da localidade, a concorrer, em partes iguais, para as despesas de sua construção e conservação.

Art. 1.327. O condomínio por meação de paredes, cercas, muros e valas regula-se pelo disposto neste Código (arts. 1.297 e 1.298; 1.304 a 1.307).

⁸⁸ Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.

Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.

⁸⁹ MENEZES, Rafael de. **Direitos Reais**. Disponível em: <<http://rafaeldemenezes.adv.br/assunto/Direitos-Reais/7/aula/15>>. Acesso em: 3 ago. 2014.

uma convenção entre as partes ou enquanto não for extinto, haja vista que pode ser sobrestado a qualquer momento, nos termos do artigo 1.320 do Código Civil. Os condomínios permanentes são aqueles inaptos à extinção pela própria natureza da coisa ou em decorrência do exercício do direito comum⁹⁰.

Quanto a sua forma, os condomínios podem ser classificados como pro divisos ou pro indivisos. Os pro divisos, segundo Venosa⁹¹, são aqueles com mera aparência de condomínio, haja vista que cada condômino exerce exclusivamente o direito de propriedade sobre uma parte determinada, como no caso dos edifícios, pois cada unidade autônoma (apartamento) é independente das demais. Os pro indivisos, ao contrário dos pro divisos, não possuem essa identificação de partes para cada condômino, ou seja, todos exercem o direito de propriedade sobre toda a coisa.

O atual Código Civil, além de elencar as espécies de condomínio acima mencionadas, prevê no artigo 1.331 e seguintes, outra modalidade desse instituto, o chamando condomínio edilício. Por condomínio edilício entende-se aquele que possui partes comuns e partes exclusivas, é tecnicamente a situação em que sobre uma comunhão exclusiva, as propriedades exclusivas estão incrustadas em uma propriedade comum.

2.1 Condomínio de Fato

Este item tem o objetivo de analisar o instituto do condomínio de fato com enfoque em seus aspectos gerais como definição, natureza jurídica e legislação aplicável, porém sem se enraizar muito nos aspectos específicos da matéria tratada, haja vista não ser este o objetivo do presente trabalho. Essa análise apenas servirá de base para o estudo do instituto do loteamento fechado.

Para começar necessário se faz destacar que um dos primeiros estudiosos a tratar especificamente sobre esse instituto foi a Professora Danielle Machado Soares, em sua dissertação de Mestrado em Direito Civil na Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ).

⁹⁰ AVVAD, Pedro Elias. *Direito Imobiliário: Teoria Geral e Negócios Imobiliários*. 3ª. ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 154

⁹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 299.

Portanto neste tópico, a explanação sobre o condomínio de fato, irá se fundamentar em suas percepções e conclusões sobre o referido instituto, buscando apontar eventuais opiniões divergentes sobre o tema.

O desenvolvimento das relações sociais e econômicas dos grandes centros urbanos influenciou no surgimento de novos fenômenos sociais, como o caso do instituto do condomínio de fato. Essa também é a percepção da Ilustre Professora Danielle Machado Soares⁹², quando afirma que seu surgimento se deu em decorrência do crescimento irregular das cidades, do aumento da violência e da acomodação do Poder Público no fornecimento de modo satisfatório, dos serviços básicos a população dos centros urbanos, provocando assim, inúmeros problemas sociais, econômicos e jurídicos, como: insegurança, a falta de saneamento básico, a falta de conservação de vias públicas, dentre outros.

Esse acomodamento da autoridade pública pode ser considerado o principal fundamento de origem desse instituto, vez que os proprietários de imóveis individuais, na tentativa de solucionar a falta de prestação de serviços públicos essenciais, reúnem-se informalmente, para exercer a “propriedade” sobre determinadas áreas de domínio público, como ruas e praças, agindo como “condôminos” dessas áreas.

Esse instituto pode ser facilmente encontrado em regiões em que os imóveis localizam-se em ruas sem saída. Nesses casos, os proprietários desses imóveis, normalmente, instalam, em diversos pontos do logradouro, cabines, câmeras de segurança e portões, sob a premissa de aumentar a segurança dos moradores, proibindo, muitas vezes, a circulação de pessoas estranhas ou não autorizadas nesses locais. Para tanto, estes moradores organizam-se por meio de uma associação de moradores, a fim de fiscalizar a prestação desses serviços, bem como dividir os custos de manutenção e instalação dos mesmos. Logo, temos a constituição do chamado condomínio de fato, também denominado condomínio por adesão ou irregular.

⁹² SOARES, Danielle Machado. *Condomínio de Fato: Incidência do Princípio da Autonomia Privada nas Relações Jurídicas Reais*. Rio de Janeiro: Renovar. 1999. p. 82. *Apud* VIEIRA, Renato de Lima. *Condomínios de Fato e de Direito*. 2014. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13289>. Acesso em: 3 ago. 2014.

Na visão de Danielle Soares este instituto tem natureza dúplice e híbrida, haja vista que se forma por meio da fusão de características do loteamento fechado e do condomínio horizontal⁹³, bem como mescla elementos do direito obrigacional e do direito real.

Após a constituição do condomínio de fato, pode, eventualmente surgir recusas, por parte de alguns proprietários, em participarem dessa associação de moradores. É exatamente nesse ponto que ocorre a separação entre os simpatizantes e opositores ao instituto. Seus opositores alegam que seria impossível a privatização dos espaços, vias e serviços públicos, salvo nos casos de concessão, cessão de uso ou permissão, sustentando a prevalência do princípio constitucional da liberdade associativa, conferida pelo inciso XX do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”. Já a corrente adepta ao instituto defende a validade dessa associação e do compromisso assumido, não como uma obrigação *propter rem*, mas em virtude das restrições ao direito de propriedade, sugestionando seu uso em proveito da coletividade⁹⁴.

Cumpre salientar que, este instituto ainda não foi devidamente regulamentado pelo ordenamento jurídico brasileiro, apesar de ser uma realidade nos grandes centros populacionais do nosso país, o que acabou por gerar diversos problemas sociais e jurídicos, como, por exemplo, a impossibilidade, em princípio, de registrar a “convenção” desses condomínios no Cartório de Registro de Imóveis, gerando sua ineficácia perante terceiros, nos termos do paragrafo único do artigo 1.333 do Código Civil⁹⁵.

Portanto, ante a ausência de regulamentação legal do instituto, necessário se faz analisar o comportamento da jurisprudência e do direito administrativo municipal para solução dos problemas decorrentes dessa “apropriação” e “restrição” uso de bens de uso

⁹³ MAIA, Luciano Soares. **Direitos Reais e Condomínio de Fato**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciano_soares_maia2.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2014.

⁹⁴ AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário: Teoria Geral e Negócios Imobiliários**. 3ª. ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 202/203.

⁹⁵ Art. 1.333. A convenção que constitui o condomínio edilício deve ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais e torna-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção.

Parágrafo único. Para ser oponível contra terceiros, a convenção do condomínio deverá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

comum do povo por particulares, e ainda dos problemas relacionados às associações de moradores.

No levantamento das decisões judiciais sobre o tema, é possível encontrar decisões favoráveis ao condomínio de fato. Destaca-se, por exemplo, a decisão da Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na apelação cível n.º 7.677/1993, de relatoria do Des. Azeredo da Silveira, que preconiza: “Esse condomínio de fato tem existência real. Presta serviços. Faz despesas. O apelado com o demais criou-o e, unilateralmente, resolveu abandoná-lo. Ocorre que pela natureza dos serviços que são prestados, é incabível esse repúdio. Não cabe aqui alegação de infringência do art. 5º, XX, da CF. Na hipótese, cuida-se de serviços de uma comunidade da qual o apelado é parte integrante”. E ainda a decisão da Quarta Turma do STJ, no agravo n.º 171.731/RJ/1997, de relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo, que afirma: “Constitui enriquecimento ilícito o não pagamento pelos proprietários dos lotes das despesas havidas e as de conservação e administração do Condomínio – Não se configurando aqui a hipótese de mera associação de moradores como entendeu o voto vencido em que a liberdade de associação tem que ser preservada”⁹⁶.

⁹⁶ SOARES, Danielle Machado. *Condomínio de Fato*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 124/126

CAPÍTULO III - LOTEAMENTO FECHADO

Nos capítulos anteriores, foram analisadas algumas questões sobre o direito de propriedade, bem como sobre parcelamento do solo urbano, sem se enraizar muito nesses temas, haja vista não ser esse o objetivo principal do presente trabalho. Esses esclarecimentos servirão de base para o início do estudo sobre o instituto do loteamento fechado, no que disse respeito a sua definição, natureza jurídica, requisitos, competência legislativa, dentre particularidades.

1. Noções Gerais

O instituto do loteamento fechado surgiu principalmente devido ao crescimento desenfreado e desordenado dos grandes centros urbanos, o que repercutiu negativamente no âmbito social, econômico e estrutural das cidades, prejudicando assim, a prestação dos serviços públicos essenciais, bem como a qualidade de vida urbana.

Na tentativa de solucionar os problemas ocasionados pelo intenso processo de urbanização, como a precariedade do saneamento básico, o aumento da insegurança, o colapso no sistema de transportes e no sistema viário, bem como a ocupação irregular do solo urbano, surge novas modalidades de parcelamento do solo, como por exemplo, o loteamento fechado⁹⁷.

Este instituto tem gerado bastante controvérsia na doutrina quanto a sua existência e aplicação, devido principalmente a falta de previsão legal, porém Hely Lopes Meirelles⁹⁸ admite sua formação, senão vejamos:

⁹⁷ FREI, José Carlos de. **Da Legalidade dos Loteamentos Fechados**. 1998. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/sitioslagos/documentos/ilegalidade.html>>. Acesso em: 04 ago. 2014.

⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 468/469. *Apud* OLIVEIRA, Gustavo Burgos de. **Loteamento, desmembramento, desdobro, loteamento fechado. Condomínio geral, condomínio edilício, condomínio horizontal de lotes e condomínio urbanístico. Noções básicas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1688, 14 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10943>>. Acesso em: 6 ago. 2014

Loteamentos especiais' estão surgindo, principalmente nos arredores das grandes cidades, visando a descongestionar as metrópoles. Para esses loteamentos não há, ainda, legislação superior específica que oriente a sua formação, mas nada impede que os Municípios editem normas urbanísticas locais adequadas a essas urbanizações. E tais são os denominados 'loteamentos fechados', 'loteamentos integrados', 'loteamentos em condomínio', com ingresso só permitido aos moradores e pessoas por eles autorizadas e com equipamentos e serviços urbanos próprios, para auto-suficiência da comunidade. Essas modalidades merecem prosperar. Todavia, impõe-se um regramento legal prévio para disciplinar o sistema de vias internas (que em tais casos não são bens públicos de uso comum do povo) e os encargos de segurança, higiene e conservação das áreas comuns e dos equipamentos de uso coletivo dos moradores, que tanto podem ficar com a Prefeitura como com os dirigentes do núcleo, mediante convenção contratual e remuneração dos serviços por preço ou taxa, conforme o caso

Desta forma, inspirados nesses problemas, alguns empresários do ramo imobiliário, têm se utilizado com frequência do chamado loteamento fechado. Inúmeros empreendimentos imobiliários aprovados sob a forma de loteamentos, regidos pela Lei 6.766/79, apresentam-se visivelmente como condomínios, inclusive com a limitação de acesso às suas áreas internas. A estes empreendimentos se convencionou chamar de loteamentos fechados ou loteamentos atípicos. Estes loteamentos apesar de apresentarem-se aparentemente como um condomínio, regido pela Lei 4.591/64, possuem natureza e regulamentação diversa deste.

O loteamento fechado contém características bem específicas que o diferenciam do loteamento convencional, muito embora, respeite os mesmo requisitos urbanísticos exigidos para a instituição do referido⁹⁹. A ambiguidade existente entre os dois institutos (loteamento convencional e o fechado), decorre da transformação dos loteamentos em verdadeiros condomínios fechados, e, desta forma, apesar de aprovados sob a égide da Lei 6.766/79, passam a ter aparência de condomínio.

Este instituto vem sendo largamente difundido em nosso país, e devido à ausência de regulamentação, tanto no âmbito federal quanto no âmbito municipal, muitas são as discussões a respeito de qual legislação seria aplicável a ele. Alguns empreendimentos são aprovados sob a forma de condomínio horizontal (condomínio de casas ou de apartamentos ou de lotes), os quais são regulados pela Lei 4.591/64, e outros como loteamento, o qual é subordinado a Lei 6.766/79.

⁹⁹ VALÉSI, Raquel Helena. *O Loteamento Fechado e o Rateio das Despesas Comuns*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

Inicialmente, imprescindível se faz, estabelecer quando se dá a constituição de um loteamento fechado, a fim de que não haja confusões entre este instituto, o loteamento convencional e o condomínio horizontal. Portanto, pode-se afirmar que sua instituição ocorre quando suas vias de circulação, bem como os logradouros públicos são garantidos, exclusivamente, aos proprietários e moradores do empreendimento, por meio de permissão ou concessão de uso, conferidos pela autoridade municipal, mesmo que este empreendimento tenha sido instituído pela Lei 6.766/79¹⁰⁰.

Os condomínios de casas ou horizontais são aqueles regidos pela Lei 4.591/64, e configuram-se uma espécie bem “especial” de condomínio, pois combina a propriedade individual (unidades autônomas: casas) com a propriedade coletiva (privada) dos bens de uso comum, ou seja, cada condômino é proprietário exclusivo de sua unidade autônoma e de uma fração ideal do todo. Nesses casos, a constituição desse condomínio horizontal se dá por meio do registro de uma convenção de condomínio no órgão competente¹⁰¹.

Os loteamentos convencionais, como já amplamente analisado no Capítulo II, têm transferido para o domínio da Prefeitura Municipal ou Distrital, seus espaços comuns, vias de

¹⁰⁰ VIANA, Marco Aurélio S. *Loteamento Fechado e Loteamento Horizontal*, Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 29. *apud* VALÉSI, Raquel Helena. *O Loteamento Fechado e o Rateio das Despesas Comuns*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 60.

¹⁰¹ TIMM, Luciano Benetti. Reflexões sobre Loteamento Fechado. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo Direito Imobiliário e Registral**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Cap. 4, p. 66-78.

circulação e logradouros públicos, por meio do instituto do “concurso voluntário”¹⁰². Nesse sentido o ilustre doutrinador Roberto Barro¹⁰³ afirma:

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

Portanto, importante ressaltar que o instituto do loteamento convencional não se confunde com o do condomínio horizontal (regulamentado pelo artigo 8º da Lei 4.591/64)¹⁰⁴.

¹⁰² Barros afirma: “concurso voluntário”, instituto pelo qual “o loteador propõe a Administração do Município aceita a transferência à municipalidade do domínio e posse dos espaços destinados às vias e praças e aos espaços de uso comunitário integrantes do conjunto urbanístico cuja aprovação é proposta. Com pedido de aprovação do loteamento, o particular da início ao processo de formação do “Concurso Voluntário”, por via do qual passarão ao domínio público as áreas destinadas ao sistema de circulação (rua e praças), à implantação de equipamentos urbanos e comunitários (escolas, posto de saúde, etc.), bem como a espaços livres de uso público, de proteção ambiental ou de preservação paisagística”. BARROSO, Roberto. O Município e o Parcelamento do Solo Urbano. **Revista de Direitos Administrativos**, v.194, p. 55 e ss. *Apud* TIMM, Luciano Benetti. Reflexões sobre Loteamento Fechado. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo Direito Imobiliário e Registral**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Cap. 4, p. 66-78

¹⁰³ BARROSO, Roberto. O Município e o Parcelamento do Solo Urbano. **Revista de Direitos Administrativos**, v.194, p. 57. *Apud* TIMM, Luciano Benetti. Reflexões sobre Loteamento Fechado. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo Direito Imobiliário e Registral**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Cap. 4, p. 66-78

¹⁰⁴ Art. 8º Quando, em terreno onde não houver edificação, o proprietário, o promitente comprador, o cessionário deste ou o promitente cessionário sobre ele desejar erigir mais de uma edificação, observar-se-á também o seguinte:

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

A principal diferença entre esses institutos encontra-se no fato de que no loteamento, as áreas coletivas passam ao domínio público da autoridade competente, já nos condomínios horizontais essas áreas coletivas (os espaços comuns, as vias, praças e demais equipamentos) são privadas, ou seja, são de propriedade dos condôminos.

2. Conceito

Como já analisado no Capítulo II, item 1.1, e mais especificamente no item 1.1.1, loteamento nada mais é do que a subdivisão de uma gleba em pequenos lotes, cuja destinação futura é edificação urbana ou rural, com aberturas de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamentos, modificações ou ampliações das vias já existentes, nos termos do § 1º do artigo 2º da Lei 6.766/79.

Neste item destacaremos a definição do instituto do loteamento fechado, fundando-se nos apontamentos levantados pela doutrina, haja vista se tratar de matéria não regulamentada em nosso ordenamento jurídico.

José Afonso da Silva¹⁰⁵ conceitua o instituto do loteamento fechado da seguinte forma:

(...) modalidade especial de aproveitamento de espaço, para fins de construção de casas residenciais térreas ou assobradadas ou edifícios. Caracteriza-se pela formação de lotes autônomos, com áreas de utilização exclusiva de seus proprietários, confinando-se com outras de utilização comum dos condôminos. O terreno assim loteado não perde sua individualidade objetiva, conquanto sofra profunda transformação jurídica. Diferentemente do processo de loteamento propriamente dito, em razão do qual o terreno loteado perde sua individualidade objetiva, transformando-se em lotes que se individualizam como unidades autarquicamente bastantes em si mesmas; inexistem os estado e a pluridade de comunhão; cria-se um bairro, cujo equipamento urbano (inclusive as vias, estradas e caminhos,

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

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

¹⁰⁵ José Afonso da Silva, *Direito urbanístico brasileiro*, 3ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 336. *Apud* CASTEJON, Fábio Simões; MAIA NETO, Francisco. ***A Legalidade dos Loteamentos Fechados a Luz do Direito Positivo***. São Paulo, s.d. Disponível na internet via: <http://www.lares.org.br/2010/anais2010/images/388-521-3-RV.pdf>. Acesso em 5 de agosto de 2014.

como públicos que passam a ser com o registro imobiliário) passa a participar do sistema viário local e do *orbe* municipal.

Nas palavras do Professor Scavone, loteamento fechado “é o resultado da subdivisão de uma gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação e de logradouros públicos, cujo perímetro da gleba original, ao final, é cercado ou murado de modo a manter acesso controlado¹⁰⁶”.

Haroldo Fazano¹⁰⁷ em seu livro *Propriedade Horizontal e Vertical* ressalta que loteamento fechado diverge dos condomínios convencionais e do condomínio especial previsto no artigo 8º da Lei 4.591/64, posto que este instituto é um tipo de propriedade especial, na qual temos divisão da propriedade em: exclusiva (lotes), condominial (espaços de uso comum) e a superficiária. Em contraposição temos o entendimento de Maria Helena Diniz, Silvio de Salvo Venosa, Arnaldo Rizzardo, J. Nascimento Franco e Niske Gondo.

A principal peculiaridade do instituto loteamento fechado é o fato de que todos os proprietários de lotes têm direito ao uso e gozo do direito de propriedade sobre o imóvel objeto do parcelamento do solo, como qualquer titular, desde que observados alguns requisitos para constituição desse instituto, como por exemplo, o empreendimento deve ser cercado ou murado em seu perímetro; seu acesso deve ser feito por meio de portaria e/ou guarita, submetendo a todas as pessoas à identificação prévia; as vias de circulação, os logradouros públicos ou espaços livres têm acesso restrito aos proprietários dos lotes e às pessoas por eles autorizadas; as vias de comunicação, praças e espaços livres do loteamento são de propriedade do Município, porém com direito de uso concedido exclusivamente aos proprietários de lote daquele loteamento, dentre outros¹⁰⁸.

¹⁰⁶ SCAVONE JUNIOR, Luis Antônio. **Loteamento, Loteamento Fechado e Loteamento Irregular**. Disponível em: <<http://www.scavone.adv.br/index.php?loteamento-loteamento-fechado-e-loteamento-irregular>>. Acesso em: 5 ago. 2014.

¹⁰⁷ FAZANO, Haroldo Guilherme Vieira. **Da Propriedade Horizontal e Vertical**. 2ª ed. Leme: J. H. Mizuno, 2014. p. 216

¹⁰⁸ SOARES, Danielle Machado. *Condomínio de Fato*, op.cit., p. 68-70. *Apud* VALÉSI, Raquel Helena. **O Loteamento Fechado e o Rateio das Despesas Comuns**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 60-61.

Portanto, um loteamento convencional, cujas vias internas são livres e acessíveis a qualquer cidadão, posto que são áreas de domínio público, somente se configurara um loteamento fechado quando essas áreas tiverem seus acessos obstruídos por meio de instalação de "guaritas" de segurança, a fim de se controlar a entrada e saída de pessoas, garantindo uma maior segurança aos seus moradores, por meio de concessão ou permissão de uso exclusivo das áreas públicas internas do empreendimento aos seu proprietários.

No entendimento de Nelson Kojranski¹⁰⁹ o loteamento fechado pode ser considerado uma nova modalidade *sui generis* de loteamento, em outras palavras é um instituto híbrido resultante do “cruzamento” da propriedade horizontal (artigo 8º, da Lei 4.591/64) com a do parcelamento do solo urbano (Lei 6.766/79). O referido instituto além de apresentar as características já elencadas, evidencia outras específicas do loteamento fechado, como por exemplo: a) a alienação dos lotes não se condiciona à obrigação de construir; b) a construção deverá ser feita apenas respeitando as restrições gerais do loteamento e da municipalidade em questão; c) o projeto de loteamento, após sua aprovação, garante a cada lote sua matrícula, independentemente de edificação (diferentemente do Condomínio da Lei 4.591/64); e d) há consentimento da autoridade municipal, expressa ou tacitamente, quanto ao “fechamento” físico do empreendimento, ficando a manutenção e conservação das áreas públicas a cargo dos proprietários dos lotes.

Nesse diapasão, nota-se que loteamento fechado também se difere do instituto do condomínio horizontal (regulamentados pelo artigo 8º da Lei 4.591/64), já analisado no item 1, desse mesmo capítulo, até porque este instituto se analisado minuciosamente, se assemelhará mais, aos loteamentos convencionais, regido pela Lei de Parcelamento do Solo Urbano.

A ausência de legislação aplicável ao instituto do loteamento fechado, muitas vezes provoca conflitos de interesses entre os empreendedores (loteadores) e os futuros adquirentes dos lotes, tais como: insegurança do negócio jurídico, e no estabelecimento de normas de

¹⁰⁹ KOJRANSKI, Nelson. *Loteamento e Condomínio Fechados*, Artigo do Jornal Tribuna do Direito, op.cit., p.11 *Apud* VALÉSI, Raquel Helena. *O Loteamento Fechado e o Rateio das Despesas Comuns*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 61

convivência que atendam aos propósitos tanto dos moradores quanto do empreendedor imobiliário.

Devido a essa falta de regulamentação da matéria, parte da doutrina resistiu à formação do loteamento fechado, porém uma parcela significativa da doutrina vem admitindo a aprovação do loteamento fechado. Marcos Aurélio Viana, em sua monografia sobre loteamentos fechados, defende sua possibilidade jurídica¹¹⁰. Nesse mesmo sentido entendem Biasi Ruggiero, Diogenes Gasparini, Toshio Mukai, e Elvino Silva Filho¹¹¹

3. Natureza Jurídica

O loteamento fechado é um instituto à margem do nosso ordenamento jurídico, porém uma realidade social e econômica, facilmente constata em nossa sociedade. Assim, a definição de sua natureza jurídica é imprescindível tanto na aplicação analógica de normas, enquanto inexistir legislação específica, quanto para orientação do legislador para a confecção de lei adequada.

A doutrina diverge pouco sobre a natureza jurídica desse instituto. A primeira corrente credita ao loteamento fechado à natureza jurídica de condomínio privado, com fundamento no quanto disposto no artigo 8º da Lei 4.591/64, apesar desta, não ser a norma que regulamento o desenvolvimento urbano. A outra corrente entende que nos casos de constituição deste instituto, deve-se aplicar somente a Lei 6.766/79, haja vista que as áreas comuns passam a integrar o domínio municipal local. Em ambas as posições, verifica-se uma distorção do conceito do aproveitamento condominial de espaço e o do loteamento ou desmembramento¹¹².

¹¹⁰ VIANNA, Marco Aurélio de Sá. **Loteamento Fechado e Loteamento Horizontal**. Rio de Janeiro: Aide, 1991, *apud* TIMM, Luciano Benetti. Reflexões sobre Loteamento Fechado. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo Direito Imobiliário e Registral**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Cap. 4, p. 66-78

¹¹¹ FAZANO, Haroldo Guilherme Vieira. **Da Propriedade Horizontal e Vertical**. 2ª ed. Leme: J. H. Mizuno, 2014. p. 216

¹¹² CASTEJON, Fábio Simões; MAIA NETO, Francisco. **A Legalidade dos Loteamentos Fechados a Luz do Direito Positivo**. São Paulo, s.d. Disponível na internet via: <http://www.lares.org.br/2010/anais2010/images/388-521-3-RV.pdf>. Acesso em 5 de agosto de 2014

Nesse sentido Marco Aurélio de Sá Vianna¹¹³ afirma que:

Loteamento fechado tem sido o termo escolhido por alguns para indicar o loteamento constituído na forma da Lei 6.766, de 1979, por ela regido, mas que se afasta do loteamento tradicional porque as vias de circulação e os logradouros públicos, que passam ao domínio público, têm sua utilização assegurada aos proprietários dos lotes, o que se faz mediante permissão ou concessão de uso.

No entendimento de Haroldo Fazano, a natureza jurídica do instituto do loteamento fechado pode ser definida através da análise de três outros institutos: a propriedade individual, o condomínio e o direito de superfície, haja vista que conforme mencionado no item anterior, esse loteamento se caracteriza pela presença conjunta da propriedade exclusiva, da propriedade condominial e da propriedade superficiária das áreas públicas¹¹⁴.

Segundo o entendimento de Daniele Soares¹¹⁵, o loteamento fechado possui natureza jurídica tanto híbrida quanto dúplice. A primeira se justifica por possuir tanto aspectos do direito obrigacional, quanto do direito real. Estes verificam-se quando ocorre a influência do princípio da autonomia privada dos proprietários de lotes, na constituição de uma “associação” com a finalidade é atuar de forma condominial com relação aos seus interesses privados sobre um bem de uso comum do povo. Já a natureza jurídica dúplice pode ser facilmente demonstrada através da fusão dos institutos do condomínio horizontal e do loteamento, bem como em decorrência da titularidade do proprietário do lote, haja vista ser plena e assemelhar-se com a ideia de unidades autônomas do condomínio horizontal.

Isto posto, pode-se afirmar que o instituto do loteamento fechado se fundamenta nos princípios da propriedade horizontal, haja vista que a propriedade exclusiva de cada lote é aquela exercida individualmente por cada um de seus proprietários, e as propriedades coletivas de uso comum, são aquelas exercidas pelos proprietários sobre os logradouros públicos mediante permissão ou concessão de uso, observando que sua manutenção e

¹¹³ VIANNA, Marco Aurélio de Sá. *Loteamento Fechado e Loteamento Horizontal*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. *Apud* AVVAD, Pedro Elias. *Direito Imobiliário: Teoria Geral e Negócios Imobiliários*. 3ª. ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 549

¹¹⁴ FAZANO, Haroldo Guilherme Vieira. *Da Propriedade Horizontal e Vertical*. 2ª ed. Leme: J. H. Mizuno, 2014. p. 217

¹¹⁵ SOARES, Danielle Machado. *Condomínio de Fato*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 83

conservação são de responsabilidade dos proprietários dos lotes, mediante rateio das despesas¹¹⁶.

4. Requisitos para Formação e Aprovação

Para a devida constituição do loteamento fechado, no entendimento de Marco Aurélio Vianna¹¹⁷, é imprescindível que, num primeiro momento, na fase de aprovação do projeto de loteamento, o empreendedor (loteador) faça um requerimento, nesse sentido, sempre acompanhado dos documentos necessários a um loteamento convencional, bem como do memorial descritivo com alusão a permissão ou concessão de uso exclusivo dos bens públicos e o regimento interno dos moradores, e, ainda o próprio ato administrativo que permitiu ou concedeu o uso exclusivo dessas áreas de domínio públicos localizadas no empreendimento¹¹⁸.

4.1 Regimento ou Regulamento Interno

Uma importante providência a ser tomada pelo empreendedor antes da aprovação do projeto de loteamento é a confecção do regimento ou regulamento interno dos moradores. Esse documento disciplina como se procederá o uso, a conservação e a manutenção dos equipamentos comunitários, principalmente no que diz respeito as ruas, praças, coletas de lixo, rede de água e esgoto, energia elétrica, dentre outros. Segundo Viana é fundamental determinar quais são os direitos e deveres dos moradores desse loteamento, bem como a manutenção e forma de administrar o mesmo, haja vista que essas despesas ficam a cargo dos

¹¹⁶ SOARES, Danielle Machado. *Condomínio de Fato*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 85.

¹¹⁷ VIANNA, Marco Aurélio de Sá. *Loteamento Fechado e Loteamento Horizontal*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 51 *apud* TIMM, Luciano Benetti. Reflexões sobre Loteamento Fechado. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. *Novo Direito Imobiliário e Registral*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Cap. 4, p. 66-78

¹¹⁸ TIMM, Luciano Benetti. Reflexões sobre Loteamento Fechado. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. *Novo Direito Imobiliário e Registral*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Cap. 4, p. 66-78

moradores¹¹⁹. Destaca-se esse documento se equipara ao regulamento de um condomínio, regido pela Lei de Incorporações Imobiliárias (Lei 4,591/64).

A minuta desse regimento ou regulamento interno deverá ser apresentada juntamente com a aprovação do loteamento e os demais documentos previstos no artigo 18 da Lei 6.766/79, para o competente registro junto ao Cartório de Registro de Imóveis da Comarca do Imóvel a ser loteado. Esse registro tem a finalidade de dar publicidade a terceiros (adquirentes dos adquirentes originais), isto porque, tradicionalmente, os adquirentes originais assinam este regulamento/regimento interno no ato da assinatura da escritura ou do contrato de compra e venda do lote.¹²⁰

O ilustre Marco Aurélio Viana¹²¹, em sua obra *Loteamento Fechado e Loteamento Horizontal*, elenca os requisitos desse regimento interno, os quais citaremos a título exemplificativo, alguns deles: (a) descrição das partes e frações comuns, bem como das que foram objeto de concessão pelo Município; (b) obrigatoriedade de contribuição para as despesas de conservação e manutenção das áreas de uso comum, com a devida descrição das despesas ordinárias e extraordinárias; (b) previsão de vedação de alienação dos bens comuns de forma separada; (c) detalhamento da destinação das partes comuns; forma de uso dos bens públicos cedidos em concessão; (d) estabelecer que a administração fica a cargo da associação que firmou contrato administrativo de concessão; (e) procedimento de destituição do administrador; (f) método de convocação de assembleias (ordinárias e/ou extraordinárias), contendo data, forma de atuação e quórum para as diversas deliberações pré-determinadas; (g) definição dos direitos e deveres dos moradores, bem como do órgão administrativo; (h) previsão de penalidades civis para eventuais descumprimentos do regulamento ou para os

¹¹⁹ VIANNA, Marco Aurélio de Sá. *Loteamento Fechado e Loteamento Horizontal*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 51 *apud* TIMM, Luciano Benetti. Reflexões sobre Loteamento Fechado. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. *Novo Direito Imobiliário e Registral*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Cap. 4, p. 66-78

¹²⁰ SCAVONE JUNIOR, Luís Antônio. *Loteamento, Loteamento Fechado e Loteamento Irregular*. Disponível em: <<http://www.scavone.adv.br/index.php?loteamento-loteamento-fechado-e-loteamento-irregular>>. Acesso em: 5 ago. 2014.

¹²¹ VIANNA, Marco Aurélio de Sá. *Loteamento Fechado e Loteamento Horizontal*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 57-61 *apud* SCAVONE JUNIOR, Luís Antônio. *Loteamento, Loteamento Fechado e Loteamento Irregular*. Disponível em: <<http://www.scavone.adv.br/index.php?loteamento-loteamento-fechado-e-loteamento-irregular>>. Acesso em: 5 ago. 2014.

casos de mora no pagamento das contribuições; (i) a exata transcrição da concessão ou permissão de uso das áreas de domínio público; dentre outros.

4.2 Concessão ou Permissão de uso de Bens Públicos

Primeiramente, cumpre destacar que, nos termos do artigo 22 da Lei 6.766/79, as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas aos edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo, passam a integrar o domínio do Município, desde a data do registro do loteamento no competente Registro de Imóveis.

Conforme visto anteriormente, no loteamento fechado as áreas de domínio público (acima elencadas) são restritas ao uso dos proprietários dos lotes, moradores ou de pessoas por eles autorizadas. Portanto surge uma contradição entre o quanto disciplinado pela Lei de Parcelamento do Solo Urbano (artigo 22) e a concreta implantação do loteamento fechado, haja vista que o referido instituto alberga contrariamente a disposição da lei, a possibilidade de fechamento e restrição do uso desses bens públicos.

Para que esta restrição ocorra de forma legítima, imprescindível se torna a autorização da autoridade municipal competente, que através de ato administrativo ou Lei Municipal, concede ou permite o uso exclusivo dos bens públicos sob o seu domínio a particulares. Nesse sentido aponta José Afonso da Silva¹²²:

Um momento importante da atividade urbanística diz respeito à ordenação do solo, cujas normas estatuem sobre o parcelamento do solo urbano ou urbanizável e sua distribuição pelos diversos usos e funções , gerando as instituições do arruamento e do loteamento, do reparcelamento (ou remembramento), do zoneamento de uso e da ocupação do solo. São normas de competência municipal e se encontram, em geral, nas chamadas leis de zoneamento. O parcelamento urbanístico do solo, em todas as suas formas, sujeita-se às normas urbanísticas estabelecidas na legislação municipal.

Para analisar melhor os tipos de outorga de bens públicos a particulares, indispensável se faz compreender os diferentes tipos de bens públicos (bens de uso comum do povo, bens de

¹²² SILVA. José Afonso da. ***Direito Urbanístico Brasileiro***. São Paulo, RT, 1981. p.379. apud SCAVONE JUNIOR, Luís Antônio. **Loteamento, Loteamento Fechado e Loteamento Irregular**. Disponível em: <<http://www.scavone.adv.br/index.php?loteamento-loteamento-fechado-e-loteamento-irregular>>. Acesso em: 5 ago. 2014.

uso especial e bens dominicais), haja vista que estes são protegidos e administrados pelo Poder Público, a fim de garantir a sua conservação, e utilização, tanto pela coletividade quanto pelos particulares¹²³.

Os bens de uso especial¹²⁴ são aqueles nos quais a municipalidade, por título individual, outorga a sua utilização, exclusivamente, a determinada pessoa, bem como os bens em que o Poder Público impõe restrições. Em outras palavras, são os bens onde se configura certo afastamento da utilização por parte da coletividade e até mesmo do próprio Poder Público, por meio da “privatização” de seu uso. Cumpre esclarecer que qualquer cidadão, por meio de contrato ou ato unilateral da administração, pode conseguir o uso especial de bem público, conforme previsão legal ou autorização da autoridade competente¹²⁵. Vale ressaltar que a finalidade pública nesses bens é permanente, por isso são chamados de bens patrimoniais indisponíveis¹²⁶.

Os bens dominicais¹²⁷ são aqueles bens pertencentes ao patrimônio disponível da União, Estados e Municípios, ou seja, são os bens que formam o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada entidade, ou ainda

¹²³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal, brasileiro*. 13ª edição, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 291. Apud VALÉSI, Raquel Helena. *O Loteamento Fechado e o Rateio das Despesas Comuns*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 72-73

¹²⁴ CC/02 - Art. 99. São bens públicos:

(...)

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

¹²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 20ª edição, São Paulo: Malheiros, 1992, p. 293. Nesse sentido DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 198., p. 20 apud VALÉSI, Raquel Helena. *O Loteamento Fechado*. Op. cit. p. 72

¹²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 20ª edição, São Paulo: Malheiros, 1992, p. 430. apud VALÉSI, Raquel Helena. *O Loteamento Fechado*. op. cit.. p. 72

¹²⁷ CC/02 - Art. 99. São bens públicos:

(...)

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

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

os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Já os bens de uso comum do povo¹²⁸ são todos os locais abertos à utilização pública¹²⁹, de propriedade de toda a coletividade, sem distinção ou restrição de usuários. Destaca-se que estes bens encontram-se sob a administração e proteção da Prefeitura, apesar de estarem à disposição da coletividade¹³⁰.

Na doutrina existe uma discussão sobre qual seria a natureza jurídica desses bens que foram transferidos ao domínio público no ato do registro desse empreendimento no Cartório de Registro de Imóveis. Hely Lopes Meirelles e Marco Aurélio Viana¹³¹ argumentam que o sistema de vias internas não corresponde a bens de uso comum do povo. Silva Filho, nesse mesmo sentido, vai mais além, afirma que esses mesmos bens públicos não se assemelham aos de uso comum do povo, mas sim aos bens de uso especial, em outras palavras, são semelhantes aos de uso exclusivo dos proprietários ou moradores de um loteamento. A

¹²⁸ CC/02 - Art. 99. São bens públicos:

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

¹²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 20ª edição, São Paulo: Malheiros, 1992, p. 430. *apud* VALÉSI, Raquel Helena. *O Loteamento Fechado e o Rateio das Despesas Comuns*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 72

¹³⁰ Os **bens de uso comum do povo** são aqueles que de propriedade de todos os membros da coletividade representados pelo Estado (*latu sensu*), o qual submete todos os bens de seu território à sua vontade, em decorrência da Soberania interna, porém enfatiza-se que o titular desses bens é o povo. Na verdade, o Poder público, nesses casos, é apenas o gestor desses bens e, por conseguinte, tem o dever de vigilância, tutela e fiscalização, garantindo sua utilização pela coletividade. *In* CARVALHO SANTOS, "Código Civil Brasileiro Interpretado", vol. II, 11ª edição, pág. 103; PONTES DE MIRANDA, "Tratado de Direito Privado", Parte Geral, vol. II, ed. Borsoi, 1990; PAULO AFFONSO LEME MACHADO, "Direito Ambiental Brasileiro", Malheiros Editores, 4ª edição, pág. 254; HELY LOPES MEIRELLES. "Direito Administrativo Brasileiro", 20ª edição, Malheiros Editores, págs. 428/9; CASTRO NUNES, "Da Fazenda Pública em Juízo", Livraria Freitas Bastos S.A., 1ª ed., 1950, pág. 524, *apud* FREI, José Carlos de. **Da Legalidade dos Loteamentos Fechados**. 1998. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/sitioslagos/documentos/ilegalidade.html>>. Acesso em: 04 ago. 2014 (grifamos)

¹³¹ VIANNA, Marco Aurélio de Sá. *Loteamento Fechado e Loteamento Horizontal*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 51-53 *apud* TIMM, Luciano Benetti. Reflexões sobre Loteamento Fechado. *In*: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo Direito Imobiliário e Registral**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Cap. 4, p. 66-78

posição dominante na doutrina é de que todos os equipamentos coletivos – as vias de circulação, os logradouros públicos – com a transferência de seu domínio ao Município, tornam-se bens de uso comum do povo¹³².

Apesar dessa divergência doutrinária sobre a natureza jurídica dos bens públicos de um loteamento fechado, salienta-se que, esta pouco interessa na aprovação do empreendimento, haja vista que em ambos os casos, por meio de permissão ou concessão de uso de bens públicos, se poderá destinar o uso de áreas coletivas, exclusivamente aos proprietários e moradores do loteamento fechado.

4.2.1 Concessão Administrativa de Bem Público

Neste item, será analisado, mas detalhadamente, a concessão de uso de bem público. Celso Antônio Bandeira de Mello preceitua, “a concessão de uso de bem público é contrato administrativo pelo qual, como o nome já o indica, a Administração trespasa a alguém o uso de bem público para uma finalidade específica¹³³”. Nessa mesma linha de raciocínio, Odete Medauar¹³⁴. argumenta que:

Essa figura foi criada pelo Decreto-Lei 271/67, arts. 7º e 8º. [...] Segundo o art. 7º do referido texto, a concessão de direito real de uso, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, incide sobre terrenos públicos, como direito real resolúvel. Seus fins são específicos, aí indicados: urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra ou utilização de interesse social

¹³² TIMM, Luciano Benetti. **Reflexões sobre Loteamento Fechado**. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo Direito Imobiliário e Registral**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Cap. 4, p. 66-78

¹³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 796, *apud* TIMM, Luciano Benetti. Reflexões sobre Loteamento Fechado. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo Direito Imobiliário e Registral**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Cap. 4, p. 66-78

¹³⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 292. *Apud* TIMM, Luciano Benetti. Reflexões sobre Loteamento Fechado. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo Direito Imobiliário e Registral**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Cap. 4, p. 66-78

No entendimento de Hely Lopes Meirelles¹³⁵, a concessão de uso de bem público a particular, é contrato administrativo no qual o Poder Público outorga utilização exclusiva de um bem de seu domínio a um particular, para que este o explore segundo sua destinação específica. Essa concessão se dará onerosa ou gratuitamente, por tempo determinado ou indeterminado, mas sempre precedida de autorização legal. Frisa-se, nas situações relativas à bem de uso comum do povo, a concessão desse direito só se concretizará se o interesse público for compatível à destinação principal do bem, prevalecendo sempre o interesse público sobre o particular¹³⁶.

Portanto, os contratos administrativos de concessão de uso de bem público ao particular são celebrados no intuito do particular utilizar o bem por sua conta e risco, sempre observando sua afetação específica. Destaca-se nessa espécie de contrato a necessidade de um procedimento de licitatório e a autorização legal para formalização mesmo, conforme acautela Hely Lopes Meirelles¹³⁷:

A concessão de direito real de uso, tal como ocorre com a concessão comum, depende de autorização legal e de concorrência previa, admitindo-se a dispensa desta quando o beneficiário for outro órgão ou entidade da Administração Pública (Lei 8.666/93, art., 17, §. 23).

Importante destacar que, este contrato oferece uma segurança maior quanto à impossibilidade de extinção unilateral do contrato pela Administração Pública, a qual somente será admissível, mediante justa indenização. Nesse mesmo sentido adverte Marcos Juruena Villela Souto¹³⁸:

¹³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro** – 20ª ed. São Paulo, Malheiros, 1995. *Apud* SCAVONE JUNIOR, Luís Antônio. **Loteamento, Loteamento Fechado e Loteamento Irregular**. Disponível em: <<http://www.scavone.adv.br/index.php?loteamento-loteamento-fechado-e-loteamento-irregular>>. Acesso em: 5 ago. 2014.

¹³⁶ FREI, José Carlos de. **Da Legalidade dos Loteamentos Fechados**. 1998. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/sitioslagos/documentos/ilegalidade.html>>. Acesso em: 04 ago. 2014.

¹³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro** – 20ª ed. São Paulo, Malheiros, 1990. p. 441 *apud* TIMM, Luciano Benetti. Reflexões sobre Loteamento Fechado. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo Direito Imobiliário e Registral**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Cap. 4, p. 66-78

¹³⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 244. *Apud* TIMM, Luciano Benetti. Reflexões sobre Loteamento Fechado. In:

Não há, pois, nesse passo, possibilidade de extinção unilateral do contrato por ato discricionário, o que só se admite mediante indenização dos prejuízos comprovados pelo concessionário; no mais, a extinção, como em qualquer pacto, é vinculada à demonstração de descumprimento da obrigação contratada, ainda porque a Administração Pública deva agir com lealdade em face dos administrados.

4.2.2 Permissão de Uso de Bem Público

A permissão de uso de bem público é um ato negocial, administrativo, unilateral, discricionário, e precário, no qual a Administração possibilita a utilização desse bem pelo particular. Este pode ou não atribuir condições para a sua validade, pode ter prazo determinando ou indeterminado, bem como conter cláusula de revogabilidade ou ser suscetível a modificação unilateral por parte da Administração Pública, desde que o interesse público exija, porém indenizável se assim dispuser o ato a concedeu¹³⁹.

No entendimento de Medauar¹⁴⁰ a permissão de uso exclusivo de bem público a particular “pode ser outorgada com prazo determinado ou indeterminado; tratando-se de permissão com prazo determinando, se for revogada por interesse público, sem motivos oriundos do permissionário, este deverá ser indenizado”.

O ilustre doutrinador Hely Lopes Meirelles adverte que, em regra, a revogabilidade das permissões de uso de bem público por ato unilateral da Administração Pública não são indenizáveis, salvo disposição contrária¹⁴¹.

TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo Direito Imobiliário e Registral**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Cap. 4, p. 66-78

¹³⁹ FREI, José Carlos de. **Da Legalidade dos Loteamentos Fechados**. 1998. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/sitioslagos/documentos/ilegalidade.html>>. Acesso em: 04 ago. 2014.

¹⁴⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 291. *Apud* TIMM, Luciano Benetti. Reflexões sobre Loteamento Fechado. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo Direito Imobiliário e Registral**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Cap. 4, p. 66-78

¹⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro** – 20ª ed. São Paulo, Malheiros, 1990. p. 437 *apud* TIMM, Luciano Benetti. Reflexões sobre Loteamento Fechado. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo Direito Imobiliário e Registral**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Cap. 4, p. 66-78

Este instituto, ao garantir o uso especial e individual do bem público ao particular, provoca o surgimento de direito subjetivo, o qual pode autorizar a via judicial para assegurar essa fruição. Cabe salientar que, qualquer bem público, permite o uso especial, porém, essa fruição deve ser de interesse de toda a coletividade que irá utilizar certas vantagens desse uso, do contrário esse uso especial deve ser autorizado e não permitido. A permissão de uso pode ser concedida, independentemente de lei, pelo prefeito, haja vista ser um ato unilateral de caráter precário¹⁴².

Nesse ponto, necessário se faz distinguir permissão, já analisada anteriormente, de autorização. Portanto, autorização de uso é um ato negocial, precário, discricionário, unilateral, de interesse exclusivamente do beneficiário. Este ato pode se dar a título gratuito ou oneroso, com a desobrigação do processo licitatório, bem como da autorização legislativa, sendo preciso apenas a edição de um Decreto-Lei para sua concessão. Importante ressaltar que, este ato ao ser concedido, não vincula o beneficiário o dever de utilização desse bem, como na permissão ou concessão de uso, gera tão somente a mera faculdade¹⁴³.

As Prefeituras Municipais, com bastante frequência, têm-se utilizado da permissão de uso de bens públicos para a implantação do loteamento fechado, sob o argumento de que essa outorga é isenta de prestação dos serviços públicos essenciais ao empreendimento em questão, o que reduz os encargos, e deixa a cargo de seus beneficiários as custas de conservação e manutenção do loteamento¹⁴⁴.

¹⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 13ª edição, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 295. Nesse sentido. FREITAS, José Carlos de. **Da Legalidade dos loteamentos fechados**. Revista dos Tribunais, nº 750/148, 87 Ano, abril, 1998, p. 159. *Apud* VALÉSI, Raquel Helena. **O Loteamento Fechado e o Rateio das Despesas Comuns**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 73

¹⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 13ª edição, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 294. Nesse sentido. FREITAS, José Carlos de. **Da Legalidade dos loteamentos fechados**. Revista dos Tribunais, nº 750/148, 87 Ano, abril, 1998, p. 158. *Apud* VALÉSI, Raquel Helena. **O Loteamento Fechado e o Rateio das Despesas Comuns**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 73

¹⁴⁴ VALÉSI, Raquel Helena. **O Loteamento Fechado e o Rateio das Despesas Comuns**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 74-75

4.3 Registro do Projeto de Loteamento Fechado

Por fim, após o preenchimento de todos os requisitos essenciais a formação do loteamento convencional, previstos nos artigos 4 e 6 da Lei 6.766/79, acrescidos dos requisitos específicos do loteamento fechado, analisados nos itens 4.1 e 4.2 desse mesmo Capítulo, imprescindível se faz o registro do projeto desse loteamento fechado no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca da situação do empreendimento.

Nesta etapa no processo, o empreendedor levará a registro o projeto de loteamento fechado, observado o quanto disciplinado no artigo 18 da Lei de Parcelamento do Solo Urbano, acompanhado do ato administrativo que aprovou a concessão ou a permissão do uso exclusivo dos bens públicos do empreendimento (p. ex. vias de circulação e os equipamentos públicos) aos proprietários dos lotes. Para o doutrinador Marco Aurélio Viana, há possibilidade desse registro ser feito antes do ato administrativo de concessão e/ou permissão de uso de bem público exclusivamente por particular¹⁴⁵.

Urge consignar que, a jurisprudência não é pacífica sobre a possibilidade de registro do loteamento fechado. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, costumeiramente, vem se manifestando favorável a possibilidade de registro dos loteamentos fechados. Esse também é o posicionamento da Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo, endossado na secção de jurisprudência registral imobiliária da Revista de Direito Imobiliário, vol. 4, p. 153¹⁴⁶, abaixo transcrito:

É possível o “loteamento fechado” devendo ser aprovado em consonância com a Lei 6766/79 e os bens de domínio público somente podem ser destinados ao uso exclusivo dos proprietários dos lotes de terreno por permissão ou concessão municipal, prevista em lei municipal própria.

¹⁴⁵ VIANNA, Marco Aurélio de Sá. **Loteamento Fechado e Loteamento Horizontal**. Rio de Janeiro: Aide, 1991. TIMM, Luciano Benetti. Reflexões sobre Loteamento Fechado. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo Direito Imobiliário e Registral**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Cap. 4, p. 66-78

¹⁴⁶ TIMM, Luciano Benetti. Reflexões sobre Loteamento Fechado. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo Direito Imobiliário e Registral**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Cap. 4, p. 66-78

Diferentemente do que ocorre no Tribunal de Justiça do rio Grande do Sul, no qual não é possível encontrar um parecer ou decisão específico sobre essa questão. Esse tema será mais amplamente analisado no item 6.1, desse mesmo capítulo quando tratarmos sobre a legalidade do instituto do loteamento fechado em face de legislação existência em nosso ordenamento jurídico brasileiro.

5. Competência Legislativa e Municipal

Conforme já visto, exaustivamente, ao longo do presente trabalho, não há previsão legal para a instituição do loteamento fechado, nem tão pouco regulamentação para situações decorrentes deste instituto. Desta forma, imprescindível se torna apontar as competências legislativas e municipais que versem sobre a questão urbanística e sobre o desenvolvimento dos grandes centros urbanos, a fim de que se possa socorrer-se delas, por meio da analogia, na solução de eventuais conflitos urbanísticos e/ou jurídicos relativos ao loteamento fechado.

O ordenamento jurídico estabelece a competência da União para versar no que diz respeito às normas gerais de ocupação e organização do solo urbano, bem como da edição do Plano Urbanístico Nacional, conforme o quanto disposto nos artigos 21, incisos XX e XXI e 24, inciso I e § 1º da Constituição Federal¹⁴⁷.

Destaca-se que essas diretrizes gerais de competência da União, com a finalidade de respeitar as particularidades regionais e locais, admitem certa flexibilização e adequação delas as regras dos Estados e Municípios. Assim, em decorrência dessa flexibilização, a

¹⁴⁷ Art. 21. Compete à União:

(...)

XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

XXI - estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação;

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

(...)

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

Constituição Federal, permite aos Estados e Municípios legislarem de forma complementar, por meio de lei complementar, sobre assuntos de interesse regionais ou locais¹⁴⁸.

Posto Isto, conclui-se que o texto constitucional confere à União a possibilidade de estatuir preceitos gerais sobre o urbanismo e sobre o desenvolvimento urbano das grandes cidades, entretanto não impede as entidades estaduais e municipais de legislem sobre assuntos de interesses regionais e locais, pois se assim o fizesse, estaria ferindo o princípio da autonomia estadual e municipal, o que seria completamente inconstitucional.

Assim, os Estados têm competência para legislar sobre direito urbanístico de interesse regional e, por consequência, os Municípios têm competência para legislar sobre essa mesma matéria desde que seja de interesse local, conforme disposição dos artigos 21, inciso XX, 24 e parágrafos, cominados com os artigos 25, 30, inciso, I, II e VIII e artigo 182 da Constituição Federal¹⁴⁹.

Nesse diapasão, na eventualidade de não existir uma diretriz geral (Lei Federal) sobre uma determinada matéria, o Estado poderá legislar sobre o assunto, instituindo diretrizes gerais, por meio do exercício de sua competência plena, compelindo os interessados no limite da sua autonomia estadual (artigo 24 da Constituição Federal). Entretanto, caso sobrevenha Lei Federal sobre a mesma matéria, a primeira só deixará de ter eficácia se for contrária a norma federal. Da mesma forma ocorre quando há inexistência de diretrizes no âmbito federal e estadual, cabendo ao Município estabelecer as normas gerais sobre a matéria, desde que relativas a interesses locais, por meio de sua competência plena, haja vista ser de competência exclusiva da União a determinação de normas gerais, nos termos da Constituição Federal de 1988¹⁵⁰.

¹⁴⁸ CASTEJON, Fábio Simões; MAIA NETO, Francisco. *A Legalidade dos Loteamentos Fechados a Luz do Direito Positivo*. São Paulo, s.d. Disponível na internet via: <http://www.lares.org.br/2010/anais2010/images/388-521-3-RV.pdf>. Acesso em 2 de maio de 2014

¹⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 500-501 *apud* VALÉSI, Raquel Helena. *O Loteamento Fechado e o Rateio das Despesas Comuns*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 64

¹⁵⁰ CASTEJON, Fábio Simões; MAIA NETO, Francisco. *A Legalidade dos Loteamentos Fechados a Luz do Direito Positivo*. São Paulo, s.d. Disponível na internet via: <http://www.lares.org.br/2010/anais2010/images/388-521-3-RV.pdf>. Acesso em 2 de maio de 2014.

Conforme já destacado anteriormente, aos entes municipais cabe à competência para legislar de maneira suplementar sobre direito urbanístico, norteando a administração, organização e planejamento do solo, assim como no parcelamento e na ocupação do solo urbano¹⁵¹ de cada localidade, promovendo, inclusive, o desenvolvimento urbano respeitando-se as funções sociais da cidade e o bem-estar de seus habitantes¹⁵².

Frisa-se que o texto constitucional atribui, apenas e tão somente ao Município a competência para legislar sobre matérias de interesses locais, observadas as diretrizes gerais determinadas pela União ou pelos Estados, a teor do artigo 29 do referido diploma, por conseguinte, cabe a este a responsabilidade pela organização e desenvolvimento das funções sociais da cidade, visando à resolução de conflitos de interesses locais vivenciados pelos habitantes daquela localidade.

A grande celeuma é a questão dos Municípios legislarem sobre normas de direito urbanístico, e, mais especificamente sobre a possibilidade de autorizarem a instituição do loteamento fechado, haja vista que o referido instituto não possui previsão legal, bem como pelo fato de que as matérias relativas ao direito urbanístico, a teor do artigo 24, inciso I da Constituição Federal, não seriam de competência municipal.

Para alguns doutrinadores, como Hely Lopes Meireles¹⁵³, apesar de não haver legislação no âmbito federal ou estadual sobre o loteamento fechado, há possibilidade dos

¹⁵¹ Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

(...)

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano

¹⁵² 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.

¹⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Municipal Brasileiro*, São Paulo 8ª ed. p. 403, *apud* TABERTI, Vera Lúcia de C. Braga. **Parecer do Ministério Público de São Paulo: Protocolado nº 45.609/2008 - Representação de Inconstitucionalidade do art. 8º, I, II, III, IV, V e VI e art. 10, I, II, III, IV, V, VI e VII, da Lei 119, de 27 de setembro de 1999, do Município de Caçapava, que disciplina o parcelamento e a ocupação do solo.** 2008. Disponível em:

Municípios legislarem sobre normas urbanísticas voltadas aos interesses locais. Fabio Simões Castejón complementa esse pensamento, afirmando que através da “análise sistemática, pode-se verificar que a autonomia municipal constante do artigo 24, parágrafo 3º e artigo 30, inciso I, atribui ao mesmo a possibilidade e o dever de legislar suplementarmente o já disposto nas normas federais e estaduais, de acordo com suas necessidade locais¹⁵⁴”.

A planificação do solo urbano, por meio do instituto do loteamento fechado, não desrespeitaria nenhum princípio constitucional federal ou estadual, muito pelo contrário, no entendimento desse mesmo autor, este instituto converge, por meio da participação dos entes federados, na harmonia entre o desenvolvimento das grandes cidades e o bem-estar dos seus cidadãos, conforme disposição do artigo 23 da Constituição Federal¹⁵⁵ „.

Para fundamentar, ainda mais esse entendimento, basta observarmos o quanto estabelecido na Lei Federal 6.766/79, a qual foi editada com a finalidade de definir as diretrizes gerais sobre o parcelamento do solo urbano, englobando suas espécies: loteamento e desmembramento. O paragrafo único do artigo 1º do referido diploma prevê que os Estados, Municípios e o Distrito Federal podem legislar de forma suplementar normas relativas ao parcelamento do solo, a fim adequá-las as suas particularidades regionais e/ou locais.

6. Análise da Legalidade do Loteamento Fechado em face da Legislação Existente

Conforme visto nos itens anteriores, o instituto do loteamento fechado vem sendo largamente difundido em nossa sociedade, a revelia de uma legislação específica, seja no âmbito federal, estadual ou municipal. Essa busca por uma melhor qualidade de vida das pessoas provoca diversos questionamentos judiciais a respeito da validade deste instituto.

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Assessoria_Juridica/Civel/Controle_Constitucionalidade/ARQUIVAMENTOS_PARECERES/ADINA-45609-08_15-05-08.htm>. Acesso em: 15 ago. 2014.

¹⁵⁴ CASTEJON, Fábio Simões; MAIA NETO, Francisco. *A Legalidade dos Loteamentos Fechados a Luz do Direito Positivo*. São Paulo, s.d. Disponível na internet via: <http://www.lares.org.br/2010/anais2010/images/388-521-3-RV.pdf>. Acesso em 2 de maio de 2014.

¹⁵⁵ CASTEJON, Fábio Simões; MAIA NETO, Francisco. *A Legalidade dos Loteamentos Fechados a Luz do Direito Positivo*. São Paulo, s.d. Disponível na internet via: <http://www.lares.org.br/2010/anais2010/images/388-521-3-RV.pdf>. Acesso em 2 de maio de 2014.

A Lei 6.766/79, que regulamenta a matéria de parcelamento do solo urbano, é hoje a normal de âmbito federal responsável por estabelecer as diretrizes gerais da questão urbanística nos casos de loteamento, porém esta norma não contempla previsão alguma sobre loteamento fechado.

A ausência de normas para regular o instituto, provoca uma confusão com relação à legislação aplicável ao mesmo, posto que a Lei de Incorporações Imobiliárias prevê algumas situações em que se poderá instituir um condomínio especial, chamado por alguns doutrinadores de condomínio fechado. Porém, apesar de semelhantes os institutos se diferem, visto que no caso do primeiro (condomínio fechado) a venda é de uma fração ideal do terreno destinado à futura edificação, já no segundo (loteamento fechado), a venda é tão somente do terreno, não há vinculação deste a uma futura construção¹⁵⁶.

Com a finalidade de instituir o loteamento fechado, os loteadores registram seus projetos no Cartório de Registro de Imóveis, sob dois fundamentos: na Lei 6.766/79, que trata do parcelamento do solo urbano, ou no artigo 8º e alíneas da Lei 4.591/64, que versa sobre incorporações imobiliárias.

Os adeptos da teoria de que o instituto do loteamento fechado se funda no quanto disposto no artigo 8º da Lei de Incorporações Imobiliárias, afirmam que o instituto seria uma nova espécie de parcelamento de solo urbano, respaldado inclusive no artigo 3º do Decreto-Lei 271/67, para justificar a falta de vinculação a uma futura edificação exigida na Lei 4.591/64. Nesse sentido, Marco Aurélio S. Viana, explica ser possível a aplicação do artigo 8º da Lei 4.591/64 aos loteamentos fechados, no que diz respeito aos lotes não edificadas, a unidades autônomas, casas e suas áreas de utilização exclusiva.¹⁵⁷

¹⁵⁶ MARINI, Celso. **Loteamentos fechados**. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/582/loteamentos-fechados>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

¹⁵⁷ VALÉSI, Raquel Helena. **O Loteamento Fechado e o Rateio das Despesas Comuns**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 79. Nesse sentido DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2002, v.04, p. 208. Nesse sentido SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro São Paulo: RT, 1981. p.403-404* Nesse sentido VIANA, Marco Aurélio S. **Loteamento fechado e loteamento horizontal** Rio de Janeiro: Aide, 1991, p.119-122

Parcela considerável da doutrina vem se manifestando no sentido de que o artigo 8º da Lei 4.591/64 tem sido aplicado abusivamente, na tentativa de fundamentar a legalidade dos loteamentos fechados, haja vista que nesses loteamentos a venda do terreno não está vinculada a uma futura edificação. Nesse sentido, Eurico de Andrade Azevedo aponta que os loteamentos fechados não podem ser considerados incorporações imobiliárias, haja vista a inexistência de vinculação na venda dos lotes a futura edificações, nestes empreendimentos existem apenas construções relativas a obras do sistema de circulação interno, à fixação dos lotes individuais e as áreas de interesse comum, todas imprescindíveis a formação do loteamento fechado.¹⁵⁸

A posição que argumenta pela legalidade do loteamento fechado com fundamento na Lei 6.766/79, vem sendo rechaçada por parte dos doutrinadores, sob o argumento de que, na norma supracitada, a repartição da gleba em pequenos lotes autônomos, atrelados a frações ideais de partes comuns, não é prevista, sendo assim, após a divisão da gleba em pequenos lotes juridicamente autônomos, já caracterizaria o loteamento previsto no parágrafo 1º do artigo 2º, desse mesmo diploma¹⁵⁹.

Parte da jurisprudência e da doutrina corrobora com a ideia de que o loteamento fechado não pode ser considerado uma espécie legal de parcelamento do solo urbano, já que não passaria de uma hipótese já abarcada pela Lei 6.766/79, com denominação diferente para burlar determinados requisitos urbanísticos necessários à aprovação dos loteamentos, como os previsto no artigo 4º do referido diploma.

Para Danielle Machado Soares o instituto do loteamento fechado é uma nova espécie de loteamento, porém de natureza híbrida já que resulta da convergência de características da

¹⁵⁸ ERPEN, Décio Antônio; PAIVA, João Pedro Lamana; MEZZARI, Mario Pazutti. *Condomínio horizontal de lotes – edificação de livre escolha do condômino*. Revista Jurídica 310, agosto, 2003. p. 68 *apud* VALÉSI, Raquel Helena. *O Loteamento Fechado e o Rateio das Despesas Comuns*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

¹⁵⁹ CASTEJON, Fábio Simões; MAIA NETO, Francisco. *A Legalidade dos Loteamentos Fechados a Luz do Direito Positivo*. São Paulo, s.d. Disponível na internet via: <http://www.lares.org.br/2010/anais2010/images/388-521-3-RV.pdf>. Acesso em 2 de maio de 2014

propriedade horizontal, disciplinada pelo artigo 8º da Lei 4.591/64, e do parcelamento do solo urbano, disciplinado pela Lei 6.766/79¹⁶⁰.

Para Eros Grau não há como se sustentar aplicabilidade do artigo 8º da Lei 4.591/64 aos loteamentos fechados, posto que a formação desse instituto não se dá em razão de uma incorporação imobiliária, mas exclusivamente com o intuito de realizar a divisão de gleba em lotes, onde a venda desses não fica vinculada a futura edificação por parte do empreendedor (loteador), de acordo com o quanto disciplinado da Lei 6.766/79. Portanto em seu entendimento a instituição do loteamento fechado não poderá ser embasada na Lei 4.591/64¹⁶¹.

Diógenes Gasparini defende que a Lei de Incorporações Imobiliárias (Lei 4.591/64) somente poderá incidir na hipótese de edificações, portanto não aplicável ao instituto do loteamento fechado, vez que o mesmo, conforme já visto anteriormente, está desvinculado da obrigatoriedade de edificação futura. Nessa mesma linha de raciocínio temos o parecer de João Batista Lopes, que sustenta a não incidência da Lei 4.591/64 ao loteamento fechado, posto se tratar apenas de um parcelamento do solo sem obrigatoriedade de edificação futura.¹⁶²

Após toda essa explanação, pode-se sustentar a legalidade desse instituto, apesar das divergências doutrinárias e jurisprudenciais dos nossos Tribunais, até porque se trata de uma realidade na grande maioria das cidades brasileiras, a despeito da precariedade da prestação dos serviços públicos essenciais pelo Poder Público em contrapartida da busca por uma melhor qualidade de vida pelos cidadãos.

¹⁶⁰ SOARES, Danielle Machado. **Condomínio de Fato**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 68-70. Nesse sentido KOJRANSKI, Nelson. *Loteamento e Condomínio Fechados*, Artigo do Jornal Tribuna do Direito, op.cit., p.10-11 *Apud* VALÉSI, Raquel Helena. **O Loteamento Fechado e o Rateio das Despesas Comuns**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo

¹⁶¹ GRAU, Eros Roberto. **Função Social da Propriedade (Direito Econômico)**. Enciclopédia Saraiva do Direito, v.39. São Paulo: Saraiva, 1979. p.199

¹⁶² GASPARINI, Diógenes. **Loteamento em condomínio**. Revista de Direito Público, nº 68/316-319, 1983. p. 317. e LOPES, João Batista. **Condomínio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª edição, 1997. p. 191. *Apud* VALÉSI, Raquel Helena. **O Loteamento Fechado e o Rateio das Despesas Comuns**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

O Supremo Tribunal Federal admitiu a existência do loteamento fechado em num acórdão de relatoria da Ministra Nancy Andrigli, no qual sustenta que a cobrança de despesas de manutenção e conservação das vias internas e dos equipamentos coletivos, pela associação de proprietários de lotes do empreendimento, é válida, posto que a obrigatoriedade desse pagamento independe do loteamento ser aberto ou fechado, já que decorre da utilização desses serviços prestados. Vejamos a ementa:

Civil. Agravo no recurso especial. Loteamento aberto ou fechado. Condomínio atípico. Sociedade prestadora de serviços. Despesas. Obrigatoriedade de pagamento. - O proprietário de lote integrante de loteamento aberto ou fechado, sem condomínio formalmente instituído, cujos moradores constituíram sociedade para prestação de serviços de conservação, limpeza e manutenção, deve contribuir com o valor correspondente ao rateio das despesas daí decorrentes, pois não se afigura justo nem jurídico que se beneficie dos serviços prestados e das benfeitorias realizadas sem a devida contraprestação. Precedentes.

(STJ - AgRg no REsp: 490419 SP 2003/0007665-8, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 10/06/2003, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 30.06.2003 p. 248)

Conclusão

A fim de compreendermos melhor o instituto da propriedade, imprescindível se faz estudar as diversas transformações ocorridas nas sociedades ao longo da história das civilizações, buscando assimilar os seus efeitos jurídicos, suas formas distintas e a influência da evolução dessas civilizações na sua atual concepção.

Constatamos que o conceito de propriedade hoje difundido em nosso ordenamento jurídico advém do direito romano. Destaca-se que a origem das propriedades imobiliárias individuais e perpétuas decorre da edição da Lei das XXII Tábuas. Naquela época os cidadãos romanos recebiam uma fração de terra, a fim de que pudessem cultivar produtos para o seu sustento, voltando a fração de terra, ao fim da colheita, ser de propriedade coletiva, entretanto com o passar dos anos e a edição da lei, se estabeleceu o costume de conceder sempre a mesma fração de terra aos mesmos cidadãos, culminando, assim, no assentamento desses nas referidas terras, originando as primeiras propriedades individuais.

Avançando um pouco mais na história percebemos que, devido o intenso processo de urbanização ocorrido do século XX, com o crescimento da industrialização e dos movimentos sociais, a propriedade deixa de lado seu caráter absoluto, pautando seu exercício em princípios sociais, buscando a satisfação dos interesses sociais e coletivos em detrimento dos individuais, permitindo, assim, uma maior intervenção do Estado. Desta forma, as legislações que nasceram nesse período, preconizavam princípios e normas que enfatizavam os deveres sociais dos cidadãos.

As diversas Constituições Brasileiras ao longo da história destacaram a importância da proteção ao direito de propriedade. A Constituição de 1934 e a de 1967, constitucionalizaram, tácita e/ou expressamente, o interesse social e coletivo da propriedade em seus textos. A atual Carta Magna de 1988 dispõe expressamente, no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, no artigo 5º, incisos XXII e XXIII, que o direito de propriedade e a sua função social são garantias fundamentais. Portanto, com a finalidade de concretizar a funcionalidade da propriedade, o próprio legislador constituinte estabelece meios de restringir o direito de propriedade ou prevê sanções ao proprietário que deixar de exercer o seu direito com a devida observância aos princípios da justiça social.

O direito de propriedade não foi expressamente definido em nossa legislação pelo Código Civil Brasileiro de 2002, nem tão pouco pelo de 1916, o artigo 1.228 do atual Código, apenas estabelece seu conteúdo e estrutura, ou seja, os poderes conferidos ao proprietário como uso, gozo e disposição da coisa e direito de reavê-la do poder de quem injustamente a possua ou detenha. Cumpre ressaltar que o Código Civil de 2002, no § 1º do artigo 1.228, assim como o texto constitucional, enfatiza a importância do direito de propriedade ser exercido em conformidade com os interesses sociais.

Após compreendemos melhor o instituto da propriedade e sua função social, passamos a analisar o instituto do parcelamento do solo urbano vinculando-o a questão da função social da propriedade privada.

O parcelamento do solo urbano é um instituto do direito urbanístico, cuja finalidade basilar é a organização do espaço urbano destinado à habitação, por meio da sua divisão ou redivisão, dentro dos ditames legais. Este instituto teve origem, devido o intenso processo de urbanização ocorrido no século XX, o que culminou com a consolidação dos processos de exclusão social, de segregação espacial, crise habitacional, o aumento da violência e a degradação ambiental. Salienta-se que em decorrência desse instituto, os contratos de compra e venda, de promessas de compra e venda, acabaram por se transformar num instrumento de socialização da propriedade.

A primeira norma a regulamentar o parcelamento do solo urbano foi o Decreto-Lei nº 58/37, porém nele, o legislador se preocupou apenas em garantir maior segurança as transações imobiliárias, sem se debruçar sobre aspectos urbanísticos decorrentes do processo de parcelamento do solo, o que corroborou muito com a ocupação irregular do solo urbano. Somente com edição da Lei 6.766/79, lei vigente até os dias de hoje, é que a matéria foi regulamentada com a devida observância ao princípio da função social da propriedade.

A Lei 6.766/79 estabeleceu as diretrizes gerais para o desenvolvimento urbano, como os requisitos urbanísticos mínimos necessários para a formação do parcelamento do solo urbano (artigo 4º), bem como determinou soluções aos problemas urbanísticos relativos ao instituto, deixando sua complementação a critérios dos Estados e Municípios, a fim de adequarem estas as particularidades de cada região ou localidade. Com sua edição o

parcelamento do solo urbano passou a ser gênero do qual loteamento, desmembramento e desdobro são suas espécies.

O loteamento pode ser conceituado como a subdivisão de uma gleba em pequenos lotes de terra, destinados à futura edificação urbana ou rural, com abertura de novas vias de circulação e logradouros públicos. Desmembramento caracteriza-se pela subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, não importando em abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes. O desdobro é a subdivisão do lote, desvinculado do processo de urbanização.

Para a instituição de loteamento, imprescindível se faz seguir um procedimento voluntário e formal, com devido preenchimento de requisitos previsto em lei. A primeira etapa desse procedimento, é o requerimento junto à autoridade municipal ou distrital da designação das diretrizes para o uso do solo na região onde se localiza o imóvel a ser loteado, posteriormente ocorre à apresentação do projeto junto à autoridade competente para sua apreciação e aprovação, e, por conseguinte, a inscrição no Registro de Imóveis, e finalmente a venda dos lotes. Salienta-se que após o registro do empreendimento, necessário se faz, a transferência das vias públicas e espaços livres de uso comum ao domínio do Município.

Verificamos que, diferente do que ocorre com os condomínios, regidos pela Lei 4.591/64 e 1.331 a 1.358, do Código Civil, nos loteamentos não à vinculação a uma futura edificação na compra dos lotes, nem tão pouco há imposição do loteador para o tipo de construção, em outras palavras o adquirente pode construir como e quando quiser, desde que obedeça as limitações urbanísticas impostas no projeto de loteamento e as restrições impostas pela legislação municipal.

Quando do registro do loteamento junto ao Cartório de Registro de Imóveis, imperioso se faz o registro do memorial de loteamento, acompanhado dos demais documentos necessários e exigidos por lei, além da destinação de empreendimento, contendo as restrições convencionais à edificação e as restrições legais (imposições urbanísticas de ordem pública). Frisa-se que as restrições convencionais devem ser arquivadas junto ao Cartório de Registro de Imóveis, e transcritas nas escrituras de compra e venda dos lotes como cláusulas

urbanísticas e obrigações unilaterais a serem observadas por todos os futuros adquirentes dos lotes, inclusive pela própria Prefeitura que o aprovou (artigo 26, inciso VII da Lei 6.766/79).

Considerando o grande inúmeros de leis e decretos existentes que versam sobre matéria, surgem dúvidas a cerca de qual legislação seriam aplicável, em outras palavras, indispensável se torna esclarecer quais decretos ou leis foram revogados, ab-rogados ou derogados.

Nesse diapasão, fundados no artigo 55 da Lei Federal 6.766/79 o qual estabelece a revogação de quaisquer disposições contrárias a ela, bem como de acordo com alguns doutrinadores, conclui-se pela vigência do Decreto-Lei 58/37, a parte dos loteamentos, e o Decreto 3.079/38 que o regulamenta, bem como das seguintes normas: Lei 649/49 que trata que os imóveis não loteados que terão direito a adjudicação compulsória; o Decreto-Lei 745/69 que exige a constituição em mora do devedor nos imóveis não loteados; e o Decreto-Lei 271/67 que distingue o loteamento do desmembramento.

Adentrando no estudo do loteamento fechado, imprescindível se faz compreender que o instituto surgiu na tentativa de solucionar os problemas ocasionados pelo intenso processo de urbanização, como a precariedade do saneamento básico, o aumentando da insegurança devido a violência, o colapso no sistema de transportes e no sistema viário, bem como a ocupação irregular do solo urbano. Assim empreendedores do ramo imobiliário têm implantado empreendimentos dotados de comodidade, segurança, saneamento básico, dentre outros atrativos que não são oferecidos nos centros urbanos pelo Poder Público.

Este instituto contém características bem específicas que o diferenciam do loteamento convencional, muito embora, respeite os mesmo requisitos urbanísticos exigidos para a instituição do mesmo. A ambiguidade existente entre os dois institutos (loteamento convencional e o fechado), decorre da transformação dos loteamentos em verdadeiros condomínios fechados, e, desta forma, apesar de aprovados sob a égide da Lei 6.766/79, passam a ter aparência de condomínio.

O loteamento fechado tem como sua principal peculiaridade, o fato de que as vias de circulação, espaços e logradouros públicos e bens de uso comum, apesar de serem do domínio da municipalidade, têm sua utilização restrita aos proprietários de lotes, por meio do

cercamento de seu perímetro; instalação de guarita, submetendo todas as pessoas à identificação prévia. Desta forma, nota-se que loteamento fechado também se difere do instituto do condomínio horizontal, regido pelo artigo 8º da Lei 4.591/64, até porque este instituto se analisado minuciosamente, se assemelhará mais, aos loteamentos convencionais, regido pela Lei de Parcelamento do Solo Urbano.

Com relação a natureza jurídica desse instituto, a doutrina diverge pouco. A primeira corrente credita ao loteamento fechado à natureza jurídica de condomínio privado, com fundamento no quanto disposto no artigo 8º da Lei 4.591/64. A segunda corrente entende que nos casos de constituição deste instituto, deve-se aplicar somente a Lei 6.766/79, haja vista que as áreas comuns passam a integrar o domínio municipal local. Uma terceira corrente defendida por Danielle Machado Soares sustenta que este instituto tem natureza jurídica tanto híbrida quanto dúplice, híbrida porque tem aspectos do direito obrigacional e do direito real; e dúplice, pois surgiu da fusão dos institutos do condomínio horizontal e do loteamento.

Para a constituição do loteamento fechado necessário se faz o preenchimento de alguns requisitos específicos, além dos pré-estabelecidos para os loteamentos convencionais, são eles: a confecção do regimento ou regulamento interno dos moradores, documento que disciplina como se dará o uso, a conservação e a manutenção dos equipamentos comunitários, e estabelece os direitos e deveres dos moradores desse loteamento, bem como a manutenção e forma de administrar o mesmo; menção expressa no projeto de que trata-se de um loteamento fechado; e a apresentação do ato administrativo de concessão ou permissão de uso exclusivo de bem público.

Ante a ausência de legislação aplicável ao loteamento fechado, imperioso se torna averiguar as competências legislativas federais, estaduais e municipais que versam sobre direito urbanístico e criam bases legais para o desenvolvimento urbano nas cidades.

Da leitura dos artigos 21, incisos XX e XXI e 24, § 1º da Constituição Federal, pode-se observar que a competência é da União para versar no que diz respeito às normas gerais de ocupação e organização do solo urbano, porém aos Estados e Municípios é permitido legislar de forma suplementar, por meio de lei complementar, sobre assuntos de interesses regionais ou locais.

Portanto, os Estados têm competência para legislar sobre direito urbanístico de interesse regional e, por consequência, os Municípios têm competência para legislar sobre essa mesma matéria desde que seja de interesse local, conforme disposição dos artigos 21, inciso XX, 24 e parágrafos, cominados com os artigos 25, 30, inciso, I, II e VIII e artigo 182 da Constituição Federal. Fundamentando ainda mais esse entendimento, basta observarmos o quanto estabelecido no paragrafo único do artigo 1º da Lei Federal 6.766/79, o qual prevê que os Estados, Municípios e o Distrito Federal podem legislar de forma suplementar normas relativas ao parcelamento do solo urbano, a fim adequá-las as suas particularidades regionais e locais.

O loteamento fechado vem sendo largamente difundido em nossa sociedade, a revelia de uma legislação específica, seja no âmbito federal, estadual ou municipal. Essa busca por uma melhor qualidade de vida das pessoas provoca diversos questionamentos judiciais a respeito da validade deste instituto, até por conta da previsão, pela Lei de Incorporações Imobiliárias, de algumas situações em que se poderá instituir um condomínio especial, chamado por alguns doutrinadores de condomínio fechado, instituto bem semelhante ao loteamento fechado.

Os loteadores no intuito de constituírem formalmente o loteamento fechado com o seu devido registro no Cartório de Registro de Imóveis, vêm fundamentando seus projetos de duas formas distintas: na primeira usam como embasamento a Lei 6.766/79, que trata do parcelamento do solo urbano, já a segunda funda-se no quanto disposto no artigo 8º e alíneas da Lei 4.591/64, que versa sobre incorporações imobiliárias.

Os adeptos da teoria de que o instituto do loteamento fechado se funda no quanto disposto no artigo 8º da Lei 4.591/64, respaldados também no artigo 3º do Decreto-Lei 271/67, para justificar a falta de vinculação a uma futura edificação exigida no referido artigo, sustentam que o instituto seria uma nova espécie de parcelamento de solo urbano. A outra posição fundamenta a legalidade do loteamento fechado na Lei 6.766/79.

A questão da legalidade dos loteamentos fechados é um tema bem divergente na doutrina e jurisprudência atual, dada a ausência de legislação específica a regular a matéria. Porém, diante de todo o exposto, é possível concluir pela admissão de um empreendimento

sob a forma de loteamento fechado, desde que observadas as cautelas registrares e documentais expostas.

Por fim, conclui-se que, apesar da lacuna legislativa sobre a matéria, todos os mecanismos para a estruturação legal do loteamento fechado encontram-se nas legislações esparsa, exigindo apenas que o intérprete recorre às fontes secundárias do direito para preenchê-las.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Ricardo Luís Santanna de. **Considerações Sobre o Parcelamento do Solo Urbano**. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/servicos/artigos/artigos.asp?iCodigo=26>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário: Teoria Geral e Negócios Imobiliários**. 3ª. ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

AZEVEDO, Marcelo Sampaio Soares de. **O Loteamento Fechado na Legislação Municipal**. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

BAROUCHE, Tônia de Oliveira; MILÃO, Diego Antônio Perini. **A Responsabilidade no Condomínio Edifício**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10671&revista_caderno=7>. Acesso em: 2 ago. 2014.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. **Função Social da Propriedade**. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7164/funcao-social-da-propriedade>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

BRAGA, Roberta Chaves. **Direito de Propriedade e a Constituição Federal de 1988**. 2009. 45 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Constitucional, Universidade Vale do Acaraú - Uva. Fortaleza, 2009. Cap. 1. Disponível em: <http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/229/1/Monografia_Roberta_Chaves_Braga.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2014.

BRASIL. Senado Federal. **Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras**. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987, v. I, II e III.

CASTEJON, Fábio Simões; MAIA NETO, Francisco. **A Legalidade dos Loteamentos Fechados a Luz do Direito Positivo**. São Paulo, s.d. Disponível na internet via: <http://www.lares.org.br/2010/anais2010/images/388-521-3-RV.pdf>. Acesso em 2 de maio de 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2002, v.04.

FAZANO, Haroldo Guilherme Vieira. **Da Propriedade Horizontal e Vertical**. Dissertação de Mestrado, PUC/SP, 2001.

FAZANO, Haroldo Guilherme Vieira. **Da Propriedade Horizontal e Vertical**. 2ª ed. Leme: J. H. Mizuno, 2014.

FERNANDES, Edésio. **A Nova Ordem Jurídico-Urbanística no Brasil** in ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Organizadores). **Direito Urbanístico. Estudos Brasileiros e Internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FREI, José Carlos de. **Da Legalidade dos Loteamentos Fechados**. 1998. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/sitioslagos/documentos/ilegalidade.html>>. Acesso em: 04 ago. 2014.

GOUVÊA, Denise; RIBEIRO, Sandra. **A Revisão da Lei Federal nº 6766/79 – Novas Regras no “Jogo” da Cidade?** Disponível em: <https://ipra-cinder.info/wp-content/uploads/file/DocumentosFortaleza/Gouvea.pdf>. Acesso em 02 de julho de 2014

GRAU, Eros Roberto. **Função Social da Propriedade (Direito Econômico)**. Enciclopédia Saraiva do Direito, v.39. São Paulo: Saraiva, 1979

HORN, Daniel Colombo Gentil. **O Parcelamento do Solo Urbano em Questão: Experiências Alternativas ao Esgotamento de um Modelo e Perspectivas na Nova Ordem Jurídico-urbanística**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/daniel_colombo.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2014.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas**. 5. ed. Freitas Bastos, 2001. v. VI.

MAIA, Luciano Soares. **Direitos Reais e Condomínio de Fato**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciano_soares_maia2.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2014.

MARINI, Celso. **Loteamentos fechados**. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/582/loteamentos-fechados>>. Acesso em: 20 ago. 2014

MENEZES, Rafael de. **Direitos Reais**. Disponível em: <<http://rafaeldemenezes.adv.br/assunto/Direitos-Reais/7/aula/15>>. Acesso em: 3 ago. 2014.

MUKAI, Toshio e outros. **Loteamentos e Desmembramentos Urbanos - Comentários à Nova Lei nº 6.766, de 19/12/1979, Sugestões Literárias**, São Paulo: 1980.

NOGUEIRA, Wagner Rodolfo **Faria. Parcelamento do solo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 84, 25 set. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4349/parcelamento-do-solo>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

NONE, Nelson. **Direito de Propriedade e Função Social: Evolução Histórico-Jurídica**. 2009. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1602/1070>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

OLIVEIRA, Gustavo Burgos de. **Loteamento, desmembramento, desdobro, loteamento fechado. Condomínio geral, condomínio edilício, condomínio horizontal de lotes e condomínio urbanístico. Noções básicas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1688, 14 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10943>>. Acesso em: 6 ago. 2014

OLIVEIRA, Márcio André de. **Loteamento - Restrições Convencionais**. 2013. Disponível em: <<http://www.meuadvogado.com.br/entenda/loteamento--restricoes-convencionais.html>>. Acesso em: 01 ago. 2014

ORRUTEA, Rogério Moreira. **Da Propriedade e a sua Função Social no Direito Constitucional Moderno**. Londrina: UEL, 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. **Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano: Lei 6.766/79 e 9.785/99**. 6ª edição, São Paulo: RT, 2003.

REZENDE, Afonso Celso F.; FREDERICO, Alencar; MORETI, Luiz Geraldo. **Incorporação Imobiliária, Instituição de Condomínios e Loteamentos Urbanos: Prática nos Processos**. 11. ed. Campinas: Millennium, 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Parte Geral**, 30. ed. rev. v.1. São Paulo: Saraiva, 2000.

SCAVONE JUNIOR, Luis Antônio. **Loteamento, Loteamento Fechado e Loteamento Irregular**. Disponível em: <<http://www.scavone.adv.br/index.php?loteamento-loteamento-fechado-e-loteamento-irregular>>. Acesso em: 5 ago. 2014.

SOARES, Danielle Machado. **Condomínio de Fato**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

STODULSKI, Leocir. **Manual de Aprovação de Loteamento**. 2006. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAfRqMAE/manual-aprovacao-loteamento>>. Acesso em: 02 ago. 2014.

TABERTI, Vera Lúcia de C. Braga. **Parecer do Ministério Público de São Paulo: Protocolado nº 45.609/2008 - Representação de Inconstitucionalidade do art. 8º, I, II, III, IV, V e VI e art. 10, I, II, III, IV, V, VI e VII, da Lei 119, de 27 de setembro de 1999, do Município de Caçapava, que disciplina o parcelamento e a ocupação do solo**. 2008. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Assessoria_Juridica/Civel/Controle_Constitucionalidade/ARQUIVAMENTOS_PARECERES/ADINA-45609-08_15-05-08.htm>. Acesso em: 15 ago. 2014.

TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti e PAIVA, João Pedro Lamana (coord.). **Novo Direito Imobiliário e Registral**. 2ª. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

VALÉSI, Raquel Helena. **O Loteamento Fechado e o Rateio das Despesas Comuns**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

VENOSA, Silvio de Salvo. ***Direito Civil: Direitos Reais***. 4^a. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VIEIRA, Renato de Lima. ***Condomínios de Fato e de Direito***. 2014. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13289>. Acesso em: 3 ago. 2014.