

## LOTEAMENTO FECHADO

**Denio Dutra Barbosa**

Docente do curso de Direito do UNIFOR-MG

**Carlos Souza Pimenta**

Graduado em Direito pelo UNIFOR-MG

### RESUMO

Loteamento fechado é espécie de parcelamento do solo urbano, desenvolvido a partir da conjugação de elementos característicos do loteamento e do condomínio. Não há, no ordenamento jurídico nacional, regra específica disciplinando o loteamento fechado. O condomínio horizontal, a possibilidade de desafetação de bens públicos com a concessão de seu uso privativo a determinadas pessoas e o direito fundamental à segurança pública constituem argumentos jurídicos que tentam fundamentar a instituição dos loteamentos fechados. Diante da aprovação, mesmo sem previsão legal específica, de loteamentos fechados, revela-se choque entre direitos fundamentais na medida em que o fechamento de parcelas da cidade limita o direito à liberdade de locomoção, macula o direito à intimidade e impõe restrições ao direito de igualdade. A cobrança das despesas geradas pelo fechamento de loteamentos (conservação das áreas internas e manutenção de segurança privada) somente pode ser exigida daqueles que manifestarem adesão à associação de moradores constituída para a finalidade de arrecadar os valores necessários à satisfação destas despesas. O legislador deve se ocupar em disciplinar o instituto do loteamento fechado, evitando-se conflitos sociais.

**Palavras chaves:** Urbanismo. Loteamento fechado.

### 1 INTRODUÇÃO

No processo de desenvolvimento das cidades, o parcelamento do solo urbano sempre mereceu atenção especial. Diversos são os institutos que garantem, no tocante à utilização da propriedade urbana, o requisito da legalidade. Dois modos para o parcelamento do solo urbano sempre foram largamente empregados com relativo sucesso: o loteamento e o desmembramento.

Atualmente, em matéria de parcelamento do solo urbano, ainda que sem previsão legal expressa, observa-se o surgimento, nas grandes, médias e pequenas cidades, da figura do loteamento fechado.

Estes loteamentos fechados decorrem, em grande medida, da deficiência do Poder Público na prestação de serviços públicos, especialmente na área de segurança. A sociedade passou a identificar nos muros, nas cancelas e na segurança privada os meios necessários para se prevenir da violência urbana.

Sob o ponto de vista jurídico, as figuras do condomínio de casas, o direito fundamental à segurança pública e a possibilidade de desafetação de bens públicos com sua destinação ao uso privativo por particulares, tem servido de sustentação para a instituição dos loteamentos fechados.

Análise da regularidade jurídica da instituição dos loteamentos fechados constitui o objetivo central deste trabalho. O fechamento de ruas, avenidas, praças e demais logradouros públicos em benefício de determinadas pessoas, serão abordados em sua relação com direitos fundamentais garantidos à sociedade pela Constituição da República, como é o caso da liberdade de locomoção nas cidades.

Outro aspecto a ser abordado refere-se à possibilidade de cobrança, por associação de moradores, das despesas necessárias à manutenção das áreas internas situadas em loteamentos fechados.

Pretende-se ainda, chamar a atenção para a necessidade de que o legislador brasileiro dê

atenção a esta realidade social de forma a evitar o acirramento das diversas possibilidades de conflito, que empreendimentos desta natureza produzem no ambiente urbano.

## **2 PARCELAMENTO URBANÍSTICO DO SOLO**

O direito de propriedade encontra-se assegurado na Constituição da República pelo disposto no inciso XXII do artigo 5º de onde se extrai: "é garantido o direito de propriedade". Todavia, no inciso XXIII do mesmo artigo 5º está determinado que a propriedade deve atender à função social.

A Constituição da República, ao dispor sobre política urbana (artigos 182 e 183), consigna que a propriedade urbana cumpre função social quando atendidos parâmetros estabelecidos em lei intitulada "Plano Diretor" a ser elaborada em cada cidade brasileira.

Para a hipótese dos proprietários não se utilizarem da propriedade segundo os parâmetros que vierem a constar do Plano Diretor, prevê a norma constitucional sanções como o parcelamento compulsório, imposto progressivo no tempo e desapropriação (art. 182, §§ 2º e 4º).

Uma das possibilidades de exercício do direito de propriedade de imóveis urbanos em sintonia com o princípio da função social da propriedade consiste no parcelamento urbanístico do solo.

Parcelamento urbanístico do solo é o processo de urbanificação de uma gleba, formando parcelas individuais e independentes.

Gleba, para fins urbanísticos, é um terreno que ainda não foi objeto de nenhuma operação que o caracterize como urbano, como, por exemplo, o arruamento. O parcelamento da gleba provoca alterações em suas dimensões e confrontações, fazendo surgir diversos imóveis menores.

São várias as operações urbanísticas relacionadas ao parcelamento do solo, sendo de fundamental importância, para o presente estudo, a compreensão de dois institutos específicos, o loteamento e o desmembramento.

### **2.1 Loteamento**

No direito brasileiro é a lei 6.766, de 1979, que contém normas gerais sobre loteamentos para fins urbanos. Neste diploma legal estão anotados os requisitos urbanísticos mínimos necessários para sua aprovação e estabelecidas normas protetivas para os adquirentes dos lotes.

O § 1º do art. 2º da lei 6.766/79 assim conceitua loteamento:

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

Procedida à divisão de uma gleba em lotes, passam esses a constituir bens individualizados, conformando uma nova propriedade, desvinculando-se da área original.

O loteamento modifica o plano viário das cidades ao trazer a abertura de novas ruas, além de fazer nascer novos bairros.

A respeito destaca-se:

O terreno loteado perde sua individualidade objetiva transformando-se em lotes que se individualizam como unidades autarquicamente bastantes em si mesmas, inexistente estado e a pluralidade de comunhão; cria-se um bairro, cujo equipamento urbano (inclusive vias, estradas, caminhos, como públicos, que passam a ser como o registro imobiliário) passa a participar do sistema viário local e do urbe municipal. (PESSOA, 1978 *Apud* SARMENTO FILHO, 2009, p. 23).

É importante ressaltar que a aprovação do projeto de loteamento, faz com que os espaços institucionais, ruas e praças, bem como as áreas destinadas a edifícios públicos sejam transmitidos, automaticamente, ao Município. É o que estabelece a regra constante do art. 22 da lei 6.766/79:

Art. 22 - Desde a data de registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo.

A integração de áreas do loteamento ao patrimônio público não caracteriza desapropriação nem ao menos enseja o pagamento de indenização. Anote-se que tal previsão não afronta a Constituição da República, muito pelo contrário, tem suporte no princípio constitucional da função social da propriedade.

Sobre o efeito do loteamento na área urbana, ensina Sarmiento Filho:

A peculiaridade do loteamento, pois, é o seu caráter público e aberto, uma vez que o novo espaço urbanístico criado afeta, diretamente a vida da cidade. (SARNENTO FILHO, 2009, p. 24).

Loteamentos são, em regra, operações voluntárias geralmente executadas por particulares. Como repercutem no interesse coletivo, somente se efetuam sob a vigilância do Poder Público.

Aprovados os loteamentos, por se tornarem, as ruas, praças e demais espaços institucionais, bens públicos, o acesso de todos a estes locais é livre. Estabelece o art. 7º, incisos I e II, da lei 6.766/79, que as vias projetadas no loteamento devem garantir a articulação do empreendimento com o restante da cidade.

A intenção do legislador é que com a ocupação do loteamento sejam várias as alternativas de acesso ao local, evitando-se a sobrecarga de corredores de trânsito já existentes. Com as vias abertas, serviços públicos que precisam, por exemplo, da movimentação de ambulâncias ou de veículos dos bombeiros, conseguem maior agilidade. Garante-se, também, o direito constitucional do cidadão à livre locomoção (Constituição da República, art. 5º, XV).

## **2.2 Desmembramento**

Além do loteamento, a lei 6.766/79 dispõe também o desmembramento apresentando-o como espécie de parcelamento urbanístico do solo. O § 2º do seu art. 2º assim define o instituto:

§ 2º - considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes.

Não se verifica no desmembramento a abertura de novas ruas, diferindo-o do loteamento. O que ocorre é a divisão de uma gleba já cortada por vias públicas. Vias estas que, constituindo bens públicos de uso comum do povo, permanecem abertas ao público pelas mesmas razões já expostas.

## **3 CONDOMÍNIO**

Por condomínio se entende a possibilidade jurídica de uma mesma coisa ter sobre si uma pluralidade de titulares cabendo a cada um deles igual direito.

O Código Civil, ao dispor sobre o condomínio, adotou a teoria da propriedade integral em

seu art. 1.314. Por esta teoria, cada condômino possui idênticas prerrogativas em relação ao bem cujo domínio seja compartilhado. É a seguinte a redação do dispositivo citado:

Art. 1.314 - Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la.

O condomínio pode se originar de várias formas: será convencional quando derivado de acordo e vontade dos consortes, nascendo de um negócio jurídico onde duas ou mais pessoas adquirem ou colocam um bem em comum para dele usar; será incidente ou individual quando se der independente da vontade dos condôminos, como é o caso da doação de um bem a pessoas distintas; será forçado ou legal, quando for o caso de imposição jurídica, levando-se em conta o estado de indivisão da coisa.

Existem, basicamente, dois tipos de condomínios destinados à moradia, os tradicionais ou horizontais, composto por casas, e os especiais ou verticais, relacionados aos edifícios.

Em ambos os casos, há uma mistura de propriedade individual e propriedade coletiva. Espaços destinados única e exclusivamente a um condômino (apartamento, casa) e espaços de uso comum de todos (jardins, piscina, sala de jogos).

Importa ao presente estudo, uma abordagem mais detalhada do chamado condomínio horizontal. É a partir desta figura que se buscam argumentos jurídicos para justificar os denominados loteamentos fechados.

### 3.1 Condomínio Horizontal

O condomínio horizontal tem previsão legal no art. 8º da lei federal 4.591, de 1964:

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.

No condomínio horizontal o lote possui as mesmas características das projeções para as construções dos edifícios de condomínio. Caio Mario da Silva Pereira, ao definir o condomínio horizontal, expressa:

Diversamente da propriedade horizontal típica, em que cada unidade se vincula apenas à cota ideal do terreno e partes comuns, aqui existe uma unidade autônoma, uma parte do terreno edificado, uma parte do terreno reservada como utilidade exclusiva para jardim ou quintal e ainda a fração ideal sobre o que constitui o condomínio. (PEREIRA, 2001, p. 71)

Na constituição do condomínio horizontal não se fala no fechamento de praças e vias públicas. A área ocupada pelo condomínio representa um lote onde se assentam unidades autônomas e se estabelecem áreas comuns.

Aos condôminos permite-se fechar o imóvel e colocar portão ou cancela, para controle de entrada e saída de pessoas, tudo na forma de convenção registrada no Cartório Imobiliário da circunscrição.

Note-se que na figura do condomínio, mesmo horizontal, não há previsão legal para o fechamento de ruas e praças no entorno. Estas vias devem, pelas suas características, permanecer com o acesso franqueado a todos, garantindo-se o direito de locomoção e a prestação de serviços públicos.

#### 4 LOTEAMENTO FECHADO

Loteamento fechado é figura nascida da experimentação social. A expressão designa modalidade de parcelamento de solo diferente do loteamento previsto na lei 6.766/76. No loteamento fechado as vias de circulação entre os lotes destinam-se apenas aos proprietários. O acesso ao local é controlado por barreiras físicas (cancelas) onde porteiros somente permitem a entrada de proprietários ou de pessoas autorizadas por estes.

Anote-se, desde logo, que não há, na legislação federal, essa modalidade de parcelamento de solo urbano. No entanto, é uma realidade cada vez mais presente nas cidades brasileiras.

O que tem motivado os cidadãos a esta prática, é a notória deficiência do Poder Público na prestação dos serviços que lhe incumbem, especialmente no campo da segurança pública.

Além do aspecto associado à violência urbana, a ocupação desordenada do solo também serve de estímulo para empreendimentos desta natureza. A promessa de melhor qualidade de vida aos moradores, porquanto se afastariam de problemas que são comuns em áreas abertas ao público, tem atraído significativo número de pessoas.

A este respeito destaca-se:

O processo de urbanização desordenada das cidades traz algumas consequências negativas de ordem estrutural e social, com a deficiência dos sistemas de transportes, o congestionamento do trânsito de veículos automotores, a proliferação de habitações subnormais, a ocorrência de inundações (causadas por exemplo, pela impermeabilização do solo e a ocupação de áreas de várzea), a precariedade do saneamento básico, a "favelização" das áreas públicas invadidas e a violência. Inspirados na má qualidade de vida urbana, gerada pela desenfreada e caótica ocupação do solo nos grandes centros, empresários do ramo imobiliário têm optado por moradias dotadas de comodidade, luxo e segurança, além do *status* de se morar bem. Essas são algumas das razões da proliferação de uma modalidade de parcelamento do solo urbano, os "*loteamentos fechados*", com características especiais que os diferem dos convencionais. (FREITAS, 1998, p. 148-149)

A iniciativa para criação dessa forma de moradia decorre ou da vontade do empreendedor, ou da iniciativa de proprietários de uma localidade.

Na primeira hipótese, o empreendedor, autorizado a proceder a um loteamento, transforma-o em condomínio de fato erguendo muro ao seu redor. Na segunda, os proprietários se organizam em associação instituindo contribuição mensal destinada à manutenção dos serviços que criam.

Os moradores dessas localidades criam serviços para a manutenção dos espaços comuns e elaboram regulamento sobre as rotinas internas, à semelhança da convenção de condomínio prevista no Código Civil.

Com intenção de conferir legalidade ao empreendimento procede-se ao registro da convenção perante o cartório de títulos e documentos. Registro este que produz o efeito de garantir

a conservação do documento, nada mais (art. 127, VII, da lei 6.015/73).

Todavia, com o registro da convenção transmite-se a sensação de que existe, de direito, um condomínio.

Para sustentar, juridicamente, a regularidade do condomínio há distintos argumentos. O primeiro deles é de que o já mencionado art. 8º da lei 4.591/64, que trata da instituição do condomínio horizontal, permite a instituição do loteamento fechado.

Outro argumento em defesa desta forma de instituição do loteamento fechado envolve a atividade dos gestores municipais encarregados da aprovação dos loteamentos. No ato de aprovação do loteamento, muitas vezes com apoio em legislação editada pelas Câmaras Municipais, as ruas, praças e demais espaços institucionais que se incorporam ao patrimônio público como bens de uso comum do povo, são desafetados permitindo-se seu uso privativo aos particulares moradores da área fechada.

Há ainda o argumento de que, estando o Estado falhando no seu dever de garantir o Direito à segurança pública, legítima a instituição desta modalidade de parcelamento do solo ante à atenuação dos riscos relacionados às questões da violência urbana.

#### **4.1 Instituição de loteamentos fechados com fundamento no artigo 8º da lei 4.591/64**

O dispositivo do artigo 8º, alínea "a", da lei 4.591/64, acima já transcrito, permite, por óbvio, a existência de casas em condomínio. Todavia, a doutrina tem divergido bastante sobre a possibilidade de, sob este fundamento, legitimarem-se os loteamentos fechados.

Sobre o tema, manifestando-se contrário à possibilidade de instituição dos loteamentos fechados, José Afonso da Silva afirma:

Esse dispositivo, na real verdade, tem sido usado abusivamente para fundamentar os tais "loteamentos fechados". Foi ele estabelecido, certamente, não para tal finalidade, mas para possibilitar o aproveitamento de áreas de dimensão reduzida no interior de quadras, que, sem arruamento, permitam a construção de conjuntos de edificações, em forma de vilas, sob regime condominial. [...] Temos tido "loteamentos fechados" com mais de 1.000 casas de residência, com arruamento e tudo o mais que é próprio do processo de loteamento. As Prefeituras deverão negar autorização para esse tipo de aproveitamento do espaço urbano, exigindo que se processe na forma de plano de arruamento e loteamento ou desmembramento, que não se admite sejam substituídos por forma condominial, como se vem fazendo. Vale dizer: os tais "loteamentos fechados" juridicamente não existem. Não há legislação que os ampare, constituem uma distorção e uma deformação de duas instituições jurídicas: do aproveitamento condominial de espaço e do loteamento ou do desmembramento. É mais uma técnica de especulação imobiliária, sem as limitações, as obrigações e os ônus que o direito urbanístico impõe aos arruadores e loteadores do solo. (SILVA, 2006, p. 352, 353).

De outro lado, sustentando a possibilidade de instituição dos loteamentos fechados com fundamento na lei 4.591/64, destaca-se o posicionamento de Hely Lopes Meireles:

Os loteamentos especiais, também conhecidos por "condomínio horizontal" ou "loteamento fechado", vêm sendo implantados consoante a permissão genérica da lei federal 4.591/64 (art. 8º), mas, na maioria dos casos, sem normas locais regulamentares de seus aspectos urbanísticos. Tais loteamentos são bem diferentes dos convencionais, pois que continuam como áreas particulares, sem vias públicas e com utilização privativa dos moradores. Portanto, a lei aplicável aos loteamentos fechados ou condomínios horizontais é a Lei 4.591/64, por força do art. 3º do Dec.- lei 271/67, e aos loteamentos abertos ou convencionais é a Lei 6.766/79. (MEIRELLES, *Apud*, SARNENTO FILHO, 2009, p. 41, 41).

Na realidade, o art. 8º da lei federal 4.591/64 cuida do condomínio de casas, figura distinta

do loteamento e que também não pode ser confundida com o loteamento fechado.

No loteamento, o proprietário recebe o lote completamente desvinculado dos demais proprietários. No condomínio de casas, o proprietário possui o domínio de uma unidade do condomínio com a correspondente fração ideal em terreno comum pertencente aos condôminos e não há, nesta figura, qualquer propriedade pública. Nos loteamentos fechados identificam-se vias e praças públicas pertencentes ao município (bens de uso comum) cujo uso é exercido de forma privativa por particulares.

Outra diferença se encontra nas vias de circulação e espaços comuns. O condomínio constitui-se em propriedade privada pertencente aos condôminos, que arcam com a sua manutenção. Em condomínios não existem espaços públicos. Por isso, o acesso ao seu interior não é permitido ao público. Por se tratar de área particular, somente pessoas autorizadas pelos condôminos podem a ele ingressar. Nos loteamentos, as ruas e praças são pertencentes ao Poder Público, responsável pela gestão. Nos loteamentos fechados o que se pretende é que as vias entre as casas sejam propriedades públicas sujeitas à manutenção pelo Poder Público, mas com uso privativo garantido aos moradores.

Desta forma, como o condomínio de casas, regulamentado no art. 8º da lei federal 4.591/64, é instituto diverso do loteamento fechado, forçoso concluir que sob o abrigo da legislação citada não há como reconhecer sustentação jurídica aos intitulados condomínios fechados.

#### **4.2 Instituição do loteamento fechado com a desafetação de bens públicos criados pela aprovação de loteamentos**

Nos termos do disposto no art. 22 da lei 6.766/79, a aprovação do loteamento transfere ao município a propriedade de ruas, praças, equipamentos urbanos comunitários, espaços livres e áreas para edifícios públicos. Ditos bens são classificados como bens de uso comum do povo estando afetados a finalidade pública.

Os bens de uso comum do povo são da titularidade dos entes federativos destinando-se à utilização coletiva. Não estão sujeitos, no que toca ao seu uso normal, a qualquer tipo de formalismo ou consentimento por parte do Poder Público.

O fechamento dos loteamentos com muros, portões ou cancelas, obstruindo suas vias internas ao acesso do público, é sustentado ao argumento de que o Município pode viabilizá-lo pelo instituto da desafetação.

Ocorre desafetação quando o bem público não está sendo usado para qualquer fim público.

Se a lei 6.766/79 estabelece como requisito para aprovação do loteamento a automática transferência, ao patrimônio público, da propriedade de ruas, praças e demais espaços destinados a equipamentos públicos, afetando ditos bens ao uso comum do povo e, mais, se é da essência da aprovação do loteamento, nos termos do previsto no art. 7º, incisos I e II, da lei 6.766/79, que as vias deste se articulem com as demais vias já existentes na cidade, será possível a desafetação?

Sobre o tema a jurisprudência tem assim se manifestado:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Fechamento De Via Pública - Associação De Moradores - Bem Público - Impossibilidade de Decreto municipal estabelecer responsabilidade contrariando Lei superior - Violação ao direito de ir e vir, assegurado pelo art. 5º, inciso XV, da Constituição Federal Sentença Mantida - Recursos improvidos. (APELAÇÃO Apelação nº 994.05.103936-2 - Comarca de Mairinque - Relator: Antônio Carlos Malheiros - TJSP - j. 08 de junho de 2010).

EMENTA: ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA -LOTEAMENTO - ABERTURA DAS CANCELAS DA PORTARIA, PERMITINDO O LIVRE ACESSO DE PESSOAS - ÁREAS DE USO COMUM DO POVO - INOCORRÊNCIA DA DESAFETAÇÃO - CELEBRAÇÃO DE INSTRUMENTO DE OUTORGA DO USO - INOCORRÊNCIA - CONDENAÇÃO DO CONDOMÍNIO EM VIABILIZAR O LIVRE ACESSO DE PESSOAS ÀS ÁREAS SITUADAS NO INTERIOR DO LOTEAMENTO -

MANUTENÇÃO DO 'DECISUM'. 1 - Verificando-se que a utilização privativa de um bem de uso comum do povo por um único particular depende, além da desafetação do imóvel à finalidade pública a que se destina, da existência de interesse público, da formalização do consentimento da Administração Pública e da observância do regime jurídico de direito público, cabe manter a procedência do pedido formulado em ação civil pública para obrigar condomínio a desobstruir o acesso às áreas de domínio público situadas em seu interior, e que não foram objeto de desafetação e de concessão de uso pelo Município. 2 - Recurso não provido. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0148.06.041091-4/002 - COMARCA DE LAGOA SANTA - RELATOR: EXMO. SR. DES. EDGARD PENNA AMORIM. PUBLICADO EM 15/01/2009)

Também o doutrinador José Carlos Freitas, ao abordar o tema, anota:

E como se sabe, a desafetação de uma rua, ainda que precedida de autorização legislativa, deve conter um elemento fundamental: ter perdido de fato, sua utilização pública, seu sentido de via de circulação, ter se tornado desabitada. Não basta a lei para desafetá-la. É preciso atender ao interesse público, como qualquer ato administrativo, sem o que haverá fundamento para contestar a transmutação operada pela lei ordinária que promove a desafetação. (FREITAS, 1998, p. 161)

Ainda sobre a impossibilidade da desafetação dos bens de uso comum do povo, incorporados à cidade pela aprovação dos loteamentos, o ministro do STJ Adhemar Maciel assim se pronunciou:

"o objetivo da norma jurídica é vedar ao incorporador a alteração das áreas destinadas à comunidade. Portanto, não faz sentido, exceto em casos especialíssimos, possibilitar à Administração fazê-lo. No caso concreto, as áreas foram postas sob a tutela da Administração municipal, não com o propósito de confisco, mas como forma de salvaguardar o interesse dos administrados, em face de possíveis interesses especulativos dos incorporadores. Ademais, a importância do patrimônio público deve ser aferida em razão da sua destinação. Assim, os bens de uso comum do povo possuem função "ut universi". Constituem um patrimônio social comunitário, um acervo colocado à disposição de todos. Nesse sentido, a desafetação desse patrimônio prejudicaria toda uma comunidade de pessoas, indeterminadas e indefinidas, diminuindo a qualidade de vida do grupo. Não me parece razoável que a própria Administração diminua sensivelmente o patrimônio social da comunidade. Incorre em falácia pensar que a Administração onipotentemente possa fazer, sob a capa da discricionariedade, atos vedados ao particular, se a própria lei impõe a tutela desses interesses. (STJ REsp. 28.058/SP \_ Rel Min. Adhemar Maciel - j. em 13.10.1998)".

No mesmo sentido:

É inadmissível, portanto, a disposição constante de diversas leis municipais, que admitem a constituição de condomínio sobre glebas, como opção do proprietário, alternativa ao loteamento. Tal dispositivo evidentemente constitui uma burla a lei de parcelamento do solo urbano, uma vez que o condomínio não incide sobre os mesmos ônus do loteamento. (PINTO, 2010, p.255).

Releva, todavia, destacar, que há posicionamentos doutrinários sugerindo a possibilidade de utilização da desafetação de bens de uso comum do povo para que se formem os loteamentos fechados. Neste sentido:

Vale ressaltar que é possível, ainda, a idealização de loteamento fechado com a interferência municipal. Tratar-se-á de um loteamento comum, sujeito às regras superiores da lei 6.766/79, mas cujas vias de comunicação e espaços livres sejam objeto de fechamento mediante lei municipal, que ao mesmo tempo autorizará o Executivo a outorgar a concessão do direito real de uso à sociedade formada pelos adquirentes dos



lotes, mediante instrumento público ou particular, onde deverão constar obrigações da sociedade visando o fechamento do loteamento e a implantação de portarias de acesso, urbanização e conservação das vias e praças, manutenção do serviço de limpeza, permissão e facilitação da fiscalização dos agentes públicos municipais, com a possibilidade de rescisão da concessão em caso de desvirtuamento das condições pactuadas. (MUKAI, *Apud*, SARNENTO FILHO, 2009, p. 30-31)

Nesse caso, o loteamento é realizado com fundamento na lei federal 6.766/79 e, posteriormente ao arruamento e delimitação das áreas a se incorporarem ao patrimônio público; assim, o Município concede o direito real de uso aos particulares residentes na localidade.

Expostos os pontos de vista divergentes sobre a desafetação de bens de uso comum do povo para a constituição de loteamentos fechados, força reconhecer que a cidade não pode ser um aglomerado de loteamentos fechados. Deve haver articulação entre bairros e ruas, pois o seu fechamento dificulta a prestação de serviços públicos, o movimento do trânsito e vários outros transtornos à população, dentre eles o direito de ir e vir do cidadão. Sobre o tema anota Arnaldo Rizzardo:

Mas não é possível fazer do loteamento propriamente dito um condomínio fechado. A rigor, todo loteamento constitui uma expansão da cidade, pelo caráter público das vias e equipamentos, enquanto o condomínio envolve uma co-propriedade nas coisas de uso comum, Sem interferência do Poder Público na prestação de serviços especiais, como limpeza e manutenção das vias. (RIZZARDO, 2003, p 54).

A desafetação deve ocorrer para se alcançar uma nova finalidade pública. Se a desafetação ocorre para beneficiar um pequeno grupo de pessoas e não para alcançar o bem da população, inviável o ato que a formaliza.

### **4.3 Fechamento de loteamento e direito à segurança**

A possibilidade de fechamento do loteamento quase sempre vem relacionada à questão da violência presente em todas as camadas da sociedade.

Diante da sensação de insegurança a que a população encontra-se submetida, ruas e loteamentos são fechados ampliando-se o campo de atuação da indústria da segurança privada.

Segurança pública constitui direito fundamental previsto nos artigos 6º e 144 da Constituição da República. Sobre o significado da expressão, transcreve-se:

O direito à segurança pública sempre esteve presente na história da humanidade, caracterizando-se pela entrega de proteção ao povo para garantia da paz e tranquilidade da convivência social, especialmente o direito de propriedade e da incolumidade pessoal, por meio da atuação da polícia ou guarda similar. (SARNENTO FILHO, 2009, p. 63).

Em se tratando de segurança pública, de direito fundamental, constituindo-se o fechamento de ruas em forma de garantia deste direito, os loteamentos fechados poderiam encontrar, neste raciocínio, fundamentação jurídica.

Ocorre que o fechamento de ruas promove autêntica colisão entre direitos fundamentais. De um lado encontra-se o direito à segurança pública, de outro, a liberdade de locomoção, a intimidade e a igualdade.

Quando a lei 6.766/79 estabeleceu que os loteamentos devem ter suas vias traçadas de forma a se incorporem às já existentes, determinando a transferência da propriedade delas ao patrimônio público, passando a constituir bens de uso comum do povo, garantiu-se efetividade aos direitos fundamentais, por último citados.

O fechamento de loteamento, não há como negar, limita a livre circulação do cidadão. O

Tribunal de Justiça de São Paulo em recente julgado, determinou a derrubada de muros e retirada de cancelas que impediam o exercício da livre locomoção. O acórdão encontra-se assim redigido:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Fechamento de Via Pública - Associação de Moradores - Bem Público - Impossibilidade de decreto Municipal estabelecer responsabilidade contrariando Lei Superior - Violação do direito de ir e vir, assegurado pelo art. 5º inciso XV, da Constituição Federal - Sentença Mantida - Recursos Improvidos ... Pressupondo a ocorrência de restrições à liberdade individual, o Poder de Polícia implica em uma posição de supremacia por parte de quem o exerça, cabendo tal prerrogativa, com exclusividade, à Administração (APELAÇÃO CÍVEL nº 410.802-5/3 Mairinque/São Roque - Relator - Antônio Carlos Malheiros 08/06/2010)

Anote-se, ainda, que ao policial, enquanto agente do Estado, é vedado, sem razão aparente, parar transeunte na via pública, sob pena de se caracterizar abuso de autoridade. Neste contexto, não há como se justificar, face ao direito à intimidade, possa um segurança particular impedir ou fiscalizar o acesso de alguém a determinada via pública.

Admitir o fechamento de partes da cidade, privatizando-se espaços públicos para alguns, não permitido que outros possam promover o fechamento, representa violação ao princípio da igualdade.

Atente-se, também, que as ações de segurança pública não podem ser transferidas pelo Estado a particulares. A estes, no campo da segurança, legitima-se atuação apenas em caráter supletivo, nunca em substituição ao Estado.

Ademais de tanto, a lei 6.766/79, como já demonstrado, se revela contrária à utilização privativa de bens públicos. Isto se deve porquanto, ao legislador e é garantido, diante de questões atinentes à ponderação e à colisão de direitos fundamentais, relativa liberdade de decisão diante do caso concreto. Neste sentido:

De fato, o reconhecimento de uma esfera de liberdade do legislador não é incompatível nem com o entendimento dos direitos fundamentais como princípios, nem com a dimensão objetiva desses direitos, e tampouco com a ponderação. Hoje, a ideia de que a ponderação caracteriza-se como metodologia adequada para solucionar problemas constitucionais está conectada à tese de que o processo de sopesamento deve abarcar, além dos princípios em conflito, o princípio da liberdade do legislador, que atua sempre com razão em favor da preservação da norma, salvaguardando, assim, a dimensão democrática do Estado Constitucional. (PEREIRA, 2006, p. 287).

Sempre que se identifica conflito entre direitos fundamentais, a solução é difícil de ser encontrada. Qualquer posicionamento que se adote apresenta-se justificado. Razões de segurança pública podem autorizar o fechamento de loteamentos. Todavia, diante do conflito com outros direitos fundamentais (liberdade de locomoção, intimidade e igualdade) a opção até aqui realizada pelo legislador foi no sentido de se evitar a possibilidade de privatização dos espaços públicos.

Advirta-se que mesmo doutrinadores favoráveis ao fechamento de loteamentos, admitem esta figura em áreas situadas em regiões afastadas da cidade, de forma a não prejudicar a circulação dos cidadãos:

Imagine-se um loteamento em área mais afastada de uma cidade em que não existam em volta deste loteamento, outros bairros que dependam das suas ruas para aqueles não-residentes transitarem normalmente; as ruas do loteamento, se não fossem o muro que o cerca, de fato poderiam ser usadas por terceiros (não-residentes), mas teriam pouca circulação, pois não há a dependência do uso destas ruas pelo comércio local, não há hospitais cujo acesso encontre-se seriamente comprometido com a convocação do loteamento em fechado. Neste exemplo, a segurança pública almejada pelos moradores deve ser prestigiada, isto é, será possível 'fechar' o loteamento. Outra situação: um

loteamento em cidade litorânea, à beira da praia. Nesse caso, a ênfase constitucional que o meio ambiente recebe como bem de uso comum do povo (art. 225) prestigia a liberdade de locomoção que deve prevalecer à preocupação de um grupo de moradores em reforçar sua segurança. As nuances de cada caso concreto, então, levarão a conclusões diferentes. Ora em favor do princípio da segurança pública, ora em prestígio ao princípio da liberdade de locomoção. (PIRES, *Apud* SARNENTO FILHO, 2009, p. 71-72).

Neste contexto, mesmo sob a ótica da segurança pública, há óbice para a instituição dos intitulados loteamentos fechados na medida em que, evidenciada a colisão de direitos fundamentais, a ponderação, inclusive por orientação legislativa já manifestada na lei 6.766/79, não garante o fechamento de áreas destinadas à integração dos cidadãos, devendo-se evitar a formação de locais que "tendem a se transformar em "guetos" fortificados, onde o acesso de estranhos é restringido." (PINTO, 2010, p. 255).

## **5 RATEIO DE DESPESAS ENTRE MORADORES DE LOTEAMENTOS FECHADOS (evolução na jurisprudência)**

Em que pese a dificuldade para se emprestar legalidade à figura dos loteamentos fechados, o fato é que inúmeros deles encontram-se instalados e com moradores.

Entre estes é comum a criação de associações responsáveis pelas despesas com a conservação das áreas internas e comuns do loteamento fechado e, mais especificamente, das despesas com empresas de segurança privada.

A associação de moradores, uma vez criada, promove o rateio das despesas com a manutenção do condomínio fechado entre os moradores. Todavia, alguns dos moradores resistem em integrar a associação, havendo outros que manifestam intenção de deixar a condição de associado.

Quando o morador mantém a condição de associado, a jurisprudência, reconhecendo a realidade dos loteamentos fechados, não tem apresentado divergência sobre a pertinência do rateio das despesas geradas no âmbito do empreendimento.

As situações onde se observa divergência na jurisprudência estão relacionadas a duas hipóteses:

- a) Moradores não associados e que não querem participar do rateio das despesas; e,
- b) Moradores que, tendo sido associados, ao se desfilarem, não querem mais participar do rateio.

Ainda é bastante comum, na jurisprudência, decisões determinando a participação no rateio independentemente da condição de associado do morador:

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA - LOTEAMENTO - ASSOCIAÇÃO DE MORADORES - RATEIO DE DESPESAS - PROPRIETÁRIO DE IMÓVEL - FRUIÇÃO DOS BENEFÍCIOS ORIUNDOS DOS SERVIÇOS PRESTADOS - PAGAMENTO - NECESSIDADE - Embora sejam distintos os institutos jurídicos do condomínio horizontal e do loteamento para fins urbanos, o Poder Judiciário não pode ignorar a existência de situações fáticas em que os loteamentos se apresentam como verdadeiros "condomínios de casas", nos quais os proprietários das unidades isoladas participam e usufruem das comodidades oferecidas e, até mesmo, criam associações ou registram convenções de condomínio com o escopo de administrar as denominadas "áreas comuns"- Os proprietários de imóveis compreendidos na área de atuação de associação de moradores de loteamento fechado, têm a obrigação de pagamento das taxas e demais encargos por esta instituídos, ainda que não sejam associados, sob pena de enriquecimento ilícito.(TJMG - APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.08.239964-6/001 - COMARCA DE UBERABA - RELATOR: EXMO. SR. DES. LUCAS PEREIRA - PUBLICADO EM 18/11/2009).

Este posicionamento, contudo, não mais vem prevalecendo no Superior Tribunal de Justiça (STJ). As decisões mais recentes do STJ são no seguinte sentido:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. LOTEAMENTO FECHADO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONTRIBUIÇÃO. INEXIGIBILIDADE DE QUEM NÃO É ASSOCIADO. MATÉRIA PACÍFICA. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULAS N. 168 E 182-STJ. I. "As taxas de manutenção criadas por associação de moradores, não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo" (2ª Seção, EREsp n. 444.931/SP, Rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 01.02.2006). Incidência à espécie da Súmula n. 168/STJ. II. A assertiva de que os julgados apontados divergentes são anteriores à pacificação do tema pelo Colegiado, fundamento da decisão agravada, não foi objeto do recurso, atraindo o óbice da Súmula n. 182-STJ, aplicada por analogia. III. Agravo improvido. AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.034.349 - SP (2009/0021423-5) RELATOR: MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR Brasília (DF), 27 de maio de 2009 (Data do Julgamento).

Do voto do relator responsável pelo acórdão do STJ ora transcrito evidencia-se evolução na jurisprudência no sentido de somente impor o rateio aos proprietários de imóveis situados em loteamentos fechados que o desejarem:

"(...) Ao tempo em que emitida a decisão agravada (21.09.2005), a jurisprudência não dispensava o pagamento das cotas cobradas por associação de moradores, inda que o devedor não fosse associado. Tal orientação, entretanto, foi alterada pela 2ª Seção, no julgamento do EREsp 444.931/SP, de que fui Relator para acórdão. Confira-se: "(...) As taxas de manutenção criadas por associação de moradores, não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo (...)" (EResp 444931/FERNANDO, Rel. p/ acórdão Ministro Humberto Gomes de Barros). É claro que se o devedor associou-se ou, de outra forma, assumiu espontânea e expressamente o dever de contribuir com as despesas comuns, está obrigado ao pagamento, pelo menos até que deixe de ser associado. Nessa linha de entendimento, revigorou-se orientação mais antiga da 4ª Turma, a dizer que: "(...) A existência de mera associação congregando moradores com o objetivo de defesa e preservação de interesses comuns em área habitacional não possui o caráter de condomínio, pelo que é possível ao associado o seu desligamento, formalmente manifestado, inclusive porque previsto no Estatuto da entidade, cumprido o período de carência e pagas as cotas respectivas, vencidas até então (...)" (REsp 588.533/PASSARINHO). Note-se a ressalva do precedente: o associado pode desligar-se, mas não se desobriga do pagamento das cotas vencidas até então. E as cotas a serem pagas são aquelas aprovadas em votação pela maioria dos associados, como ocorreu com os supostos excessos reclamados pelos agravantes. Numa palavra: os agravantes têm o direito de se desligar da associação, mas devem pagar as cotas vencidas antes do desligamento exatamente como aprovadas pela maioria dos associados. AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.034.349 - SP (2009/0021423-5) RELATOR: MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR Brasília (DF), 27 de maio de 2009 (Data do Julgamento).

A partir do momento em que esta decisão do STJ se disseminar, à discussão sobre a legalidade ou ilegalidade da criação dos loteamentos fechados se somará outra: quem e em que medida deve suportar os custos decorrentes desta modalidade de parcelamento do solo urbano? No que concerne aos serviços disponibilizados nas áreas comuns (conservação, limpeza, iluminação, segurança, etc.) o custo deve ser suportado pelos moradores ou pelo Poder Público? A estas áreas comuns situadas no interior dos loteamentos fechados pode-se limitar o direito à liberdade de locomoção?

Já é tempo do legislador brasileiro se ocupar dos loteamentos fechados e regulamentar o instituto com vistas a solucionar os inevitáveis conflitos que esta prática social já produziu e ainda produzirá.

## 6 CONCLUSÃO

Muito embora os loteamentos fechados se façam presentes na maioria das cidades brasileiras, ainda não há norma legal regulamentando esta forma de parcelamento do solo urbano.

O instituto do condomínio de casas, por conter características que não são comuns ao loteamento fechado (no condomínio de casas as áreas entre as unidades autônomas constituem propriedade privada enquanto nos loteamentos fechados as mesmas áreas são definidas como bens públicos utilizados em caráter privativo pelos moradores) não se presta como instituto legitimador desta modalidade de parcelamento do solo urbano.

A desafetação de bens públicos (as vias internas dos loteamentos fechados) com a concessão de seu uso privativo aos moradores destes locais representa procedimento que descaracteriza a obrigação legal prevista para a aprovação de loteamentos na lei 6.766/79. Esta lei determina a automática incorporação das vias e espaços públicos decorrentes dos loteamentos à cidade, vinculando estes bens ao uso comum do povo. A desafetação somente faz sentido se procedida para atingir nova finalidade pública, nunca em benefício de alguns.

Mesmo consistindo a segurança pública direito fundamental do cidadão, a instituição de condomínios fechados sob este fundamento não se revela legítima, porquanto há colisão com outros direitos fundamentais (liberdade de locomoção, intimidade e igualdade), já havendo orientação legislativa constante da lei 6.766/79 no sentido de se evitar a formação de locais onde o acesso restrito pode provocar segregação social.

No que se refere à possibilidade de imposição das despesas geradas pelo fechamento de loteamentos aos moradores destas áreas, a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça tem orientado no sentido de que somente é legítima a cobrança enquanto o morador permanecer associado, sendo-lhe assegurado o direito de permanecer ou não como tal.

Por fim ressalta-se a urgente necessidade da abordagem, pelo legislador, do tema relacionado aos loteamentos fechados para que a sociedade tenha segurança jurídica ao realizar empreendimentos desta natureza.

## REFERÊNCIAS

CARVALHO, Erasto Villa-Verde de. **Parcelamento do Solo: condomínios regulares e irregularidades: urbanização**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996.

FREI, José Carlos de. Da **legalidade dos loteamentos fechados**. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/sitioslagos/documentos/ilegalidade.html>. Acesso em: 16 ago. 2010.

FREITAS, José Carlos. Da Legalidade dos Loteamentos Fechados. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 750.

FREITAS, William de Souza. A impossibilidade jurídica da instituição do loteamento fechado. In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos L. (Coord.). **Direito Urbanístico e ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MAIA, Luciano Soares. **Direitos Reais e Condomínio de Fato**. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciano\\_soares\\_maia2.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciano_soares_maia2.pdf). Acesso em: 16 ago. 2010.

MARINI, Celso. **Loteamentos Fechados**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/-doutrina> Acesso em: 16 ago. 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e Incorporações**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RODRIGUES, Silvia. **Loteamentos Fechados e Condomínios Residenciais**: iniciativa pública e privada. Disponível em: <<http://www.usp.br/nutau/CD/90.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2010.

SARNENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. **Loteamento Fechado ou Condomínio de Fato**. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, Bruno Matos e. **Condomínio não deve ser visto como loteamento irregular**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 16 ago. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008.