

LOTEAMENTOS E A NOVA CONFIGURAÇÃO DO PARCELAMENTO DO SOLO URBANO PELA LEI Nº 13.465, DE 11 DE JULHO DE 2017.

Resumo: Este estudo visa, num primeiro momento, analisar os aspectos que embasaram o movimento legislativo quando da instituição da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, de forma que seja possível acompanhar a evolução histórica e social entre os anos de 1979 e 2018 e, de modo reflexo, a necessidade da criação de novos institutos para equalizar a realidade atual, haja vista, não só o enorme déficit habitacional, mas também a defasagem de algumas das atuais regras de ordem pública. Num segundo momento, com o estudo da Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana e outros temas, será possível compreendermos os novos regramentos criados visando à reforma fundiária e seus aspectos práticos. Sendo assim, a fundamentação base deste trabalho é a referida Lei, precisamente no tocante ao parcelamento do solo urbano. Para tanto, utilizou-se como método de pesquisa o dedutivo, juntamente análise bibliográfica e jurisprudencial, tanto do Tribunal de Justiça de São Paulo quanto das Cortes Superiores, quais sejam, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: loteamento aberto; loteamento fechado de acesso controlado; condomínio de lotes; taxas associativas em loteamentos.

Abstract: This study aims, firstly, to analyze the aspects that underpinned the legislative movement when Law nº 6.766, of December 19, 1979 was established, which provides for the urban land parceling, so that it is possible to follow its historical evolution between 1979 and 2018 and, in a reflexive way, the need for the creation of new institutes to equalize the current reality, given not only the huge housing deficit but also the lag of some of the current rules of public order. Secondly, with the study of Law nº 13.465, of July 11, 2017, it will be possible to understand the new regulations created for land reform and its practical aspects. Therefore, the basis of this work is therefore mentioned Law, precisely in relation to the urban land

subdivision. For this purpose, the deductive research method was used, together with bibliographical and jurisprudential analysis, both in the Court of Justice of São Paulo and in the Superior Courts, being Superior Court of Justice and Supreme Federal Court.

Keywords: open lottings; closed lottings with access control; lot condominium; associative fees in lottings.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1. MOVIMENTO HISTÓRICO E SOCIAL	07
2. O DIREITO CONSTITUCIONAL DE GARANTIA À PROPRIEDADE E A SUA FUNÇÃO SOCIAL	11
3. ESPÉCIES DE PARCELAMENTO DO SOLO: LOTEAMENTO, DESMEMBRAMENTO E DESDOBRO	4
4. ETAPAS PARA O ESTABELECIMENTO DO LOTEAMENTO URBANO.....	7
5. LOTEAMENTO ABERTO POR LOTE AUTÔNOMO.....	31
6. LOTEAMENTO FECHADO POR LOTE AUTÔNOMO OU LOTEAMENTO POR LOTE AUTÔNOMO DE ACESSO CONTROLADO.....	32
6.1 Taxas associativas: dever de contribuir com o rateio das despesas de manutenção e conservação - entendimento dos Tribunais.....	34
<i>6.1.1 Tese 01: Vedação do enriquecimento sem causa.....</i>	<i>34</i>
<i>6.1.2 Tese 02: Liberdade de livre associação.....</i>	<i>38</i>

<i>6.1.3 Atual posicionamento: associação de moradores desenvolve atividade de administradora de bens (alteração trazida pela Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017)</i>	39
7. LOTEAMENTO FECHADO EM CONDOMÍNIOS DE LOTES	41
7.1 Novidades decorrentes do condomínio de lotes	42
8. LOTEAMENTO CLANDESTINO OU IRREGULAR	55
9. OUTRAS FORMAS DE LOTEAMENTO NÃO PREVISTAS NA LEI DE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO	60
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	64

INTRODUÇÃO

O parcelamento do solo tem o objeto de regular a utilização do solo urbano garantindo não só os direitos de propriedade e habitação, dois dos elementos constitutivos da dignidade humana, mas garantindo que o Estado controle sua criação e utilização de acordo com a função social.

Nas palavras do nobre professor José Afonso da Silva, o parcelamento do solo urbano visa “a urbanificação de uma gleba, mediante sua divisão ou redivisão em parcelas destinadas ao exercício das funções elementares urbanísticas” (SILVA, 2000, p. 249).

É possível, em decorrência da divisão do solo, a criação de algumas espécies de núcleos de moradia e convívio, tais como loteamentos abertos, loteamentos fechados, loteamentos regulares, e, por fim, condomínios de lotes. Todos possuem natureza jurídica e forma de criações específicas amparadas nas Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, sendo que cada uma das formas apresenta benefícios e problemas para seus loteadores, moradores e para a competente municipalidade.

Esse estudo visa, num primeiro momento, apresentar os principais pontos de conflitos existentes em decorrência do parcelamento do solo, realizado com base nas Leis supracitadas e, num segundo momento, analisar como a Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, trouxe elementos para os dirimir.

1 MOVIMENTO HISTÓRICO E SOCIAL

Conforme citado na parte introdutória desse artigo, é de suma importância entendermos os fatos históricos que desencadearam as novas atividades sociais, pois, dessa forma, fica mais fácil a compressão das finalidades dos novos institutos

trazidos pela Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana e outros temas.

Segundo Gilberto Brandão Marcon (MARCON, 2017) em seu artigo “A História da Migração do Campo para as Cidades do Brasil do século XX”, o século XX deve ser dividido em dois importantes períodos, sendo que o motivo que os difere é o local, a natureza dos trabalhos realizados e os proventos auferidos.

De início, a concentração das atividades, visando a subsistência familiar, eram executadas no campo de maneira artesanal e, num segundo momento, passaram a ser obradas nos centros urbanos.

Inicialmente, 70% das famílias brasileiras viviam na zona rural e, por óbvio, a concentração do trabalho lá estava. Buscando melhores condições de trabalho, os grupos familiares migraram para a zona urbana, sendo que, no final do século XX, apenas 22 % destes ainda estavam trabalhando no campo.

Ocorre, porém, que as cidades não possuíam infraestrutura básica (água, saneamento, segurança, controle de pragas e de doenças) para receber todos os grupos, tampouco existiam regimentos que tipificavam e regulamentavam a nova forma de convívio em condomínio, o que resultava em conflitos e abusos promovidos pelos detentores do capital.

Tendo como base um enfoque global, pode ser observado que os movimentos de migração da população dos campos para as cidades e os processos de industrialização marcaram o início das reações sociais contra o absolutismo dos direitos individuais.

A concepção individualista das legislações daquela época (anterior a 1799) formatou um sistema de direitos absolutos. O Monarca era considerado a imagem e a vontade de Deus na Terra e, desta forma, o exercício de suas determinações era protegido, e jamais poderia ser considerado abusivo, mesmo que dele decorressem consequências danosas para a sociedade (LIMA, 1956, p.29).

Ato reflexo, iniciou-se uma reação social contra o absolutismo dos direitos individuais, que passaram a encontrar limites em regras de convívio social, visando o bem estar e a justiça social.

A nova política Estatal embasada nas ideias de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa (1789/1799) tinha como meta afastar a intervenção do Estado nas relações privadas.

O Estado (liberalista) passou a controlar, principalmente, a segurança pública e a dar liberdade para as relações particulares. Todavia, da mesma forma que no Absolutismo, o poder econômico garantiu a uma classe social (nobreza) mais poder e mais vantagens no momento de negociar, em detrimento das camadas sociais menos ricas.

Os abusos e desigualdades continuaram, mudando, somente o ator que, antes, era o Estado Absolutista e, nessa, fase passou a ser a burguesia detentora do capital.

Tornou-se necessária a retomada, ainda que limitada, da intervenção do Estado nas relações particulares.

Intensificou-se a complexidade dos tratos sociais, suas necessidades (novas para o regramento jurídico) e o número dos interesses em choque. Isto tornou necessário estabelecer limites aos direitos subjetivos, o que foi feito por meio das “doutrinas da causa das obrigações, da imprevisão, do risco, do enriquecimento ilícito e do abuso do direito” (MARTINS, 1997, p.4).

O Estado, portanto, com a socialização da produção e do consumo, se viu obrigado a intervir de forma cada vez mais significativa, assumindo funções que haviam sido deixadas, exclusivamente, para a iniciativa privada num movimento histórico chamado Revolução Francesa.

A partir da primeira guerra mundial, fez-se valer, cada vez mais, o pensamento ético do enquadramento social do indivíduo e a sua consequente

responsabilidade social e, após 1945, tomaram vulto nos organismos políticos, sob a pressão das tendências sociais e de bem estar, os direitos de fiscalização e de atuação estatal, também, na esfera do direito privado. Operou-se, desta forma, uma mudança fundamental, não somente no conteúdo do direito privado, mas também no próprio método de aplicação do Direito (RAISER, 1990, p. 218).

Estas grandes transformações do mundo contemporâneo acabaram por determinar a transformação do Estado Liberal primitivo, na tentativa de adaptá-lo às demandas dessa nova sociedade, marcada pela industrialização, pela falta de habitação e pelas suas consequências.

O novo modelo social surgido dessa adaptação, que recebeu o nome de Estado Social, estabeleceu como finalidade a criação de uma “política direcionada à neutralização das desigualdades” (LOPEZ, 1996 p. 426 e 427).

A necessidade de orientar a sociedade em direção a uma igualdade efetiva e de tornar as relações sociais mais igualitárias passou a exigir limites para autonomia privada. As formas de intervenção estatal passaram a atuar sobre as posições privadas afetando essencialmente a propriedade e os contratos. Esta intervenção do Estado produziu um novo direito privado.

A legislação brasileira já respirava os novos ares; porém, tinha sua base na noção clássica romana de divisão de terra por glebas e das casas em planos verticais. Desta feita, não previa a possibilidade de condomínio em planos horizontais, não respondendo a todas as necessidades sociais.

O Estado, visando o restabelecimento da ordem social, instituiu a Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias, sendo que, pelo mesmo contexto social, também promulgou a Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano.

Durante alguns anos, essas normas foram suficientes para nortear a conduta social e afastar conflitos relacionados à habitação, mas, como antes exarado, as

necessidades sociais são dinâmicas e, assim também, deve ser a ciência do Direito, sempre se modificando para alcançar o novo formato social e as suas expectativas. Por essa razão, foi promulgada a Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana e outros temas.

2 O DIREITO CONSTITUCIONAL DE GARANTIA À PROPRIEDADE E A SUA FUNÇÃO SOCIAL

Interessante observar que, com a mudança da estrutura social e da fonte do capital, mudou, também, mas não só, a função do Estado e a forma de produção das leis e sua interpretação, deixando de ser absolutista e liberalista, para ser, como *supra* dito, Social.

Conforme observa Ricardo Lorenzetti, neste momento, o direito privado abre uma porta para “exceder a visão horizontal do conflito entre duas pessoas, para apreender as relações verticais que apresenta com o resto da sociedade” - o direito privado toma consciência de que os atos de um indivíduo não são indiferentes no que tange aos demais indivíduos e aos bens públicos (LORENZETTI, 1988, p.78).

O Legislador se viu obrigado a encontrar soluções para os novos contextos e problemas sociais. O norte: proteção da dignidade humana e redução das desigualdades sociais e materiais devem ser observados (TEPENDINO, 2001).

Desta forma, verifica-se que os códigos materiais e processuais nunca conseguirão englobar todos os anseios presentes na sociedade, nunca conseguirão englobar todos os bens da vida.

Ruy Rosado de Aguiar Junior já ressaltou que “o Direito positivado é apenas uma parte do conjunto, a sua parcela mais visível, mas nele convivem os princípios gerais do Direito, os postulados, o Direito Natural, o sentimento de justiça, a exigência de equidade, vivenciados e sentidos pela sociedade na qual o juiz habita” (AGUIAR, 1989, p.7-20).

A nova técnica legislativa passou a recorrer às cláusulas gerais, que possuem uma redação mais aberta e, desta forma, conseguem abranger um maior número de situações, que, na antiga forma de legislar, poderiam ter ficado afastadas da proteção estatal. As normas gerais também permitem uma maior amplitude interpretativa por parte do juiz, que passa a dimensionar seu alcance aos casos concretos.

As cláusulas gerais, portanto, operam a fragmentalização dos conceitos, de forma que o legislador não tem a pretensão de ser exaustivo na regulamentação dos institutos, visando que o aplicador do direito tenha a possibilidade, como antes dito, de, diante do fato jurídico concreto, fazer valores do ordenamento em todas as novas situações.

O que temos, portanto, é uma maior abrangência das cláusulas gerais, e a necessidade de interpretação. Devemos analisar a forma ou a metodologia de interpretação buscando a manutenção da segurança jurídica.

Nesse sentido, Judith Martins Costa (MARTINS. 1997) entende que o que diferencia as cláusulas gerais dos princípios gerais do direito é a atuação do legislador. Afinal, permitem a formação da norma não através da interpretação do princípio, mas pela criação através da síntese judicial.

Continua seu raciocínio sustentando que a interpretação judicial “através das cláusulas gerais permite a entrada no ordenamento jurídico de elementos que, em alguns casos, não são jurídicos – são, inclusive, estranhos ao direito codificado. Estes elementos podem ser oriundos diretamente do âmbito social, econômico ou moral. Isto ocorre porque as cláusulas gerais conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de “princípios valorativos” (MARTINS, 1991).

Inequívoco que as cláusulas gerais representam, para alguns, uma inovação legislativa que permite, se bem aplicada, lubrificar as engrenagens da justiça. Ocorre que, para outros, a sua grande utilidade e abrangência é algo perigoso.

O que deve ser reconhecido é que a velha e fechada forma de legislar e aplicar o direito baseada, somente, no direito positivado, não mais atinge as atuais necessidades sociais. Os tempos atuais pedem a integração daquele com as cláusulas gerais.

Especificamente, sobre o tema deste trabalho, algumas Leis e cláusulas gerais devem ser relacionadas e aplicadas em conjunto.

Antes do estudo propriamente dito da Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana e outros temas, interessante adicionarmos o conceito da função social da propriedade ao estudo da evolução histórica há pouco analisado, em continuidade ao que foi exposto no capítulo anterior, e, desta forma, necessário para análise do objeto desse trabalho.

A propriedade é uma das espécies de direito real e se caracteriza pela reunião de seus elementos constitutivos, conforme previsão do artigo 1.228 do Código Civil, que define quem é o proprietário.

O direito real de propriedade é o mais amplo dos direitos reais e, em sua conceituação analítica, é o direito de usar, fruir e dispor do bem, assim como reavê-lo de quem injustamente o possui, sendo esses seus atributos (GOMES, 2002, p. 97).

Sobre o tema leciona Edson Jacinto Silva (SILVA, 2016, p. 121):

Demais, o caráter absoluto do direito de propriedade, na concepção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (segundo o qual seu exercício não estaria limitado senão na medida em que ficasse assegurado aos demais indivíduos o exercício de seus direitos), foi sendo superado pela evolução, desde a aplicação da teoria do abuso do direito, do sistema de limitações negativas e depois também de imposições positivas, deveres e ônus, até chegar-se à concepção da propriedade como função social, e ainda do estágio mais avançado da propriedade socialista. Essa evolução implicou também a superação da concepção da propriedade como direito natural, pois “não se há de confundir o direito de propriedade sobre

um bem, que é sempre atual, isto é, só existe enquanto é atribuído positivamente a uma pessoa, com a faculdade que tem todo indivíduo de chegar a ser sujeito desse direito, que é potencial”, “não sendo a propriedade senão um direito atual, cuja característica é a faculdade de usar, gozar e dispor de bens, fixada na lei”. É o que, aliás, decorre do nosso Direito Positivo, ao estatuir que a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens (CC, art. 524). É, assim, o Direito Positivo, a lei ordinária mesma, que fixa o conteúdo desse direito que é institucionalmente garantido pela Constituição .

Cabe observar que a propriedade privada e a função social da propriedade são garantias constitucionais, tratadas no artigo 5^a, incisos XXII, XXIII, XXIV e XXV e nos artigos 170, incisos II e III, 182, § 2^o e 184, *caput*, todos da Constituição Federal.

O Código Civil, por sua vez, tratou do tema no parágrafo único do artigo 2.035, abaixo transcrito:

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.

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. (*grifos nossos*)

Sobre o princípio da função social, José Afonso da Silva (SILVA, 2000, p. 249) aduz que:

O princípio da função social traduz um novo regime jurídico à propriedade, pois incide no próprio conteúdo deste direito como elemento que determina a aquisição, o gozo e utilização; logo, ela só é considerada legítima enquanto considerada propriedade função.

A propriedade se caracteriza por ser (i) *absoluta*, portanto, seu proprietário tem amplo poder jurídico sobre aquilo que é seu; (ii) *exclusiva*, vez que a

propriedade de um afasta a propriedade do outro, de maneira que não se pode falar em duas pessoas proprietárias, independentemente e simultaneamente, da integralidade da coisa; (iii) *perpétua*, em regra, pelo motivo de sua extinção só ocorrer pela vontade de seu dono ou por disposição legal; e (iv) *ilimitada*, na exata medida em que seu proprietário pode utilizar a coisa como melhor lhe aprouver, desde que exercidos nos limites do interesse econômico e social (SCAVONE JUNIOR, 2016, pp. 10-13).

Dessa forma, o direito de propriedade e sua função social, atualmente, coexistem de forma pulsante, o que é resultado da convergência dos interesses dos não proprietários e do direito subjetivo do proprietário, cabendo ao legislador caracterizar a função social, de acordo com a essência dos bens, e, ao aplicar a lei, com o contorno de cada situação fática.

O alcance da função social da propriedade, no que tange às questões dos assentamentos humanos nas cidades, considerando a realidade fundiária brasileira, se permeia em campos muitos mais férteis, ao exemplo da atividade econômica, "ao se arrazoar a utilização da coisa em detrimento da faculdade do proprietário de usar todo o potencial econômico ou não de seus bens" (MANSUR, 2015).

Assim, a propriedade deve primar, essencialmente, por uma função, mesmo que, de forma individualizada, mas que seja socialmente e legalmente utilizada, cumprindo, assim, os requisitos de gozo e utilização.

Como o atual Direito é composto, conforme já analisado, de cláusula gerais, devendo estas serem ampliadas ou limitadas com a aplicação de princípios valorativos (que para, o nosso trabalho, limitaremos ao da função social), é necessário ampliarmos a sua análise.

Para o professor titular da USP Carlos Alberto Dabus Maluf, "ao antigo absolutismo do direito, consubstanciado no famoso *jus utendi et abutendi*, contrapõe-se, hoje, a socialização progressiva da propriedade – orientando-se pelo critério da utilidade social para maior e mais ampla proteção aos interesses e às necessidades comuns" (MALUF, 2011, p 73).

Assim sendo, o direito de propriedade deve ser exercido de acordo com os objetivos sociais e econômicos do microsistema em que ela se encaixa, preservando-se a fauna, a flora, os animais, as topografias, os patrimônios histórico e cultural (ou seja, as belezas naturais), mantendo-se o equilíbrio entre o exercício da propriedade e a sua função social direta (atores da relação) e indireta (sociedade).

Nesse sentido, o conceito da função social da propriedade não pode gerar dúvidas quanto a sua aplicação. Fato é que isso muito ocorre. Ocorre porque há confusão entre função social e aproveitamento econômico.

Comenta Paulo Lôbo (LÔBO, 2015) que a interpretação das normas infraconstitucionais não pode levar ao equivoco da confusão entre a função social e aproveitamento econômico. Pode haver máximo aproveitamento econômico e lesão à função social da propriedade ou da posse.

Não há, por exemplo, função social quando, visando à potencialização dos fins econômicos, o proprietário do imóvel não atende às exigências do ordenamento municipal, ou quando o proprietário rural não promove o aproveitamento racional e adequado da terra.

Portanto, não são a produtividade ou os fins econômicos que orientam a aplicação da função social da propriedade.

Como definir então a função social da propriedade?

Fato que, até o momento, verificamos a relação entre propriedade e a sua função social. Fato, também, que afastamos a confusão entre função social e aproveitamento econômico.

Ajuda-nos com o conceito de função social o caso da *Favela Pullman*.

A favela localiza-se em São Paulo, e recebe a moradia de inúmeras famílias. Seu terreno foi adquirido, entre os anos de 1978 e 1979, por uma empresa loteadora que, por muitos anos, deixou a área sem a correta destinação. Abandonada, foi invadida, como dito, por diversas famílias que descaracterizaram o local.

Em 1985, após anos de ocupação, os proprietários da área ingressaram com ação reivindicatória, que foi procedente em primeira instância.

Os ocupantes recorreram para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deu provimento ao recurso de Apelação.

O relator Desembargador José de Osório de Azevedo Junior entendeu que:

O atual direito positivo brasileiro não comporta o pretendido alcance do poder de reivindicar atribuído ao proprietário pelo art.524 do CC. A leitura de todos os textos do CC só pode se fazer à luz dos preceitos constitucionais vigentes. Não se concebe um direito de propriedade que tenha vida em confronto com a Constituição Federal, ou que se desenvolva paralelamente a ela. As regras legais, como se sabe, se arrumam de forma piramidal. Ao mesmo tempo em que mantém a propriedade privada, a CF/1988 a submeteu ao princípio da função social (arts. 5º XXII e XXIII; 170, II e III; 182, § 2º; 184 e 186 etc.). Esse princípio não significa apenas uma limitação a mais ao direito de propriedade, como, por exemplo, as restrições administrativas, que atuam por força externa àquele direito, em decorrência do poder de polícia da Administração.

O princípio da função social atua no conteúdo do direito. Entre os poderes inerentes ao domínio, previstos no art. 524 do CC (usar, fruir, dispor e reivindicar), o princípio da função social introduz um outro interesse (social) que pode não coincidir com os interesses do proprietário.

Veja-se, a esse propósito, José Afonso da Silva, *Direito constitucional positivo*, 5, ed., p. 249-250, com apoio de autores europeus. Assim, o referido princípio torna o direito de propriedade, de certa forma, conflitivo consigo próprio, cabendo ao judiciário dar-lhe a necessária e serena eficácia nos litígios graves que lhe são submetidos. (...)

No caso dos autos, o direito de propriedade foi exercitado, pelos autores e por seus antecessores, de forma antissocial. O loteamento – pelo menos no que diz respeito aos nove lotes reivindicados e suas imediações – ficou praticamente abandonado por mais de 20 (vinte) anos; não foram

implantados equipamentos urbanos; em 1973, havia árvores até nas ruas; quando da aquisição dos lotes, em 1978, a favela já estava consolidada. Em cidade de franca expansão populacional, com problemas gravíssimos de habitação, não se pode prestigiar tal comportamento de proprietários.

Seguindo a visão do Estado Social, momento em que o Estado passou a adotar uma função de maior intervenção nas relações privadas, abandonando o papel de expectador da ambiência econômica, a professora Giselda Hironaka (HIRONAKA, 2000, p. 105) conceitua a palavra “social” como:

Ainda que o vocábulo social sempre apresente esta tendência de nos levar a crer tratar-se de figura da concepção filosófico-socialista, deve restar esclarecido tal equívoco. Não se trata, sem sombra de dúvida, de se estar caminhando no sentido de transformar a propriedade em patrimônio coletivo da humanidade, mas tão apenas de subordinar a propriedade privada aos interesses sociais, através desta ideia-princípio, a um só tempo e atual, denominada “doutrina da função social”.

A função social, portanto, deve ser analisada e compreendida em dois níveis sendo:

O primeiro, denominado “Intrínseco”, onde a função social é analisada horizontalmente, ou seja, a relação em o proprietário e seu bem.

O segundo, denominado “Extrínseco”, onde a análise é feita de forma vertical, analisando a relação com o todo, buscando-se a funcionalidade.

Justifica-se, ainda, o todo exposto nesse capítulo a análise do artigo 1228, §2º, do Código Civil que proíbe atos emulativos, ou seja, os atos praticados pelo proprietário que não lhe trazem nenhuma vantagem ou comodidade, apenas prejudica terceiros, configurando abuso de direito de propriedade. Vejamos:

Art. 1.228. 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.

[...]

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

Auxiliando na forma de interpretação do artigo, o Enunciado 49 do CEJ dita que o artigo 1.228, § 2º do Código Civil deve ser interpretado de maneira restritiva, em harmonia com o princípio da função social da propriedade e com o disposto no artigo 187, também do Código Civil, que ensina que comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Em síntese, o que efetivamente caracteriza abuso do direito é o seu anormal exercício, assim entendendo aquele que se afasta da ética, da boa-fé, da finalidade social ou econômica do direito, enfim, aquele que exercido sem motivação legítima. Por óbvio que, não basta, para o configurar, o fato do seu exercício causar dano a alguém, o que, às vezes, é inevitável.

E, de fato, o que se nota, é que imperam, nas grandes cidades brasileiras, uma realidade que parece não se curvar à vontade legislativa, de forma que, ou se praticam, na realidade, atos diversos daqueles previstos pela legislação, ou encontram-se formas de a utilizar para burlar os seus próprios mandamentos.

O fenômeno, aliás, é bastante comum em países em que o desenvolvimento do capitalismo não é completo; poucos deram conta de modificar a sua estrutura legislativa e, ao mesmo tempo, ter um desenvolvimento econômico que pudesse conferir aos seus cidadãos as mesmas possibilidades, em relação à cidade, que os países de capitalismo mais desenvolvido puderam.

A dinâmica legal de transferência de propriedade, e a capacidade do Poder Público de interferir nesses processos, ainda que adotando medidas paliativas, ou interferindo mais diretamente no mercado imobiliário, não foram suficientes para garantir uma moradia digna à maioria dos cidadãos que, hoje, habitam os centros urbanos brasileiros.

Tampouco, o Poder Público brasileiro foi capaz de cumprir a determinação constitucional de diminuir as desigualdades regionais que, há tanto, castigam a população brasileira (artigo 3º, III, da Constituição Federal de 1988), o que poderia contribuir para diminuir o fluxo migratório a certas cidades, ou, ao menos, pudesse conferir uma outra qualidade a essa migração, de forma que a mobilidade de pessoas e famílias no território nacional tivesse uma qualidade diferente, proporcionando um fluxo proporcional de cidadãos por todas as regiões, e não apenas aquele mais centrado na busca de condições mínimas de sobrevivência em locais diversos das origens, devido ao fato de não haverem possibilidades de obtenção de renda suficiente nesses locais.

Reconheça-se que o enfrentamento de tais problemas incorre na maioria dos problemas surgidos desde a adoção de uma Constituição que prevê, em parte, um Estado Social, no moldes descritos acima. Ainda que isso tivesse como objetivo, exatamente, sanar as necessidades humanas básicas que não foram pelo sistema econômico capitalista, a constatação de que as normas que determinam a responsabilidade do Estado em garantir esses direitos têm consequências complexas para os modelos antigos de ordenamento jurídico, e, mesmo, não sendo de fácil tarefa o desenvolvimento de um novo modelo, que dê conta de todas essas adaptações.

Se a atuação do Estado já era objeto de amplos e profundos questionamentos quando era quase que limitada a se omitir de interferir na sociedade e na vida dos cidadãos, as mais novas incumbências do Poder Público apenas acrescentam mais perguntas sobre o tema. E, mesmo, muitas vezes, a aplicação de normas de cada um desses tipos pode ser conflitante, gerando uma série de reflexões sobre o tema.

No caso específico da normativa relevante ao estudo da Lei em questão, está constatado que envolve os mais diversos princípios e diplomas legais, daí a importância de se mencionar os aspectos acima.

A solução dos problemas do aumento tão grande das populações nas cidades exige medidas de longo prazo, na sua maioria, que exigem estudos técnicos e processos legislativos complexos.

Além disso, a própria questão orçamentária apresenta diversos desafios à ordem jurídica presente. Não apenas os custos da implementação de novas moradias e infraestrutura adequadas nas grandes cidades e arredores são grandes, como as determinações jurídicas para que o Estado incorra nelas é bastante detalhado, também pode exigir prazos maiores para efetivação e procedimentos de alta complexidade.

Importante mencionar, neste trabalho, que a Lei ora analisada é objeto de ampla contestação por diversos segmentos da sociedade, juridicamente, os quais estão representados, por exemplo, por partido político, associação de profissionais e pelo próprio órgão estatal responsável pela proteção dos interesses públicos.

Essa importância decorre não apenas dos próprios valores mencionados nessas ações, mas, também, porque vários deles estão protegidos pela Constituição Federal de 1988, de forma que essas ações são de controle direto de constitucionalidade, desenvolvendo-se, portanto, no Supremo Tribunal Federal.

Embora muitos dos dispositivos apontados como conflitantes com as determinações constitucionais não estejam inclusos no âmbito do objeto delimitado para o presente trabalho, uma das ações pede a declaração de inconstitucionalidade relativa a todo o diploma legal, e não apenas desses dispositivos.

De fato, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5771/17, proposta pelo então Procurador Geral da República, aponta vícios formais em todo o processo de criação da Lei 13.465/17, que deveriam implicar na total invalidade de todos os seus dispositivos, bem como, portanto, de seus feitos. A ação, inclusive, pedia a

concessão de uma medida cautelar pedindo a “suspensão da eficácia” da Lei em sua totalidade. A medida cautelar pedida, contudo, não foi deferida.

Conforme exposto na petição inicial da ação:

É inquestionável o caráter de excepcionalidade que reveste o instituto das medidas provisórias, ante a necessidade de equilíbrio e independência na relação entre os poderes da República. Edição de medidas provisórias pelo Presidente da República não prescinde de estrita observância dos requisitos de urgência e relevância previstos no art. 62 da Constituição. No caso da Medida Provisória 759/2016, não há elementos que evidenciem urgência para sua edição. Muito ao contrário.

Na petição inicial da referida ação, argui-se que a lei é fruto da conversão de uma Medida Provisória em lei, o que eivaria o diploma legal de vício formal insanável.

Isso porque a Constituição Federal confere ao Poder Executivo Federal a possibilidade de editar tais medidas apenas em casos de relevância e urgência (caput do artigo 62), hipótese que não se verificaria para edição da MP 759/16, que originou a lei ora analisada. Nota-se que, embora haja, efetivamente, um problema de oferta de moradia no Brasil, as medidas determinadas pela Medida Provisória versam sobre assuntos que devem ser exclusivos à legislação concernente a políticas públicas.

Ainda, a Medida Provisória que originou a Lei 13.465/17 versou sobre diversos direitos relacionados à cidadania, o que é expressamente vedado pela alínea ‘a’ do inciso I do parágrafo único do artigo 62 da Constituição Federal.

Nesse sentido, MELLO (2002, P. 113) escreve:

Importa, ademais, que as medidas provisórias não contenham em si providências incompatíveis com a sua natureza efêmera, precária e de eficácia suscetível de ser suprimida retroativamente, *ab initio*. Disto decorre

que através delas não se pode pretender mais que o indispensável para atendimento do resultado que as justifica.

E muitas das relações jurídicas estabelecidas pela Lei, efetivamente, são de longo prazo, inclusive aquelas analisadas no presente trabalho. Compra e venda de bens imóveis e o aval do poder público para modificação da paisagem urbana são apenas dois exemplos de situações jurídicas de difícil reversibilidade, tanto quanto aos seus efeitos materiais quanto das relações jurídicas propriamente ditas.

Outro aspecto que torna relevante a abordagem da ADI 5771/17 pelo presente trabalho relatado na exordial da ação é que o fato de a Medida Provisória 759/16 ter sido convertida em lei pelo Congresso Nacional, de acordo com entendimento mais novo que parece passar a prevalecer no Supremo Tribunal Federal, não sana os vícios da medida provisória original.

Disso resulta que, independentemente de uma possível constitucionalidade material da lei, o fato de não terem sido atendidos os requisitos de urgência e relevância é motivo de declaração de inconstitucionalidade da lei.

REALE (1975, p. 489), sobre esse assunto, discorre:

A norma de direito envolve, na realidade, um fato que, iluminado por valores, dá lugar a uma atitude humana e a uma decisão . Daí, repetimos, a importância do problema do *Poder* no processo, de formação de cada complexo de relações jurídicas, visto como existe sempre como um ato de *decisão* de opção e de ação conseqüente marcando o surgimento da norma, no quadro das múltiplas vias do possível e legítimo ao acesso do mundo dos valores.

A declaração de inconstitucionalidade da Lei 13.465/17 acarretaria sérios problemas em relação aos negócios jurídicos efetuados sob sua normatização, eis que o ordenamento jurídico atual não acolhe a submissão de relações a legislação em desconformidade com a Lei Maior.

Analisadas a forma atual de constituição e aplicação do Direito, passemos à análise dos demais tópicos.

3 ESPÉCIES DE PARCELAMENTO DO SOLO: LOTEAMENTO, DESMEMBRAMENTO E DESDOBRO

Com base no disposto no artigo 2º, § 1º da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, o loteamento ocorre quando há 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.

Senão, vejamos o entendimento de Diógenes Gasparini (GASPARINI, 1988, p. 11):

Eis aí, nesse parágrafo, o conceito legal de loteamento, que não deixou de ser, em termos, o enunciado pelo Decreto-lei federal n. 271/67, numa interpretação combinada das regras trazidas pelos §§ 1º e 2º do seu art. 1º. Cabe, desde já, afirmar que o loteamento é divisão, e não, como explicitado no parágrafo em apreço, a subdivisão de gleba em lotes. A subdivisão pressupõe uma divisão, e isso não ocorre. Além dessa impropriedade, há de ser observado que a explicitação “prolongamento das vias existentes” já está compreendida na expressão abertura “de novas vias de circulação”. Quando se prolonga uma via, o prolongamento constitui abertura. De outra sorte, a ampliação (naturalmente da largura) e a modificação das vias existentes refogem aos limites do parcelamento, pois tais operações incidem sobre bens públicos. A modificação do sistema viário não cabe ao loteador, salvo hipóteses especialíssimas e quando devidamente autorizada.

O loteamento surge, portanto, com a subdivisão de uma porção de terra, qual seja, gleba, em lotes, com a finalidade de edificação, sendo necessário o prolongamento, modificação ou ampliação das vias já existentes ou, até mesmo, com a abertura de novas vias e logradouros públicos.

Segundo Haroldo Guilherme Vieira Fazano (FAZANO, 2003, p. 123):

Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamentos, modificação ou ampliação das vias existentes. A respeito, diz Pontes de Miranda: “é parcelamento material o que se faz, precisamente ou não, na imagem da coisa (planta, delimitação), ainda sem se fazer na coisa. Onde existe, ainda no plano material, execução da parcelamento material, que não foi executada”. De outro lado, devemos distinguir o parcelamento do solo da denominada multipropriedade imobiliária, a que alude Maria Helena Diniz, bem como do loteamento fechado.

Já o autor Arnaldo Rizzardo entende que o loteamento é um procedimento que se utiliza das técnicas de agrimensura para dividir um determinado espaço de terra em outras porções distintas menores, tendo estas possibilidades de autonomia própria. Feita a divisão da gleba, estes lotes não farão mais parte daquela que foi dividida, passando a existir, todos estes lotes, como uma nova propriedade (RIZZARDO, 2003, p. 35).

Oportuno classificar o que é gleba e o que é lote:

(i) a primeira é definida nos parágrafos 4º e 5º, do artigo 2º, da Lei de parcelamento do solo urbano, inseridos, já sem tempo, pela Lei nº 9.785, de 29 de janeiro de 1999, que alterou o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941 – Desapropriação por Utilidade Pública, e as Leis nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 – Registros Públicos, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979 – Parcelamento do Solo Urbano, como a porção de terra, não submetida a parcelamento, portanto, espaço que jamais foi loteado ou desmembrado, pautado nesse instituto jurídico;

(ii) o segundo é definido pelo § 4º, artigo 2º, da Lei que trata do parcelamento.
Veamos:

Artigo 2º [...] parágrafo 4º: 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.

Artigo 2º [...] parágrafo 5º: A infraestrutura básica dos parcelamentos é constituída pelos equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação.

Dessa forma, numa qualificação objetiva das espécies de parcelamento do solo urbano, quais sejam: loteamento, desmembramento e desdobro, teríamos as seguintes definições, a saber: (a) loteamento é o empreendimento aprovado numa gleba, em área de terra que ainda não sofreu a intervenção urbanística, na conformidade da Lei de parcelamento do solo urbano, cujo resultado será a subdivisão dessa gleba em lotes, com abertura de vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias já existentes; (b) desmembramento é um empreendimento aprovado numa gleba, com a subdivisão de glebas em lotes destinados à edificação, todavia, sem atos de urbanização, portanto, com aproveitamento de um sistema viário já existente;

(c) desdobro é um empreendimento em que há a subdivisão de gleba em gleba ou de lote em lote, entendendo-se o lote como aquela porção de terra urbana, que já passou por um processo de aprovação de um parcelamento do solo regular e que tem a infraestrutura mínima definida pela Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, a qual poderá ser reduzida nas zonas urbanas de interesse social, conforme previsão do § 6º, do artigo 2º da referida Lei:

Artigo 2º [...] parágrafo 6º: A infraestrutura básica dos parcelamentos situados nas zonas habitacionais declaradas por lei como de interesse social (ZHIS) consistirá, no mínimo, de:

I - vias de circulação;

II - escoamento das águas pluviais;

III - rede para o abastecimento de água potável;

IV - soluções para o esgotamento sanitário e para a energia elétrica domiciliar.

Essa redução é justificada pela prevalência do interesse de uma coletividade. Ademais, o desdobro de lote deve respeitar a área mínima de 125 m² e frente mínima de 5m², em atendimento ao previsto no artigo 4º, inciso II, desSe mesmo diploma, podendo ser menor, no entanto, quando se tratar de empreendimento de interesse social previsto em legislação municipal.

Deve ser lembrado, ainda, que o parcelamento (loteamento / desdobro) do solo para fins urbanos só é permitido em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização definidas pelo poder público municipal (Plano Diretor).

Para fins de urbanização, o parcelamento do solo encontra algumas restrições que visam à segurança social.

É proibido o parcelamento de áreas alagadiças, terrenos aterrados com materiais nocivos à saúde, declives iguais ou superiores a 30 % e em lugares onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis. Existe a possibilidade dessas restrições serem afastadas, caso sejam adotadas medidas de adequações técnicas de salubridade e segurança. Como antes dito, a finalidade das restrições é a segurança social e, caso as adequações a garantam, o parcelamento pode ser realizado.

O mesmo não ocorre quando se busca o parcelamento em áreas onde as condições geológicas não aconselham a edificação, em área de preservação ecológica, bem como as áreas definidas no Código Florestal (Lei 12.651 / 2012).

4 ETAPAS PARA O ESTABELECIMENTO DO LOTEAMENTO URBANO

Para a primeira etapa, deve ser observado o artigo 3º Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, onde constam, minuciosamente, os requisitos urbanísticos para o estabelecimento de um loteamento urbano. Destarte, trata-se da fase de análise

da viabilidade legal, técnica e financeira do empreendimento - este último, do ponto de vista apenas do empreendedor.

Lembrando que os loteamentos urbanos só podem ser feitos em zona urbana ou zona de expansão urbana, em conformidade com o artigo 3º desta Lei, e para fins de comércio, indústria, prestação de serviços e habitação. Tais zonas são definidas pelo Município ou Distrito Federal.

Em seguida, numa segunda etapa, será necessário solicitar as diretrizes na Prefeitura do Município ou do Distrito Federal, no órgão de abastecimento de água e coleta de esgotos e na Secretaria Estadual do Meio Ambiente, em cumprimento ao previsto no artigo 6º da Lei ora em comento.

Já na terceira etapa, uma vez analisada a viabilidade geral do empreendimento, com a integral observância de todas as diretrizes pertinentes, é seguida a fase de aprovações que, basicamente, ocorre da seguinte forma:

(i) será elaborado projeto, através de engenheiro competente, para uma prévia aprovação pela Prefeitura, em conformidade com o artigo 9º da informada Lei;

(ii) uma vez aprovado previamente o projeto, pela Municipalidade, seguirá para as aprovações na esfera Estadual, sendo que, no Estado de São Paulo, o órgão competente é o Grupo de Análise e Aprovação de Projetos Habitacionais – GRAPROHAB, instituído pelo Decreto Estadual nº 33.499, de 10 de julho de 1991, reestruturado através do Decreto Estadual nº 52.053, de 13 de agosto de 2007, órgão este constituído pela Secretaria da Habitação, Secretaria do Meio Ambiente, Procuradoria Geral do Estado, Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental, Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo, Empresa Paulista de Planejamento Metropolitano, Departamento de Águas e Energia Elétrica;

(iii) finalmente, aprovado o projeto no Município ou Distrito Federal e no Estado, o projeto retorna para Prefeitura, em busca da aprovação final, com expedição de alvará para início das obras do empreendimento.

Questiona-se, no entanto, sobre a possibilidade da negativa, por parte do Município ou Distrito Federal, da aprovação final do projeto, uma vez já aprovado previamente por esse mesmo Poder Executivo e, posteriormente aprovado pelo Estado, portanto, após cumprimento integral de todos os requisitos das diretrizes do Município ou Distrito Federal e com expedição de alvará para começar as edificações.

Para entender a dialética, importante esclarecer que referido ato municipal, previsto, especificamente, no artigo 50, inciso I, da Lei nº 6.766/1979, configura-se em ato administrativo vinculado ou discricionário, de acordo com o posicionamento de quem os defende, assim explicitaremos.

Na classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 2002, p. 375), quanto ao grau de liberdade da Administração Pública em sua prática, os atos administrativos discricionários e vinculados podem ser definidos da seguinte maneira:

(1) Atos ditos discricionários e que melhor se denominariam atos praticados no exercício de competência discricionária – os que a Administração pratica dispondo de certa margem de liberdade para decidir-se, pois a lei regulou a matéria de modo a deixar campo para uma apreciação que comporta certo subjetivismo. [...] (2) Atos vinculados - os que a Administração pratica sem margem alguma de liberdade para decidir-se, pois a lei previamente tipificou o único possível comportamento diante de hipótese prefigurada em termos objetivos [...].

Toshio Mukai entende que é ato vinculado (MUKAI, ALVES, LOMAR, P. J. V., 1987, p. 74), de modo que, uma vez fornecido o alvará para dar início às obras, o Poder Municipal ou Distrital não poderá negar a aprovação final do empreendimento, e caso, o faça, então cometerá um ato ilegal, sujeito a mandado de segurança.

No entanto, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Cordeiro Guerra, aposentado em 18 de março de 1986, entende que se trata de ato discricionário¹:

¹ Entendimento firmado no acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara – MS nº 2.186, in Rev. de Dir. da Proc. Geral, vol. 13, p. 116.

ainda que respeitados todos os requisitos das Diretrizes do Município do Distrito Federal, referido Poder Executivo poderá alegar ausência de interesse em parcelamento do solo urbano, pelos mais variados motivos, a exemplo de ausência de interesse político, insuficiência de recursos do Município ou Distrito Federal para atender com transporte, saúde, segurança e etc., o contingente populacional que deverá habitar na localidade do empreendimento, dentre outros motivos.

Na quarta etapa, dar-se-á início às obras do empreendimento, pois, nessa fase já haverá alvará para tanto, uma vez aprovado definitivamente o loteamento, em conformidade com os artigos 37 e 50, inciso I, da Lei nº 6.766/1979, prestada, também, a garantia prevista no artigo 18, inciso V, deste Diploma, com prazo de 04 (quatro) anos para as edificações, de acordo com o artigo 9º, desta Lei. Vejamos:

Art. 37. É vedado vender ou prometer vender parcela de loteamento ou desmembramento não registrado.

[...]

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 Município.

Existe a necessidade do licenciamento ambiental do parcelamento. Para isso, é necessária uma Licença Prévia e uma posterior Licença de Instalação para o órgão responsável pelo meio ambiente, podendo ser a Secretaria Estadual do Meio Ambiente ou a Secretaria Municipal do Meio Ambiente.

De acordo com a Resolução CONAMA nº 237/1997:

Art. 5º - Compete ao órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades:

I - localizados ou desenvolvidos em mais de um Município ou em unidades de conservação de domínio estadual ou do Distrito Federal;

II - localizados ou desenvolvidos nas florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente relacionadas no artigo 2º da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, e em todas as que assim forem consideradas por normas federais, estaduais ou municipais;

III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais de um ou mais Municípios;

IV – delegados pela União aos Estados ou ao Distrito Federal, por instrumento legal ou convênio.

Parágrafo único. O órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal fará o licenciamento de que trata este artigo após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento.

Art. 6º - Compete ao órgão ambiental municipal, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio.

Art. 7º - Os empreendimentos e atividades serão licenciados em um único nível de competência, conforme estabelecido nos artigos anteriores.

A Licença Prévia deve ser apresentada na primeira etapa da aprovação do licenciamento, e a Licença de Instalação antes da aprovação final do Município.

Por fim, a quinta etapa ocorre com o registro do empreendimento perante o Cartório de Registro de Imóveis competente, no prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias, contados da aprovação final e definitiva do loteamento, mediante requerimento instruído com os documentos elencados no artigo 18 da já exarada Lei, de modo que cada lote ganhará uma matrícula, diga-se, individualizada, quando, então, poderá ocorrer a comercialização dos lotes.

5 LOTEAMENTO ABERTO POR LOTE AUTÔNOMO

O loteamento aberto por lote autônomo é aquele descrito no § 1º, artigo 2º, da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que trata do parcelamento do solo urbano e tem os seguintes dizeres:

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

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

Difere essa forma de constituição de parcelamento do solo da forma que será narrada no item seguinte, justamente o fato do loteamento, em seu gênero, manter a característica primordial de ser aberto.

Para melhor exemplificar, é aquele loteamento em que o empreendedor comercializa lotes autônomos em vias públicas não fechadas por muros, cercas ou quaisquer outras formas restritivas de acesso a pedestres ou condutores de veículos.

6 LOTEAMENTO FECHADO POR LOTE AUTÔNOMO OU LOTEAMENTO POR LOTE AUTÔNOMO DE ACESSO CONTROLADO

O termo loteamento fechado é usado por alguns doutrinadores no sentido de que é constituído na forma da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, por ela regido, mas difere do loteamento tradicional, há pouco analisado, sob o título loteamento aberto, pois as vias de circulação e logradouros públicos, que passam ao domínio público são utilizadas apenas pelos proprietários dos lotes, e que sua utilização correta se faz através de permissão ou concessão de uso.

Com fulcro no artigo 22 desta Lei, no momento do registro do loteamento no Cartório de Imóveis, serão transferidas para a propriedade do Município ou Distrito Federal todas as áreas destinadas ao uso público, tais como: praças, ruas, calçadas, espaços livres e as áreas destinadas aos edifícios públicos, além de outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo do empreendimento.

Daí decorre que, em princípio, se não houver consentimento municipal, as ruas não poderiam ser bloqueadas, restringindo, assim, o acesso de terceiros ao empreendimento.

Isso significa que, se não houver um ato administrativo autorizando a instalação de portarias ou de cancelas para restringir ou controlar o trânsito de veículos e de pessoas pelas ruas e pelas calçadas da região loteada, o loteamento será considerado ilegal ou irregular.

Sobre o tema, o Professor Doutor Luiz Antônio Scavone Junior (SCAVONE JUNIOR, 2017) defende que:

Inicialmente, para a admissão do loteamento fechado, uma dificuldade surge: se o artigo 22 da Lei nº 6.766/79 determina que desde a data do registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas aos edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo, como pode haver a possibilidade de fechamento do perímetro de um loteamento, restringindo o uso dos bens públicos unicamente aos proprietários dos lotes?

O parcelamento urbanístico do solo, em todas as suas formas, se sujeita às normas urbanísticas estabelecidas na legislação municipal. (José Afonso da Silva. Direito Urbanístico Brasileiro. São Paulo, RT, 1981. P.379).

Assim, por Lei Municipal, há possibilidade de se autorizar o fechamento do loteamento com a restrição de uso dos bens públicos aos seus proprietários através da concessão de uso.

[...]

Não há como negar que as ruas, praças e demais espaços livres, no ato do registro do loteamento passam para o domínio do Município, inferência que se extrai do artigo 22 da Lei nº 6.766/79.

Entretanto, através de ato administrativo, ou seja, através de contrato particular de concessão de uso de bens públicos e Lei Municipal dispondo acerca dessa concessão, pode o Município afetar seus bens, ou seja, destiná-los a categoria de bens de uso especial nos moldes do artigo 99, inciso II do Código Civil.

A vantagem para o Poder Público na concessão das áreas originariamente públicas ao uso exclusivo dos proprietários de lotes é transferir a responsabilidade dos gastos decorrentes da manutenção dos equipamentos para os proprietários de lotes que ainda continuam responsáveis pelo pagamento do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU.

Já para os proprietários de lotes, beneficiários da concessão, a vantagem é garantir, com o fechamento por muros e com o controle de acesso das entradas, maior segurança.

6.1 Taxas associativas: dever de contribuir com o rateio das despesas de manutenção e conservação - entendimento dos Tribunais

Enfrentados os temas (i) loteamento aberto e (ii) loteamento fechado, com as riquezas dos detalhes trazidos pelo Professor Dr. Luiz Antonio Scavone Junior, outro não poderia ser o resultado, senão despertar o raciocínio crítico. Surge, então, a dúvida: sou obrigado a contribuir com o rateio das despesas de manutenção e conservação das áreas comuns do meu loteamento?

Essa dúvida, durante muito tempo, foi enfrentada pelos Tribunais, e distintos eram os posicionamentos quanto à obrigatoriedade, ou não, do pagamento.

6.1.1 Tese 01: Vedação do enriquecimento sem causa

Os Tribunais que entendem que a cobrança é cabível afirmam que o fato da associação de moradores ser responsável pelos serviços de segurança, jardinagem, limpeza, manutenção de todas as áreas de uso comum, entrega de correspondências em domicílio e a administração de todos os interesses relacionados ao loteamento, torna-a legitimada para cobrar dos proprietários de lotes o valor devido, por cada um deles, no rateio das despesas comuns que são realizadas em seu benefício, pouco importando a configuração de associado ou não, pois vedado é o enriquecimento sem causa, previsto no artigo 884, do Código Civil.

Neste sentido, é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Senão, vejamos algumas decisões:

Ementa: LOTEAMENTO FECHADO – Legitimidade da sociedade civil que o administra para cobrar as despesas comuns – Possibilidade da cobrança dos serviços de manutenção efetuados em logradouros públicos – **Necessidade de cada proprietário arcar com a sua quota-parte** – Recurso não provido² – (grifo nosso).

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA. TAXA. ASSOCIAÇÃO. LOTEAMENTO. [...] Tem parcial razão o réu apelante com relação à incidência da prescrição, mas não quanto ao prazo, que deve ser de 03 anos e não de 05. Isso porque a pretensão de cobrança de taxa de associação busca arrimo na tese de **reparação pelo enriquecimento sem causa**, na forma do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil. [...]. O réu não nega a existência do débito, nem mesmo a relação jurídica existente entre ele e a autora. Devidas as parcelas não alcançadas pela prescrição, cujo montante deve ser apurado em sede de liquidação de sentença. [...] Recurso parcialmente provido, apenas para reconhecer a incidência da prescrição trienal³ – (grifo nosso).

Ementa: Associação em Loteamento. Cobrança de taxas de associado, com relação ao rateio das despesas de conservação, manutenção, segurança e outros, relativos ao loteamento. Sentença que liminarmente julgou improcedente a ação, com base em interpretação de entendimento acerca da matéria dado em julgamentos de recursos repetitivos pelo c. STJ acerca da matéria. Sentença que deve ser anulada, podendo ser julgado o

² Apelação Cível nº 119.946.4/4-00. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Relator: Desembargador Arthur Del Guércio, julgado em 30 de julho de 1999.

³ Apelação Cível nº 0007533-94.2012.8.26.0032. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Relator: Desembargador James Siano, julgado em 17 de junho de 2013.

mérito da ação por se tratar de questão unicamente de direito. Constituição da associação é bem anterior à aquisição dos lotes pelos réus, que, portanto, estavam cientes da sua constituição. Tais pagamentos são devidos, pois os serviços são disponibilizados a todos os proprietários, e os imóveis recebem, no mínimo, valorização. **Vedação ao enriquecimento sem causa.** Se não pretendiam pagar as contribuições, deveriam ter adquirido imóvel em local diverso. Sentença reformada para julgar a ação procedente. Recurso provido⁴ – (grifo nosso).

Temos, ainda, o Enunciado 89 do Conselho de Justiça Federal, que respalda essa tese assemelhando a cobrança das taxas associativas em loteamento às taxas condominiais, observa-se:

O disposto nos arts. 1.331 a 1.358 do novo Código Civil aplica-se, no que couber, aos condomínios assemelhados, tais como loteamentos fechados, multipropriedade imobiliária e clubes de campo.

Importante mencionar parte do artigo de Henri Matarasso Filho, Alessandra Pereira e Theotônio Negrão Neto (MATAROSSO FILHO, PEREIRA, NEGRO NETO, 2017), publicado no Migalhas, em 12 de julho de 2016:

[...] II - Associação de moradores e a prática atual. A associação de moradores, constituída com a finalidade de rateio de serviços – tais como portaria, coleta de lixo, água, segurança particular etc. – é extremamente usual no Brasil, especialmente nas cidades do interior, litorâneas e nos bairros mais afastados dos centros urbanos. Estas associações surgem não apenas de loteamentos planejados, mas, muitas vezes, devido à proximidade de residências e a situações geográficas delas¹. Trata-se, na verdade, de um condomínio de fato, mas, tal assunto não é abordado diretamente pela lei civil (CC ou mesmo legislação esparsa). A partir daí, surgem dezenas de impasses que aportam no Judiciário, como: a obrigatoriedade do pagamento das taxas mensais, a regularidade da constituição das associações que administram os loteamentos fechados, entre outros.

⁴ Apelação Cível nº 1003370-77.2015.8.26.0152. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Relator: Desembargador Silvério da Silva, julgado em 14 de agosto de 2017.

Desta maneira, entende-se que a participação monetária dos proprietários de lotes e moradores de loteamento administrado por uma associação de moradores é vital para que se possa oferecer a tranquilidade e segurança que todos buscam nele.

Esta participação pode ser feita de várias maneiras; porém, a cooperação financeira é imprescindível para o custeio dos valores necessários à manutenção das áreas de uso comum, além de outros serviços que são realizados pelas associações de moradores e que beneficiam todos os seus associados, sem que se possa fazer qualquer distinção entre moradores e proprietários de lote.

Tal custeio também visa a incontestável valorização comercial dos imóveis construídos em loteamentos, certamente um dos motivos para aquisição dos lotes, sendo certo que existe uma grande contribuição para isso dos trabalhos prestados pelas associações de moradores.

Muito importante ressaltar que essa linha de raciocínio se aplica aos loteamentos regulares, pois os irregulares são carecedores de ação e não podem, portanto, fazer judicialmente a cobrança dos rateios das despesas para manutenção das áreas de uso comum. Nesse sentido, o Decreto-lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, que dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações, prevê em seu artigo 23: “nenhuma ação ou defesa se admitirá, fundada nos dispositivos desta Lei, sem apresentação de documento comprobatório do registro por ela instituído”.

Na mesma esteira dispõe a Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que prevê, em seu artigo 46: “o loteador não poderá fundamentar qualquer ação ou defesa na presente Lei sem apresentação dos registros e contratos a que ela se refere”.

Em síntese, locupletar-se indevidamente é vedado em nosso ordenamento jurídico. Não podem, segundo entendem os adeptos dessa teoria, os proprietários de lotes e moradores de loteamentos fechados, furtarem-se ao pagamento das taxas de manutenção e de benfeitorias.

6.1.2 Tese 02: Liberdade de livre associação

Após decisão do Superior Tribunal Justiça, que, em sede de recurso repetitivo, através do julgamento do Recurso Especial nº 1439163, deixou certo que a liberdade de livre associação, insculpida no artigo 5º, inciso XX, da Constituição Federal, prevalece em face do princípio da vedação de enriquecimento sem causa, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, através de algumas de suas Câmaras, vem decidindo nessa mesma sintonia. Assim, vejamos:

Recurso Especial nº 1.439.163. O ponto controvertido no presente recurso especial refere-se à validade ou não da cobrança de “taxa”, contribuições de manutenção ou de conservação por associações de moradores ou por administradora de loteamento de proprietário de imóvel que não seja associado ou não tenha aderido ao ato que instituiu o encargo. A despeito de ter a jurisprudência desta Corte Superior, no passado, oscilado no tocante à solução para a matéria, certo é que, desde o julgamento do RESP nº 444.931 / SP, realizado em 26/10/2005, encontra-se superado o tema. Com efeito, como fundamento para decidir, ficou consignado no voto do condutor que o “[...] embargado não participou da constituição da associação. As deliberações desta, ainda que revertam em prol de todos os moradores do loteamento, não podem ser interpostas ao embargado. Ele tinha a faculdade, mais do que isso, o direito constitucional de associar-se ou não. E não o fez. Assim, não pode ser atingido no rateio das despesas de manutenção do loteamento, decididas e implementadas pela associação⁵.

Muito embora o Supremo Tribunal Federal já tenha julgado o Recurso Extraordinário nº 432.106, ainda pende julgamento do Recurso Extraordinário nº 695911, tema 42 da lista de repercussão geral.

ASSOCIAÇÃO DE MORADORES – MENSALIDADE – AUSÊNCIA DE ADESÃO. Por não se confundir a associação de moradores com o condomínio disciplinado pela Lei nº 4.591/64, descabe, a pretexto de evitar

⁵ Recurso Especial nº 1.439.163-SP. **Superior Tribunal de Justiça**. Relator: Ministro Marco Buzzi, julgado em 11 de março de 2015.

vantagem sem causa, impor mensalidade a morador ou a proprietário de imóvel que a ela não tenha aderido. Considerações sobre o princípio da legalidade e da autonomia da manifestação de vontade – artigo 5º, incisos II e XX, da Constituição Federal ⁶.

Nesse particular, cabe mais uma vez trazer à baila parte do artigo de Henri Matarasso Filho, Alessandra Pereira e Theotônio Negrão Neto (MATAROSSO FILHO, PEREIRA, NEGRO NETO, 2017), publicado no Migalhas, em 12 de julho de 2016:

[...] V – A Repercussão Geral constitucional da associação de moradores para o STF. [...] O enfoque constitucional será se a imposição das taxas associativas, entre outras, viola a disposição dos artigos 5º, incisos II e XX (princípios da legalidade e da liberdade de associação), e 175, ambos da CF. [...] A PGR, por meio de parecer do então subprocurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, já apresentou posição favorável à possibilidade de cobrança da taxa associativa, inclusive aos que não anuíram expressamente, sem que isso viole a liberdade associativa. Entre os fundamentos da PGR, estão os princípios constitucionais da equidade, eticidade, vedação de enriquecimento sem causa (proibição de locupletamento ilícito) e da sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I, da CF).

6.1.3 Atual posicionamento: associação de moradores desenvolve atividade de administradora de bens (alteração trazida pela Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017).

O divórcio de entendimentos e teses restou afastado com a promulgação da Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, que instituiu o artigo 36-A na Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que segue abaixo transcrito:

Art. 36-A. As atividades desenvolvidas pelas associações de proprietários de imóveis, titulares de direitos ou moradores em loteamentos ou empreendimentos assemelhados, desde que não tenham fins lucrativos, bem como pelas entidades civis organizadas em função da solidariedade de

⁶ Recurso Extraordinário nº 432106/RJ. **Supremo Tribunal Federal**. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 20 de novembro de 2011.

interesses coletivos desse público com o objetivo de administração, conservação, manutenção, disciplina de utilização e convivência, visando à valorização dos imóveis que compõem o empreendimento, tendo em vista a sua natureza jurídica, vinculam-se, por critérios de afinidade, similitude e conexão, à atividade de administração de imóveis.

Parágrafo único. A administração de imóveis na forma do *caput* deste artigo sujeita seus titulares à normatização e à disciplina constantes de seus atos constitutivos, cotizando-se na forma desses atos para suportar a consecução dos seus objetivos.

Esse dispositivo resgata a segurança jurídica sobre o tema, pois afasta a pluralidade de entendimentos.

De acordo com esse novo ditame vigente, portanto, desde 12 de julho de 2017, data da publicação da Lei, conforme previsão expressa do artigo 108 desse mesmo instituto jurídico, surge para as associações de moradores a possibilidade da cobrança do rateio das despesas de manutenção e conservação dos proprietários de lotes não associados, independente de possuírem decisões judiciais que o reconhecem como não associados.

Isso porque a associação de moradores passa a ter natureza de administradora de imóveis, restando prejudicados os entendimentos de algumas Câmaras do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do próprio Superior Tribunal de Justiça, que não acatavam a tese de enriquecimento sem causa, se pautando, na maioria das vezes, na tese do direito constitucional de livre associação.

Em suma, as teses que justificavam as cobranças das taxas associativas em loteamentos urbanos eram (i) ser associado ou (ii) usufruir os benefícios resultantes dos trabalhos prestados pela associação de moradores sem pagar por isso.

A principal tese de defesa dos proprietários que se furtam da obrigação de contribuir com os serviços da associação, está pautada no princípio constitucional de livre associação, previsto no artigo 5^a, inciso XVII, da Constituição Federal, conforme já exarado, significando, assim, que os proprietários de lotes que não se

associassem, de forma espontânea, não estavam obrigados ao pagamento das taxas associativas relativas ao rateio dos custos de manutenção das áreas de uso comum da Associação.

De julho em diante tudo mudou, porque o dever de contribuir com os serviços prestados pela associação de moradores de proprietários de lote decorre agora do artigo 36-A da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, e esta é a fonte originária de relação obrigacional.

7 LOTEAMENTO FECHADO EM CONDOMÍNIOS DE LOTES

O último tema que será abordado por este artigo é a nova forma pela qual poderá ser empreendido um loteamento.

Como vimos até aqui, a forma de instituição de um loteamento regular tinha como única base legislativa a Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Logo, o proprietário adquiria apenas o seu lote, sendo as áreas comuns de propriedade da municipalidade, todavia, afetadas por ato administrativo que as consagram na categoria de bens de uso especial.

Diferentemente da forma de constituição dos condomínios, que é prevista na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias e o artigo 1.331 e seguintes do Código Civil, situação em que o proprietário adquire, também, uma fração ideal sobre as áreas de uso comum, restando detalhado tais áreas no quadro das áreas comuns da matrícula principal e na convenção do condomínio, devendo ser tomada essa base para o rateio das despesas condominiais, das quais pagam os condôminos, conforme previsão do artigo 1.348, I, do Código Civil.

Ocorre, porém, que a Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana e outros temas, instituiu o condomínio de lotes, inserindo o artigo 1.358-A do Código Civil, conforme abaixo transcrito:

Art. 1.358-A. Pode haver, em terrenos, partes designadas de lotes que são propriedade exclusiva e partes que são propriedade comum dos condôminos.

§ 1º A fração ideal de cada condômino poderá ser proporcional à área do solo de cada unidade autônoma, ao respectivo potencial construtivo ou a outros critérios indicados no ato de instituição.

§ 2º Aplica-se, no que couber ao condomínio de lotes o disposto sobre condomínio edilício neste Capítulo, respeitada a legislação urbanística.

§ 3º Para fins de incorporação imobiliária, a implantação de toda a infraestrutura ficará a cargo do empreendedor.

De início, observamos que umas das principais diferenças que existe entre as Leis nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, e 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que faz com que inúmeros loteamentos sejam classificados como irregular desapareceu, visto que, a partir da vigência da nova lei - portanto, a partir de 12 de julho de 2017-, é possível a sua constituição pela Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias, e de modo reflexo instituir ao comprador de um lote a propriedade exclusiva do lote e de uma fração das áreas comuns.

Tendo como norte os ideais da regularização fundiária urbana (Reurb) que *“abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes”* (art. 9º), pautada pelos princípios de sustentabilidade econômica, social e ambiental, e de ordenação territorial eficiente e funcional (art. 9º, §1º), visa o fim maior de garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas (art. 10, VI), com efetivação das funções sociais da propriedade e da cidade (art. 10, VII e VIII).

7.1 Novidades decorrentes do condomínio de lotes

Com isso a forma de instituição, de gestão e contribuição do rateio das despesas das áreas comuns do loteamento restam pacíficas, pois passaram a seguir à inteligência do artigo 2º, § 7º da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, e artigo 1.358-A do Código Civil, ambos inseridos pela Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana e outros temas, abaixo transcritos:

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. 7º O lote poderá ser constituído sob a forma de imóvel autônomo ou de unidade imobiliária integrante de condomínio de lotes. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

Seção IV

Do Condomínio de Lotes

(Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

Art. 1.358-A. Pode haver, em terrenos, partes designadas de lotes que são propriedade exclusiva e partes que são propriedade comum dos condôminos. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

A nova legislação tem como objeto, como antes dito, melhorar os critérios e a forma de distribuição do solo urbano, visando resolver problemas há muito tempo existentes e até então sem previsão de resolução, como por exemplo: os condomínios irregulares, a seguir estudados.

O tema deste trabalho limita-se ao estudo de duas inovações. São elas: (i) o condomínio de lotes, podendo ser de acesso controlado e (ii) o condomínio urbano simples.

O artigo 1.358 do Código Civil foi acrescido pelo artigo 1.358 – A, que tem como objetivo regulamentar os conhecidos loteamentos fechados atribuindo-lhes formalidade.

O *caput* do referido artigo dita que pode haver, em terrenos, partes designadas de lotes que são propriedade exclusiva e partes que são propriedade comum dos condôminos.

De fácil compreensão que os loteamentos passaram a ter o mesmo tratamento que os condomínios edilícios, pois há cristalina separação entre as áreas de uso comum e as áreas de uso privativo.

O parágrafo primeiro do artigo 1.358 – A do Código Civil estabelece que a fração ideal de cada condômino poderá ser proporcional a área do solo de cada unidade autônoma, ao respectivo potencial construtivo ou a outros critério indicados no ato da instituição.

Essa linha de raciocínio não diverge da prevista no artigo 1.331, § 3º do Código Civil, que estabelece o condomínio edilício, segundo o qual a cada unidade imobiliária caberá, como parte inseparável, uma fração ideal do solo e nas outras partes comuns, que será identificada de forma decimal ou ordinária no instrumento de instituição do condomínio.

Quer seja em condomínio de lotes, quer seja em condomínio edilício as partes instituidoras do projeto poderão dispor sobre a fração ideal de cada condomínio.

O artigo 1.358-A, § 2º do Código Civil permite que, no que couber, ao condomínio de lotes, pode ser aplicado às disposições vigentes sobre o condomínio edilício, respeitada a legislação urbanística.

Questões polêmicas, como a obrigatoriedade de contribuição mensal com o rateio das despesas de manutenção do condomínio e sobre a forma de cobrança dos débitos se afastam, pois, o artigo 784, inciso X, do Código de Processo Civil atribuiu natureza de título de crédito às contribuições ordinárias e extraordinárias de condomínio; logo pode ser objeto de execução e de protesto, conforme artigo 1º, da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, que define competência, regulamenta os

serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências.

A prescrição de 3 (três) anos em caso de loteamento instituído na forma da Lei de parcelamento de solo passa a ser de 5 (cinco) anos em caso de condomínios de lotes.

Atribuiu, também, segurança aos loteamentos fechados instituídos com base na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias, visto que a Lei Municipal que dá a concessão de uso as áreas públicas, afetando-as em benefício dos proprietários de lotes pode ser revisada.

Vale, ainda, frisar que, para as prefeituras municipais, a nova modalidade de condomínio é de grande interesse, haja vista a possibilidade da cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU.

Outras normas, além das inseridas pelo Código Civil, referentes ao condomínio de lotes, devem ser observadas.

A Lei 13.465/2017, em seu artigo 45, dita que, quando se tratar de imóvel sujeito ao regime de condomínio geral a ser dividido em lotes com indicação, na matrícula, da área destinada para cada proprietário condômino, o Município poderá indicar, de forma individual ou coletiva, as unidades imobiliárias correspondentes às frações ideais registradas, sob sua exclusiva responsabilidade, para a especificação das áreas registradas em comum.

O professor Flavio Tartuce (TARTUCE, 2018, p. 1195) comenta que o objetivo é regularizar os loteamentos fechados, com o aval do Município.

Comenta, ainda que, se as informações necessárias (especificação de áreas) não constarem no projeto de regularização fundiária aprovado pelo Município, as novas matrículas das unidas imobiliárias serão abertas mediante requerimento de

especialização, formulado pelos interessados, dispensada a outorga de escritura para indicação da quadra e do lote.

Art. 45. Quando se tratar de imóvel sujeito a regime de condomínio geral a ser dividido em lotes com indicação, na matrícula, da área deferida a cada condômino, o Município poderá indicar, de forma individual ou coletiva, as unidades imobiliárias correspondentes às frações ideais registradas, sob sua exclusiva responsabilidade, para a especialização das áreas registradas em comum.

Parágrafo único. Na hipótese de a informação prevista no **caput** deste artigo não constar do projeto de regularização fundiária aprovado pelo Município, as novas matrículas das unidades imobiliárias serão abertas mediante requerimento de especialização formulado pelos legitimados de que trata esta Lei, dispensada a outorga de escritura pública para indicação da quadra e do lote.

O segundo tema objeto de estudo deste capítulo é o condomínio urbano simples.

Previsto no artigo 61 da Lei 13.465/17 ensina que, quando um mesmo imóvel contiver construções de casas ou cômodos, poderá ser instituído, inclusive para fins de Reurb, condomínio urbano simples, respeitados os parâmetros urbanísticos locais, e serão discriminadas, na matrícula, a parte do terreno ocupada pelas edificações, as partes de utilização exclusiva e as áreas que constituem passagem para as vias públicas ou para as unidades entre si.

Os regramentos de convívio que serão aplicados entre os moradores condôminos segue o disposto no Código Civil no que se refere ao condomínio edilício.

Segundo Carlos Eduardo Elias de Oliveira (OLIVEIRA, 2017), embora a categoria tenha recebido nova nomenclatura, trata-se, na realidade, de uma espécie de condomínio edilício que dispensa algumas formalidades em razão da sua

pequena dimensão. Esse condomínio aplica-se a situações de terrenos onde haja mais de uma construção, e em que seu titular queira tornar cada uma dessas construções uma unidade autônoma de condomínio. Diante da sua simplicidade, o condomínio urbano simples dispensa a apresentação de convenção de condomínio.

Esclarece que a expressão “cômodos” foi mal empregada, devendo ser entendida como um complemento à menção a “construções”.

Do contrário daria a errônea interpretação que se trata de um condomínio estabelecido dentro de um mesmo imóvel, o conhecido cortiço.

A instituição do condomínio dessa modalidade de condomínio (urbano simples) será registrada na matrícula do respectivo imóvel, sendo identificadas as partes de uso comum e as partes de uso privativo.

Após o registro da instituição do condomínio urbano simples, será aberta uma certidão de propriedade para cada uma das unidades autônomas vinculando uma fração ideal do solo e das demais áreas de uso comum representadas, conforme disposição do artigo 62, § 1º, da Lei 13.465/2017, de forma percentual.

Fato que, por ser um novo instituto, muitas dúvidas práticas surgirão e caberá a nós, operadores do Direito, analisá-las, como, por exemplo, a possibilidade da alteração, ou não, de cada casa a ser construída pelo adquirente da unidade imobiliária, visto que o projeto das casas faz parte da instituição do condomínio e a alteração de uma unidade imobiliária demandaria anuência unânime dos condôminos, conforme dispõe o artigo 1.351 do Código Civil.

Defendemos que seria possível tratar como unidade exclusiva apenas a área de terreno atribuída a cada unidade, sendo que, nesse caso, a construção, apesar de essencial para a existência do condomínio, seria questão de uso interno da propriedade exclusiva, e não exigiria alteração da incorporação para que o adquirente alterasse o projeto de sua casa, devendo apenas observar a legislação municipal e as normas da convenção sobre construção e uso comum.

Outro aspecto que pode gerar dúvidas é a possibilidade de regularização de um “loteamento fechado irregular”. Neste caso, a referência são aqueles loteamentos que não foram devidamente constituídos com a prévia aprovação do projeto de loteamento e o pertinente registro no Cartório de Imóveis.

Entendemos que é plenamente viável que a sua regularização se dê por meio da instituição de um condomínio de lotes ou por meio da instituição de um loteamento de acesso controlado, porém, é fundamental atentar para a situação de propriedade tabular do terreno, pois, se este não estiver em nome dos titulares dos lotes na proporção das frações ideais que eles deverão de ter no condomínio de lotes, será necessário que essa propriedade seja transmitida aos titulares dos lotes.

7.1.1 O condomínio de lotes e a possibilidade de impedir a entrada de cidadãos – o artigo 7º da Lei 13.465/17

Além de a Lei 13.465/17 ter dirimido problemas de interpretação e aplicação dos mandamentos jurídicos acerca de muitas questões relacionadas ao funcionamento interno dos loteamentos, conforme exposto, o diploma legal dispôs, também, sobre uma questão bastante polêmica em relação a aspectos das relações de direito público envolvidas ao controle de entrada de cidadãos que não sejam proprietários ou locatários de imóveis na área delimitada controlada de forma privada por moradores e proprietários.

Conforme antes mencionado, a lei em discussão previu uma nova possibilidade, qual seja, de se constituir um condomínio edilício de casas que ocupem áreas adjacentes que resultem da separação de áreas de um mesmo terreno, de forma que haveria frações autônomas e áreas comuns, exatamente como no regime de condomínios que se aplica a prédios, por exemplo.

Dessa forma, as áreas comuns do condomínio pertenceriam aos proprietários de unidades autônomas, os quais seriam também os proprietários de frações ideais proporcionais, conforme o condomínio tradicional. Assim, não haveria discussão

sobre a possibilidade de se impedir o ingresso ou permanência de pessoas estranhas ao condomínio, ainda que comuns.

Entretanto, a realidade pode ser mais complexa, devido ao tamanho da área repartida e outras condições, de forma que o modo de registro do empreendimento, por si só, não pode ser critério para determinar se o empreendimento é, efetivamente, um condomínio em lotes ou um loteamento tradicional. A presença de infraestrutura proporcionada pelo Poder Público é que deve ser o parâmetro para se avaliar a legalidade do fechamento das áreas comuns a outros cidadãos.

Sobre isso, cabe fazer uma breve retomada dos principais pontos relacionados à possibilidade de fechamento de loteamentos, pois, assim, serão desenvolvidos os parâmetros legais para efetiva classificação de um empreendimento como condomínio em lotes, da forma inovadoramente trazida pelo artigo 7º da Lei em exame.

Será possível abordar, assim, uma outra inovação da Lei, qual seja, a previsão de que cabe ao município determinar as regras gerais sobre como será exercido o controle por particulares em loteamentos, cuja pertinência ao condomínio em lotes se exporá mais adiante.

De fato, muitos desses condomínios se utilizavam de expedientes para impedir a entrada de pessoas que não residissem em alguma das unidades autônomas, ou que fossem suas convidadas, tivessem acesso qualquer área do condomínio, ainda que fossem públicas, como ruas, áreas verdes e outros.

Como relata CUSTODIO (2017, p.1938), os direitos constitucionais ao bem-estar, o direito à segurança e o direito à sadia qualidade de vida (respectivamente, art. 182, *caput*; art. 5º, *caput* e art. 225, *caput*) eram invocados para defender essa possibilidade pelos que eram favoráveis a ela.

Entretanto, a realidade é tais partes das áreas às quais era negado acesso ao restante da população, eram, de fato, públicos, não apenas em termos de

classificação pela ordem jurídica, mas por terem sido materializados com recursos governamentais.

KÜMPEL e BORGARELLI analisam como se dá esse processo, em termos legais: opera-se uma transferência de domínio das áreas que não constituem as unidades autônomas, em duas etapas: primeiro, do particular que loteava o terreno para o Poder Público, quando do registro do loteamento; e do Poder Público aos particulares, geralmente a associação de moradores das unidades autônomas, que, então, passavam a controlar o acesso a essas áreas.

E, é verdade, o uso dos bens públicos deve obedecer a uma série de requisitos para que seja considerado em conformidade com a ordem legal vigente, incluídas, por óbvio, a determinações constitucionais que veiculam princípios concernentes à cidadania e à administração dos bens públicos. MELLO (2002, p. 781) define o que é o uso comum que deve, sempre, ocorrer em relação aos bens públicos:

Importa fixar, de logo, que os bens de uso comum, como o nome indica, servem para serem *utilizados indistintamente por quaisquer sujeitos, em **concorrência igualitária e harmoniosa com os demais**, de acordo com o destino do bem a condições que não lhe causem uma sobrecarga invulgar.* Este é o seu uso comum.

No que tange à normativa constitucional, além dos direitos de cidadania que se aplicam ao caso, é necessário, também, citar os princípios constitucionais que se referem à própria atuação da Administração, no caso, já que a utilização desses bens deve obedecer aos requisitos formais e substanciais que regem essa atuação.

Assim, parece completamente relevante questionar se o controle de circulação em áreas públicas de loteamentos atendia aos princípios da legalidade e da impessoalidade previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, além dos princípios citados CUSTODIO (2017), quais sejam: art. 5º, inc. X, art. 5º, inciso XV, art. 144, § 10, inciso I, e art. 182, *caput*. Enquanto que os direitos colacionados por ele são relacionados a direitos do cidadão, sejam eles liberais ou sociais, os

princípios relacionados no *caput* do artigo 37 dispõe sobre como o Poder Público deve gerir os bens que tenham esse *status*, obrigando e limitando, portanto, quaisquer atos da Administração Pública a eles – os quais, por certo, devem ter como única finalidade o atendimento do interesse público, e não do interesse particular.

Essa análise possibilitará a identificação de possíveis mudanças introduzidas pela Lei. 13.465/2017 em relação ao conteúdo normativo descrito, bem como a avaliação sobre se foram resolvidas as principais questões relacionadas ao tema.

Sobre o princípio da legalidade, muito se pode afirmar, devido à extrema importância do valor que veicula para a ideia de Estado de Direito e aos vários aspectos de sua aplicação na realidade da atuação da administração pública. A obrigatoriedade ao atendimento a esse princípio constitui a diferença mesma entre as esferas pública e privada da sociedade, conforme se costuma colocar: ao particular, é facultado tudo fazer, desde que não haja impedimento legal; ao Poder Público, é obrigatório fazer tudo o que está legalmente determinado, e com completa observância da lei. O princípio da legalidade, assim, determina que, havendo previsão legal, o Estado é obrigado a agir, e o deve fazer em estrita observância às determinações legais.

E tal princípio dá cumprimento a uma diretriz essencial ao Estado de Direito, qual seja, o governo dos cidadãos, exclusivamente, pela lei (*rule of law*), e não pela vontade pessoal dos governantes. Dele decorre que qualquer obrigação a que estejam sujeitos os cidadãos daquele estado decorrerão da vontade geral, e não da vontade de um ou mais soberanos, e que a própria aplicação dessas normas também será dotada dos requisitos da generalidade e da abstração da lei, e não nas particularidades concernentes a de quem as emana ou a quem se dirijam. Nesse sentido, o princípio da legalidade garante que haja *rule of law* ao impedir que sejam veiculados, pela legislação, conteúdos de discriminação indevida a pessoas ou grupos de pessoas, e, também, ao impedir que a aplicação da lei, pelo Poder Administrativo, tenha essas características de persecução.

Portanto, como se conclui da exposição brevíssima e apenas superficial de algumas considerações sobre o princípio da legalidade, sua importância máxima para atender aos anseios políticos da sociedade atual, que busca o exercício racional e igualitário do poder do Estado.

O princípio da impessoalidade, também com o objetivo evitar o uso do poder estatal para perseguições indevidas, ou discriminações cujos fundamentos ou finalidades não sejam amparados pelos valores e princípios constitucionais. O governo da lei exige que, na atividade administrativa, não sejam criados ou aplicados critérios de discernimento entre as pessoas – porque, como prevê o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

VIEIRA (2001, P. 73), nesse sentido, diz que:

A prática da cidadania depende da reativação da esfera pública, em que indivíduos possam agir coletivamente e se empenhar em deliberações comuns sobre todos os assuntos que afetam a comunidade política. Em segundo lugar, a prática da cidadania é essencial para a constituição da identidade política baseada em valores de solidariedade, autonomia e do reconhecimento de diferença. Cidadania participativa é também essencial para a obtenção da ação política efetiva, desde que habilite cada indivíduo para ter algum impacto nas decisões que os afetam.

Ou seja, sequer à lei é dado veicular conteúdos visando a individualidade de qualquer cidadão; em outras palavras, nem mesmo a lei pode ser pessoal. A generalidade e a abstração da lei são características essenciais para a sua legitimidade, porque igualam em direitos (e em deveres, também) aqueles que são efetivamente iguais de acordo com lei, evitando-se, assim, o tratamento incongruente a hipóteses legais iguais.

Quiçá, portanto, essa possibilidade poderia ser garantida, legitimamente, à Administração Pública, a quem não cabe acrescentar novos conteúdos ao ordenamento jurídico. A função propriamente executiva consiste em, apenas, viabilizar o cumprimento das leis emanadas do Poder Legislativo (que, espera-se, é,

realmente a vontade do povo, único soberano no Estado Democrático), e não, efetivamente, as criar. Tal ocorrendo, por certo, atenta-se, de forma imediata, ao princípio da separação dos poderes, e, de forma indireta, à própria soberania popular, que não participou da escolha dos valores determinados, ainda que indiretamente.

Especificamente no caso de ser impedido o acesso de cidadãos a áreas de loteamentos fechados por particulares, ainda que moradores e/ou proprietários, nota-se que fere ambos os princípios constitucionais mencionados.

Desatende ao princípio da legalidade porque, sendo a Administração responsável por, corretamente administrar os bens públicos aos quais o acesso é negado, ela só poderia se desincumbir de tal atividade em favor de particulares se todos os requisitos de validade dos atos administrativos fossem respeitados, bem como fossem atendidas, pelos particulares, as mesmas demandas para caso essas atividades continuassem sendo desenvolvidas pelo próprio poder público.

Sobre esse princípio, MELLO (2002, p. 57) diz:

O princípio da isonomia, da Administração não necessita, para seu fundamento, da invocação de cânones de ordem moral. Juridicamente se estriba, na convincente razão de que os bens manipulados pelos órgãos administrativos e os benefícios que os serviços públicos podem propiciar são bens de toda a comunidade, embora por ela geridos, e benefícios a que todos igualmente fazem jus, uma vez que os Poderes Públicos, no Estado de Direito são simples órgãos representantes de todos os cidadãos.

A mera transferência do domínio a particulares não corresponde, em primeiro exame, a mandamento legal específico emanado do Poder Legislativo, de forma que não cabe à Administração, ainda que no uso do seu poder discricionário, transferir essas atividades aos particulares.

Ainda que se admita que, de fato, os princípios constitucionais citados por aqueles que defendem o controle da entrada nos loteamentos fechados possam ser garantidos e/ou efetivados pelos procedimentos comumente adotados por essas

comunidades, o fato é que o reconhecimento desse meio como legítimo só pode ocorrer pela lei, bem como a transferência das atividades relacionadas a essa proteção.

Em suma, caberia apenas e tão somente ao legislador, não ao executor, determinar que impedir a entrada dos cidadãos em geral em um loteamento é, efetivamente, uma forma de proteger a segurança de seus moradores, bem como definir como tal controle deve ocorrer, e, por fim, se esse controle pode ser efetuado pela iniciativa privada e, em o sendo, como ela será investida desse poder.

Quanto a respeitar o princípio da impessoalidade, parece que, também, impedir a entrada de pessoas nos loteamentos fechados não corresponde ao que determinam valores e determinações deste país, de forma que a validade dos atos administrativos que permitem isso é questionável.

Se está previsto pela CF que é garantido aos cidadãos (a todos os cidadãos) o direito de ir e vir e, se a mesma Constituição garante que todos são iguais perante a lei, a Administração não pode instituir critérios de diferenciação entre esses cidadãos para o exercício de seus direitos. Menos ainda, a Administração poderia proporcionar o direito de o fazer a particulares – os quais, mesmo quando incumbidos de prestar serviços de cunho público, o deve ser pelos processo legalmente definidos (como a licitação) e o fazer em estrito atendimento ao interesse público.

E, de fato, parece que todo o arcabouço jurídico apontado parece atender aos anseios desenvolvidos historicamente, até aqui, por toda filosofia e a política ocidentais que buscam sua legitimação, ao menos em parte, na tradição iniciada pelos gregos antigos e sua criação mais respeitada no que tange à convivência pública, qual seja, a *polis*, que, em brevíssimo resumo, busca que o poder seja criado por aqueles mesmo que serão sujeitos a ele.

E aquela prática de muitos loteamentos consistia, efetivamente, consistia em uma desobediência ao princípio da impessoalidade que deve imperar no uso de

bens públicos, ao discriminar pessoas autorizadas dos outros cidadãos para o exercício do direito de ir e vir nas áreas controladas.

A Lei 13.645/17 inovou ao trazer uma previsão expressa sobre essa possibilidade de controle privado do acesso a áreas públicas localizadas em loteamentos fechados, determinando que cabe ao município estabelecer os critérios para admissão de cidadãos em geral a esses locais, vedando, porém, que se impeça, por completo, a entrada, e limitando as possibilidades de controle à identificação daqueles que forem ingressar no local.

A Lei estabeleceu, assim, algum critério para essa prática, ao menos proibindo, de vez, que se impedisse por completo o acesso e a fruição de bens públicos por cidadãos em geral, pelo simples fato de não serem proprietários ou moradores das unidades.

Portanto, em que pesem as novidades de possibilidades de classificação de conjuntos de lotes trazidas pela lei 13.645/17, não se pode admitir que sejam aplicadas às áreas de uso público, como as que possuem infraestrutura construída pelo Poder Público (vias asfaltadas pelo governo, por exemplo) quaisquer outras regras para controle da entrada de cidadãos que não sejam as efetivamente, e detalhadamente, definidas em Lei Municipal – embora mesmo essa previsão da nova lei seja suscetível que questionamentos com base nos mesmos fundamentos antes apontados.

8 LOTEAMENTO CLANDESTINO OU IRREGULAR

Toda forma de constituição de loteamento urbano que não siga os exatos ditames do artigo 2º e seguintes da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, será considerado clandestino ou irregular, bem como assim o serão os responsáveis pelas práticas irregulares responderão criminalmente por suas condutas.

A consumação do delito é instantânea e ocorre com a prática da ação de dar início ao parcelamento, através das condutas elencadas nos artigos 50, 51 e 52 da mencionada Lei, e independente da efetiva realização do projeto, por exemplo, o simples ato de afixar placas de propagandas no local, o ato de abrir ruas, dentre outros.

Importante dizer que, aquele que der início ou realizar loteamento, ainda que com autorização do órgão competente, a exemplo da autorização do Município ou Distrito Federal, através do instrumento normativo competente, todavia, em desacordo com o regramento previsto da referida Lei, também cometerá os crimes previstos nos artigos já informados, os quais serão explicitados na sequência.

De acordo com artigo 50 dessa mesma Lei, é 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;
- II - dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos sem observância das determinações constantes do ato administrativo de licença;
- III - fazer ou veicular em proposta, contrato, prospecto ou comunicação ao público ou a interessados, afirmação falsa sobre a legalidade de loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, ou ocultar fraudulentamente fato a ele relativo.

Referido crime é formal e de mera conduta, que se trata de norma penal em branco – visto que depende de complemento de outra legislação para que tenha a sua tipificação penal completa, sendo que, no presente caso, será complementada por uma norma Municipal, Estadual ou do Distrito Federal –, prevê pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa de 5 (cinco) a 50 (cinquenta) vezes o maior salário mínimo vigente no País.

As normas penais em branco são aquelas cujo conteúdo é incompleto, vago exigindo complementação por outra norma jurídica, que pode ser lei, decreto, regulamento, portaria, etc., de maneira que possam ser aplicadas ao fato concreto. Tal complemento pode existir já na vigência da própria lei penal em branco ou ser posterior a ela.

Podemos classificar as normais penais em branco em seu sentido estrito e em seu sentido amplo. A primeira tem seu complemento contido em outra regra jurídica, proveniente de instância legislativa, superior ou inferior, diversa daquela que promulgou o tipo penal. A segunda categoria, que é caso sob análise, tem seu complemento inserto na própria lei que instituiu o crime ou em diplomas legais da mesma instância legislativa do tipo penal.

Observa-se, nesse particular, a inserção do artigo 11, inciso II, da Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, que define como “núcleo urbano informal: aquele clandestino, irregular ou no qual não foi possível realizar, por qualquer modo, a titulação de seus ocupantes, ainda que atendida a legislação vigente à época de sua implantação ou regularização”.

Da mesma forma, nesse novo instituto legal, há previsão, em seu do artigo 15, de intervenção do Poder Público em parcelamento clandestino ou irregular para “regularizar loteamento ou desmembramento não autorizado ou executado sem observância das determinações do ato administrativo de licença, para evitar lesão aos seus padrões de desenvolvimento urbano e na defesa dos direitos dos adquirentes de lotes”, nos termos do artigo 40, da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979.

Outrossim, quem, de que modo for, em especial o mandatário do loteador, o diretor ou o gerente de sociedade, concorrer para a prática dos crimes ora noticiados, incidirão nas penas então relatadas, de acordo com o previsto no artigo 51 da Lei mencionada.

Outro aspecto, também relevante: trata-se dos Registradores de Imóveis, os quais cometerão infração penal, de menor potencial ofensivo, se: (i) registrarem

loteamento ou desmembramento não aprovado pelos órgãos competentes; (ii) registrarem o compromisso de compra e venda, a cessão ou promessa de cessão de direitos; (iii) ou efetuarem registro de contrato de venda de loteamento ou desmembramento não registrado, podendo assim, serem penalizados com detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa de 5 (cinco) a 50 (cinquenta) vezes o maior salário mínimo vigente no País, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis, conforme previsão do artigo 52 da mesma Lei.

Edson Jacinto da Silva (SILVA, 2016, p. 121), explicando sobre a intervenção do Ministério Público no parcelamento do solo urbano, asseverou que:

Além dessa atuação prevista expressamente, a mencionada lei federal tipificou o parcelamento ilegal do solo como delito contra a administração pública, nos artigos 50 a 52, os quais, por se tratar de crimes de ação pública, também ensejarão atuação ministerial na esfera criminal. Ressalta-se aqui, tanto a atuação nos procedimentos de impugnação de registro de parcelamento e de levantamento de parcelas depositadas, quanto a atuação criminal, referem-se a casos de intervenção tradicional do Ministério Público, quer como fiscal da lei, quer como titular da ação penal civil pública. Já a prerrogativa de notificação do parcelador para regularização do parcelamento ilegal, medida claramente protetiva ao direito do adquirente de lote, trata-se de atuação precursora na defesa do consumidor.

Vejamos o que o Tribunal de Justiça de Estado de São Paulo já decidiu em um caso de loteamento clandestino:

APELAÇÃO - Loteamento irregular – Compromisso de Compra e venda - Pretendida rescisão ante o alegado inadimplemento do adquirente – O contrato em questão foi celebrado com violação ao disposto na Lei nº 6766/79 – Ademais há diversas ações penais contra os apelantes em razão desse loteamento, além de uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público pertinente aos danos ambientais e urbanísticos, já julgada procedente, sendo a sentença de primeiro grau mantida em grau de recurso, entendendo-se irregular o parcelamento da área. Recurso desprovido (voto 6045) ⁷.

⁷ Apelação Cível nº 438.358.4/7-00. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Relator: Sérgio Gomes, julgado em 12 de setembro de 2006.

O artigo 46 da Lei é claríssimo ao dispor que loteador não poderá fundamentar qualquer ação ou defesa com fulcro da própria da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, sem apresentação dos registros e contratos a que ela se refere, ou seja, não há como fundamentar qualquer eventualidade ou fato de terceiro para se esquivar das sanções criminais e administrativas decorrentes de atos irregulares na pretensão de estabelecer um loteamento urbano. Disposição essa também prevista no artigo 23, do Decreto-lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, que dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações.

Sendo assim, do ponto de vista penal, era o que cabia esclarecer, vez que tais apontamentos complementam o tema em tela, em razão de sua relevância.

E, embora o artigo 37 da Constituição Federal de 1988 preveja, no parágrafo 6º, a responsabilidade do estado em sua atuação, o fato é que, caso se verifique, efetivamente, que cidadãos foram ludibriados ao adquirirem um bem imóvel em algumas das condições acima, o fato é que, na realidade, nem sempre essas podem nunca ter suas perdas patrimoniais nunca ressarcidas, quiçá, alguma reparação por danos morais.

A questão da responsabilidade estatal decorrente de danos por omissão na atividade fiscalizatória do Estado é bastante controversa. Nesse sentido, MELLO (2002, p, 855):

Não bastará, então, para configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e dano sofrido. Com efeito: inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja a possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada: significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico.

Portanto, ao menos em princípio, uma possível reparação por danos, ainda que apenas os danos materiais, parece não encontrar guarida legal se demandada em face do Estado, ainda que haja registro devido do imóvel adquirido.

Ficam os possíveis lesados, nesses casos, limitados à uma efetiva apuração dos fatos e responsáveis na esfera policial, para, apenas então, e em caso de sucesso desta, possibilitados de demandar dos particulares responsáveis, o ressarcimento pelos danos causados.

Nesse sentido, a lei em análise parece ter suprimido as exigências sociais para um ordenamento jurídico mais protetivo às pessoas, especialmente às de menor poder aquisitivo, que, como apontado, são as mais sujeitas a esses tipos de empreendimentos.

9 OUTRAS FORMAS DE LOTEAMENTO NÃO PREVISTAS NA LEI DE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO

Para que um loteamento seja considerando regular será necessário o cumprimento integral da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, de acordo com o já explicitado no capítulo 5, de modo que qualquer outra formação de loteamento, que não siga, rigorosamente, os ditames da referida Lei, será considerado ilegal ou irregular, tema que será tratado no capítulo a seguir deste artigo.

Partindo dessa premissa, podemos elencar algumas situações fáticas, que, de uma forma ou de outra, acabaram encontrando respaldo jurídico em outros institutos legais, para se fazerem existir, como de fato vemos atualmente.

O primeiro deles são os denominados *condomínios de casas*, ou mais comumente denominado de “vilas”, que encontra apoio nos artigos 8º e 68, da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias, abaixo transcritos:

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;
- 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.

Art. 68. Os proprietários ou titulares de direito aquisitivo, sobre as terras rurais ou os terrenos onde pretendam constituir ou mandar construir habitações isoladas para aliená-las antes de concluídas, mediante pagamento do preço a prazo, deverão, previamente, satisfazer às exigências constantes no art. 32, ficando sujeitos ao regime instituído nesta Lei para os incorporadores, no que lhes for aplicável.

No Município de São Paulo temos, ainda, a Lei Municipal nº 11.605, de 12 de julho de 1994, que dispõe sobre a criação de Vila no Município de São Paulo, e dá outras providências, mais conhecida como a Lei de Vilas.

Outros Municípios também regularam esse tipo de empreendimento, a exemplo da Comarca de Indaiatuba, no interior de São Paulo, através da Lei Municipal nº 3.655, de 25 de fevereiro de 1999, que dispõe sobre o condomínio horizontal, com as alterações Lei Municipal nº 3.995, de 15 de dezembro de 2000, que revoga dispositivos da Lei nº 3.655 de 25 de fevereiro de 1.999, que dispõe sobre Condomínio Horizontal.

Nessa modalidade, existe condomínio, com regulação da vida condominial pela Convenção, nos moldes do artigo 9º e seguintes da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias, com objeto constituído em casas térreas ou sobrados, tratando-se de unidade autônoma, com direito à fração ideal nos espaços livres e nas vias de circulação, portanto, são de uso comum e propriedade dos condôminos; e com registro submetido às regras da referida Lei.

Temos, ainda, os *clubes de recreio*. Nessa forma, o empreendedor estabelece um clube de recreio e vende um título de sócio, o qual dá direito a um lote de terreno devidamente individualizado e localizado em quadra numerada, com direito à participação em áreas comuns.

Não obstante, cediço que todo esse trâmite não é formalizado perante o Cartório de Registro de Imóveis, vez que o único proprietário da totalidade daquele clube de recreio é uma pessoa jurídica, formada através de uma Associação.

Outra modalidade, que aqui entendemos ser mais grave, passível de penalização criminal inclusive, pois pode lesar uma coletividade, na maioria das vezes numa camada social mais desfavorecida, são as denominadas *associações* onde um dito empreendedor aliena sua gleba a uma associação que ele incentiva, essa que, por sua vez, simula ato de venda, vez que, de fato, venda não é, e de participação a várias pessoas, as quais dividem essa gleba para fins de moradia.

Ora, essa situação torna os compradores, nessas participações em associados de uma pessoa jurídica, a qual é proprietária da gleba toda ou adquirentes de uma fração ideal, individualizada, dessa associação. Na maioria das vezes, o perfil desse comprador é composto de pessoas com ganhos mensais de até R\$ 1.800,00 (hum mil e oitocentos reais), e que são considerados pela Caixa Econômica Federal como famílias que se enquadram em programas assistenciais por terem baixa renda⁸ e que, provavelmente, irá adquirir apenas um imóvel em toda

⁸ Tendo em vista o crescimento da classe C e seu maior poder de compra, definimos como baixa renda a população pertencente às classes D e E, ou seja, que tem renda familiar inferior a R\$1.115

sua vida, com economias de longos anos de labor, de maneira que, a dissolução dessa associação, por exemplo, poderá gerar um enorme transtorno na vida desse comprador, que poderá perder o que acha que comprou.

Finalmente, falamos agora do *incentivo às invasões*. Pois bem, mais uma vez, se trata de situação que um dito empreendedor, pretendendo audaciosamente lotear um local, sem a observância da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, incentiva um grupo de pessoas a invadir o referido local para, posteriormente, através de uma ação de reintegração de posse, claro, patrocinada por ele mesmo, firmar acordo judicial, restando assim, amparado pelo manto da coisa julgada.

CONCLUSÃO

A Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana e outros temas, trouxe, como analisamos, inúmeras inovações que passam a garantir estabilidade jurídica para atos que até julho do ano de 2017, eram praticados em todo Brasil de forma irregular, como, por exemplo, o loteamento fechado por lote autônomo e o condomínio de lotes.

A preocupação legislativa foi restabelecer a ordem social fragilizada, num primeiro momento, pelo déficit habitacional e, de forma imediata, restituir a aplicabilidade do direito à propriedade e da função social a ela atribuída.

Num segundo momento, se preocupou com o fato de que o parcelamento do solo acarreta adensamento populacional, o que gera sobrecarga nos serviços públicos disponibilizados nas suas adjacências.

A realização de loteamentos exige prévia análise do município, que pode condicionar à aprovação do empreendimento a transferência de espaços para a

ou US\$641 (de acordo com a cotação do dólar de 1º. De janeiro de 2010 – US\$1,00 = R\$1,74) – ou seja, aproximadamente US\$ 5 por dia por pessoa. As classes D e E são responsáveis por cerca de 40,37% do total da população brasileira. Fundação Getúlio Vargas, FGV. Disponível em: <<https://cev.fgv.br/sites/cev.fgv.br/files/Programa%20Baixa%20Renda%20-%20DEFINI%C3%87%C3%83O%20DE%20BAIXA%20RENDA%20-%20FINALx.pdf>>. Acesso em: 15 nov.2017.

construção de equipamentos públicos, tais como, por exemplo, a instalação de uma escola pública. Inequivoca, portanto, a boa intenção e a preocupação do legislador.

Além de reconhecermos os pontos positivos da nova Lei que afastam dúvidas quanto à licitude da cobrança dos rateios das despesas de manutenção das áreas de uso comum e seus equipamentos, e de instituir os condomínios de lotes para regularizar inúmeros condomínios hoje classificados como irregulares, devemos lembrar que existem pontos omissos, tanto de natureza material quanto de natureza procedimental, que, no dia a dia, fazem surgir dúvidas de como aplicar as inovações legais, como, por exemplo, atos que devem ser realizados nos Cartórios de Notas, de Registro de Imóveis e nas Prefeituras.

Não há outra maneira para conhecermos a amplitude dos efeitos dessa nova Lei, senão o seu estudo e a prática aplicada aos casos concretos.

Dúvidas e questionamentos são normais quando da aplicação de novos institutos, porém, certo é que estudos como este tem a finalidade de auxiliar os aplicadores do direito na utilização dessa nova matéria de forma a atingir seus objetivos.

É de suma importância acompanhar o desenvolvimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Procuradoria Geral da República, pois, como exposto, sendo julgada procedente a ação com base em vício de formalidade, ou seja, em relação ao próprio processo de feitura da Lei e de sua entrada no ordenamento jurídico, as relações e os negócios jurídicos que a tenham como fundamento regrador restarão bastante questionáveis, causando uma desestabilização extrema da segurança jurídica e da certeza de direitos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. **Interpretação**. AJURIS n. 45. Porto Alegre: AJURIS, 1989.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CUSTODIO, V. M. Análise Jurídica do Loteamento de Acesso Controlado e Do Condomínio de Lotes na Lei Federal Nº 13.465/13. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, 2017 pp. 1930-1952. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/30871>> Acesso em 10/03/2019

FAZANO, H. G. V. Da propriedade: horizontal e vertical. Campinas: CS, 2003.

GASPARINI, D. O Município e o parcelamento do solo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

GOMES, O. Direitos Reais, 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HIRONAKA, G. M. F. N. Direito Civil – Estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

KÜMEL, BORGARELLI. *Loteamento de acesso controlado: Outra inovação da lei 13.465/2017*. 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI267756,91041-Loteamento+de+acesso+controlado+Outra+inovacao+da+lei+134652017>> Acesso em 10/03/2019.

LIMA, A. Abuso de direito, nº 166, Rio de Janeiro: Forense, 1956.

LÔBO, P. L. N. Direito civil. Coisas. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPEZ, A. M. L. **Estado Social y sujeto privado: Una Reflexion finisecular**. Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno. N. 25, p. 409 -466, Milano, Dott. A Giuffrè Editore, 1996.

MALUF, C. A. D. Limitação ao Direito de Propriedade. 3ª ed. São Paulo: RT, 2011, p 73.

MANSUR, S. S. R. *A função social da propriedade sobre bens imóveis, no âmbito urbano, sob a égide civil-constitucional*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVIII, n. 142, nov. 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15770&revista_caderno=9> Acesso em: 06 nov. 2017.

MARTINS. **As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a 28, n 112, p 13-32. 1991.

_____. **O direito privado como um sistema em construção**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 15, p. 129-154, 1998.

MARTINS, P. B. *O abuso de direito e o ato ilícito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forence, 1997.

MATAROSSO FILHO, PEREIRA, NEGRO NETO. *Associação de moradores (condomínios de fato): possibilidade ou não de imposição da cobrança da “taxa associativa”?* *A palavra, agora, está com o Supremo Tribunal Federal*. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI242172,11049-Associacao+de+moradores+condominios+de+fato+possibilidade+ou+nao+de>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

MIRABETE, J. F. *Manual de Direito Penal: Parte Geral – Arts. 1º a 120 do CP*. Vol. 1. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MUKAI, T., ALVES, A. C., LOMAR, VILLELA, P. J. *Loteamentos e Desmembramentos Urbanos: Comentários à lei de parcelamento do solo urbano lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979*. 2ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1987.

OLIVEIRA, C. *Novidades da Lei n. 13.465/2017: o condomínio de lotes, o condomínio urbano simples e o loteamento de acesso controlado*. 2017. Disponível

em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br>. Artigos de convidados>. Acesso em: 27 set. 2017.

RAISER, Ludwing. **Il futuro del diritto privato**. In: Raiser, Ludwing. Il compitio del diritto privato. Milano: Dott. A. Giuffre Editore, 1990.

REALE, M. Filosofia do Direito. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

REZENDE, A. C., ALENCAR, F., MORETTI, L. G. Incorporação Imobiliária, Instituição de Condomínios e Loteamentos Urbanos: Prática nos Processos. 11ª ed. Campinas: Millennium, 2013.

RIZZARDO, A. Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano: Leis 6.766/79 e 9.785/99. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SCAVONE JUNIOR, L. A. Direito Imobiliário: Teoria e Prática. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, J. A. Direito Urbanístico Brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, E. J. Loteamento Urbano Doutrina e Prática. 4ª ed. Leme: JH MIZUNO, 2016.

TARTUCE, F. Manual de Direito Civil. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TEPENDINO, G. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VIEIRA, Liszt. Os argonautas da Cidadania – A Sociedade Civil na Globalização. 1ª ed. São Paulo: Record, 2001.

David Gomes

Advogado mestrado pela Fadisp e especialista em Direito Imobiliário pela EPD. Consultor de diversos condomínios, construtoras e loteadoras. Desenvolvedor do @gomesdavidp e de diversos cursos

