

“CONDOMINIOS” Atípicos. A Privatização e A Feudalização dos espaços Públicos

Hilário Espírito Santo Guimarães

Resumo

O presente versa sobre a problemática dos “condomínios” fechados ou atípicos nas grandes metrópoles, crescendo à sombra de uma lacuna legislativa na lei 6766/99, que não prevê a existência destes verdadeiros “feudos metropolitanos”. A verdade é que sob o argumento de aumentar a segurança, que deixa a desejar nas grandes cidades, estes “condomínios” se apropriam de espaços públicos e os privatizam, impedindo o restante dos habitantes da cidade de ir e vir por ruas que, afinal, são de uso comum. Certas tendências doutrinárias tendem a aceitar estes “condomínios” como recepcionados pela lei 4561/64, o que, no entanto, é bastante questionável

Palavras chave: “condomínios” atípicos, feudalização, plano diretor, municípios e privatização de vias públicas.

Sumário

1	INTRODUÇÃO	1
2	“CONDOMÍNIOS”	2
2.1	Dos tipos de Condomínio	5
2.2	Da urbanização das cidades	8
2.3	Direito ambiental	12
2.4	Direito urbanístico	14
2.5	Estatuto da Cidade	15
2.6	Plano Diretor.....	16
2.7	O Plano Diretor no Estatuto da Cidade.....	17
3	PRIVATIZAÇÃO DE ESPAÇO URBANO	19
3.1	Feudalização do espaço público	19
3.1.1	Loteamentos fechados.....	20
3.1.2	Condomínio atípico.....	21
3.2	O surgimento dos “condomínios” atípicos	22
3.2.1	Estratificação das cidades	24
3.3	O projeto do condomínio e a deturpação legal	26
4	LACUNA LEGAL E INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	28
4.1	A brecha na lei	28
4.2	Controvérsia doutrinária	30
4.3	Ganância, valorização da propriedade e inércia administrativa	32
4.3.1	Permissão, autorização e concessão de uso de área comum.....	33
4.4	PL 20/2007: tentativa de regulamentação.....	35
5	CONCLUSÃO	40
6	BIBLIOGRAFIA	41

1 INTRODUÇÃO

Um fato que vem se tornando cada vez mais comum nas grandes metrópoles, são os empreendimentos comumente chamados de “loteamentos fechados” ou “condomínios” atípicos.

Inquestionavelmente existem problemas nas grandes cidades que estimulam o surgimento de tais empreendimentos, em especial a violência urbana. Estes pseudos “condomínios” se propõem a dar aos moradores uma sensação de segurança, de paz e de isolamento dos males da cidade, propiciando aos seus ocupantes áreas de lazer, comércio, serviços, vigilância, áreas verdes e conforto.

Igualmente é sinal de status, e dentro dos valores de mercado, são empreendimentos caros, tendendo a se valorizar cada vez mais. São, portanto, bons negócios para os proprietários como são excelentes para o empreendedor.

Todavia a grande maioria destes “condomínios” é na verdade, irregular. Surgem ao arrepio da lei 6766/99 e não são acobertados pela lei 4591/64.

Apropriam-se de arruamentos, vias, praças, equipamentos urbanos, enfim, toda a sorte de espaços públicos que na verdade pertencem ao município e são de uso comum, fazendo com que se tornem verdadeiros feudos, privatizando-os ilegalmente.

Assim os espaços que são públicos vão sendo desordenadamente ocupados e posteriormente privatizados e, conseqüentemente, feudalizados, partidos e repartidos em pequenos lotes, como se a cada um fosse dado o direito de privatizar o que é público a seu bel-prazer, sob o argumento da “segurança pública”.

A questão dos “condomínios” atípicos não é assente: há aqueles que consideram ser a questão passível de solução quando o município cede, por autorização, permissão ou concessão o uso do espaço com aquela finalidade especial. Há outros que pensam que a solução passa pela constituição de um condomínio de casas, à luz da lei 4591/64.

Mas há quem diga que a brecha legal não se convalida: a verdade é que é preciso

a reformulação da lei 6766/99 para que este tipo de “condomínio” seja recepcionado e se torne regular, pois não é possível que tamanhas violações ao plano diretor permaneçam existindo e, mais grave ainda, ao direito cidadão de ir e vir.

Esta é uma das questões mais vívidas dentro do ramo do direito imobiliário, sem que haja, ao menos, por hora, uma opinião unânime no entendimento doutrinário.

Adiante, veremos inclusive uma proposta de emenda na legislação, ainda em andamento, visando regularizar a vida destes “condomínios”, e de forma geral dos habitantes de dentro e de fora destes verdadeiros feudos metropolitanos.

2 “CONDOMÍNIOS”

A propriedade em condomínio é apenas uma das formas que o instituto da propriedade pode assumir. O vocábulo tem sua origem em radicais latinos: significa diversos domínios ao mesmo tempo (com vários, ou em associação; *dominus*, de domínio). Desta forma, pode-se compreender que o condomínio terá duas ou mais pessoas como suas titulares. Em sendo a propriedade em si uma coisa indivisa, única, atribuir-se-á a cada pessoa uma parte, que é a fração ideal – mas não existirão delimitações físicas tais quais: piquetes, demarcações, marcações e cercas.

Nesse sentido assim nos ensina Caio Mário:

Quando a mesma coisa pertence a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual direito, idealmente sobre o todo e cada uma das suas partes. O poder jurídico é atribuído a cada condomínio, não sobre uma parte determinada da coisa, porém sobre ela em sua integralidade, assegurando-se a exclusividade jurídica ao conjunto de co-proprietários, em relação a qualquer pessoa estranha, e disciplinando-se os respectivos comportamentos bem como a participação de cada um em função de utilização do objeto. Sem fugir do conceito que lhe foi outorgado pela civilística clássica, o termo condomínio recebeu um novo conteúdo em razão da pressão social, ao se criar a lei do condomínio horizontal, passando a designar também que a cada apartamento ou unidade autônoma deve corresponder uma fração ideal no condomínio sobre o terreno e partes comuns do edifício.¹

Historicamente, o condomínio horizontal é o primeiro e é fruto de um melhor aproveitamento de terrenos em locais habitáveis, construindo-se não somente em um pavimento, mas casas e posteriormente edifícios de dois ou mais pavimentos independentes.

Eles surgiram na medida em que os centros urbanos foram concentrando cada vez mais população. Racionalizou-se a moradia, surgindo daí o condomínio horizontal, onde várias habitações superpunham-se em pavimentos ou andares.

A propriedade assim era dividida em planos horizontais, unidades autônomas, superpostas e alicerçadas sobre o mesmo solo. Daí o nome “condomínio horizontal”.

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporação. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 97
Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.31503>

Isto permitia que mais de uma família utilizasse o mesmo terreno para moradia, de forma racional e independente, em função do aumento populacional ao redor dos grandes centros urbanos.

Cada vez mais freqüente após a 1ª Guerra Mundial, o novo conceito de condomínio estava ainda por ser regulamentado, mas já era um fato social. Numa pesquisa histórica, no entanto, veremos que mesmo as Ordenações Filipinas previam alguma noção de condomínio:

E se uma casa for de dous senhores, de maneira que de um delles seja o sótão, o de outro o sobrado, não poderá aquelle, cujo for o sobrado, fazer janella sobre o portal daquelle cujo for o sotam, ou logea, nem outro edificio algum.²

No entanto, somente em 1928 surge alguma regulamentação específica de condomínios em planos horizontais: o decreto 5481/28 mencionava “edifícios de mais de cinco andares” e dispunha sobre a sua alienação parcial. Este mesmo decreto sofreu alterações nos anos 40, pelo decreto 5481/43 e pela lei 285/48. Mas mesmo estas modificações não abarcaram todas as possibilidades de condomínios horizontais: havia um limite de pavimentos, tipos de construção, quantidade de unidades, entre outros, de forma que determinados prédios ficavam fora de tal legislação.

Ao lado da escassez legislativa, havia o código civil, datado de 1916, e silente em relação a este tipo de propriedade, pois surgira quando pouco se falava em condomínio horizontal, de sorte que, no mais, tudo era tratado por analogia ou pelos costumes da época.

A propriedade em planos horizontais, ou o condomínio horizontal somente foi tratado com mais vagar bem mais tarde, em 1964, pela lei 4591/64, de autoria do mestre Caio Mario da Silva Pereira, regulando as situações de fato existentes desde o final da 2ª Guerra, quando se tornaram mais que comuns este tipo de propriedade.

A clarividência de Caio Mario em regulamentar as situações dos condomínios horizontais se reflete no comentário:

Procurando, de seu lado, emergir a tona desta inundação de desconforto, o indivíduo concebeu uma nova técnica de construção, que permitisse o

² Ordenações Filipinas, Livro I, Tit. 68, § 34, disponível on line em <http://www.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em: 25 de abr. 2009.

melhor aproveitamento dos espaços, e a mais suportável distribuição de encargos econômicos, e lançou o edifício de apartamentos.

Projetou para o alto as edificações, imaginou acumular as residências e aposentos uns sobre os outros, criou o arranha-céu, fez as cidades em sentido vertical (...).³

Eis que então a lei de 1964, com as alterações realizadas em 1965 regulam o condomínio horizontal e aquele existente no código vigente à época.

Posteriormente a lei foi alterada em 1965, pela lei 4.864/65, permanecendo em vigor naquilo que não é incompatível com o novo código civil.

Com o novo Código Civil, aparentemente teria havido revogação da Lei 4.591/64, pelo menos em sua parte inicial. Há quem afirme que ocorreu a revogação tácita (Revista dos Advogados 68/61). Essa assertiva, porém, não parece correta. A revogação ocorreu apenas na parte que conflita com as disposições do novo Código Civil. Confira-se, por exemplo, a prevalência integral do capítulo referente às incorporações imobiliárias. Além disso, algumas disposições precisam ser, ainda, aproveitadas, como por exemplo, o disposto no artigo 8, a até d, da Lei 4591, de 1964. Se assim não se entender estaria afastada a possibilidade de ser feito o condomínio edilício de casas térreas ou assobradadas, o que não parece nem um pouco razoável. Assim, permanecem em vigor, ainda, diversos preceitos da Lei 4591/64.⁴

Mas o tema não se cristalizou. Ao contrario, permaneceu evoluindo com o tempo. Novas formas de compropriedade e de condomínio surgiram, tais como os loteamentos e os denominados de “loteamentos fechados”, ainda que não haja uma lei claramente a regulá-los.

2.1 Dos tipos de Condomínio

Pelo que foi explanado, vemos que existem duas formas ou tipos de condomínio: um é o geral ou também chamado de tradicional, que é o presente no Código Civil e o outro é o disposto na Lei 4591/64, que é o condomínio horizontal, ou especial.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op.cit. p.72

⁴ LOBO JUNIOR, Sergio. O Novo Código Civil e o Registro de Imóveis (coord. Ulysses da Silva) São Paulo:Sérgio Antonio Fabris, 2004, p. 25

No condomínio apresentado pelo código Civil, a totalidade do bem fica em comunhão, isto é, obedece a um regime comum, não havendo propriedade individual. Domínio e propriedade se estendem sobre toda a coisa, não havendo limites, cercas, divisões e frações individuais.

No segundo caso, pode-se notar que há partes comuns e partes individuais, sendo as primeiras relativas a todos os proprietários em comum, e as segundas são divididas, autonomamente⁵.

A lei 4.591/64 veio regulamentar os “condomínios” que, de fato, à época existiam, vez que somente havia a lei de 1928, prevendo a compropriedade em prédio de pavimentos, construídos com determinados materiais (cimento armado ou outro material não combustível), e com pelo menos três peças que se destinavam a escritórios ou moradias.

Art. 1º Os edificios de mais de cinco andares, construidos de cimento armado ou materia similar incombustivel, sob a fórmula de apartamentos isolados, entre si, contendo cada um, pelo menos, três peças, e destinados a escriptorios ou residencia particular, poderão ser alienados no todo ou em parte objectivamente considerada, constituindo cada apartamento uma propriedade autonoma, sujeita ás limitações estabelecidas nesta lei.

Parapho unico. Cada apartamento será assignalado por uma designação numerica, averbada no Registro de Immoveis, para os efeitos de identidade e discriminação⁶.

Posteriormente a lei de incorporações e “condomínios” veio a estipular uma nova modalidade. Os condomínios edilícios. Desta feita sem delimitar o material empregado nem se referir a quantidade de unidades, podendo ocorrer inclusive não uma, mas mais de uma edificação, superpostas ou geminadas, em sistema exclusivamente residencial, exclusivamente comercial ou misto das duas.

Por esta lei é que ocorre a dúplici natureza da propriedade em edificações: ao mesmo tempo em que existem as unidades autônomas, de propriedade exclusiva, surge a propriedade de uso comum, com o domínio de todos os proprietários de forma indivisa. Assim, cada condômino passa a ser, por esta lei, proprietário exclusivo de sua unidade e

5 SOARES, Danielle Machado. Condomínio de Fato; Incidência do Princípio da Autonomia Privada nas Relações Jurídicas Reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 40

6 Decreto 5.481 de 25.06.1928, disponível em <http://www.fiscosoft.com.br/indexsearch.php?PID=125785#>. Acesso em: 25 de abr. 2009.

comproprietário das partes comuns.

Um terceiro tipo de aproveitamento condominial é o loteamento fechado. Trata-se da construção de casas térreas ou assobradadas, ou ainda edifícios. Caracteriza-se por utilizar uma área comum desdobrada, subdividida em lotes autônomos, com suas vias de circulação não se integrando ao sistema viário do município, servindo somente aos seus proprietários ou usuários, sendo estes responsáveis pela manutenção e conservação daquelas partes comuns aos proprietários.

A diferença mais chamativa entre os “condomínios” horizontais, loteamentos fechados e os loteamentos constituídos sob a égide da Lei 6.766/1977 é exatamente essa: nos condôminos horizontais e nos loteamentos fechados existe uma parte de uso comum que pertence ao condomínio, enquanto que nos loteamentos propriamente dito, o sistema viário, arruamento, os equipamentos urbanos e também os comunitários, assim como as vias, praças, espaços livres e áreas destinadas a edifícios públicos, constantes no projeto e no memorial descritivo, serão transferidos à municipalidade, desde a data de registro do loteamento, passando desde aquele momento integrar aquilo que se reconhece como patrimônio afetado à finalidade pública.

Anote-se que essa transferência ocorre automaticamente, *ex lege*, com a simples aprovação do projeto, como infere o art. 22 Lei 6.779/79, consoante lição de Roberto Barroso:

Aprovado o loteamento pela municipalidade, os espaços livres, as vias, as praças, assim como as áreas destinadas a equipamentos urbanos, tornam-se inalienáveis; e, com o registro do loteamento, transmitem-se, automaticamente, ao domínio público do município, com afetação ao interesse público especificado no plano do loteamento. Tal transferência dos bens ao domínio público e sua afetação aos fins públicos indicados no plano do loteamento independem de qualquer ato jurídico de natureza civil ou administrativa (escritura ou termo de doação) ou ato declaratório de afetação.⁷

No ensinamento de Castro Aguiar, a incorporação dos equipamentos urbanos e áreas de um loteamento ao patrimônio público (concurso voluntário) não dão azo a pagamentos de verbas indenizatórias, por não estar caracterizada a desapropriação parcial do imóvel, quer se trate de loteamento, quer a hipótese seja de desmembramento.

⁷ BARROSO, Roberto. O Município e o Parcelamento do Solo. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar e Fundação Getúlio Vargas, v. 194, p. 57.

O concurso voluntário não afronta a constituição federal, porque tem suporte no princípio igualmente constitucional, da função social da propriedade.⁸

Desta forma, o condomínio horizontal, tendo surgido nas primeiras décadas do século passado, acabou por tipificado na ordenação jurídica na década de 60.

Mas outras formas de propriedade, afeitas ao condomínio, continuaram surgindo, como a multipropriedade imobiliária, que surgiu nos Estados Unidos e ganhou espaço no ramo hoteleiro em nosso país, onde vários proprietários dividem o uso econômico de um imóvel, de forma intercorrente, numa repartição espaço-temporal⁹.

Há o condomínio horizontal, hoje devidamente tipificado, mas que teve sua origem baseada em uma necessidade social oriunda no início do século passado.

Existem também os denominados “condomínios” de fato ou atípicos.

Não são amparados por lei. Um conjunto de proprietários comporta-se como se condôminos fossem, restando à jurisprudência buscar soluções para eventuais questões que daí surjam. É um fato real, situação a ser enfrentada pelos nossos tribunais, fazendo com que, pelo enfrentamento, novas leis sejam criadas, para regular as situações das novas formas de propriedade.

Assim como os “condomínios” edilícios surgiram de uma evolução legislativa (do condomínio do código civil aos primeiros “condomínios” horizontais) os loteamentos fechados (condomínios de fato), ou “condomínios” atípicos, surgem em brechas da lei, ou mesmo em afrontamento das determinações destas, mas são fatos sociais, à margem de regulamentação, e para os quais é necessário buscar soluções e limites.

2.2 Da Urbanização das Cidades

A civilização, pelas suas características, tende a concentrar grandes quantitativos de seres humanos em torno de grandes cidades.

⁸ AGUIAR, Castro. Direito da Cidade, Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 81.

⁹ TEPEDINO, Gustavo. Multipropriedade Imobiliária. Rio de Janeiro: Saraiva, 1994, p. 85

Em função do rápido crescimento, do abandono do campo, da ocupação de vias e espaços públicos sem autorização e da especulação imobiliária, as cidades – em especial as grandes metrópoles – têm sido vítimas de um crescimento desordenado, crescimento esse que fere todas as normas mais fundamentais de urbanização. Temos ao lado disto, e em grande parte em função mesmo da superpopulação, uma violência crescente que parece fora de controle.

Entre os muitos problemas que isto provoca, as metrópoles vêm assistindo o surgimento de loteamentos clandestinos e “condomínios” fechados que, alegadamente, tentam resolver as duas questões: uma de ordem urbanística e outra de ordem social. Esta última buscando proporcionar segurança aos moradores destes espaços.

O urbanismo evoluiu com a cidade. Para a compreensão dessas manifestações, inclusive as jurídicas, torna-se indispensável uma rápida digressão histórica sobre o desenvolvimento urbanístico e a atividade do Poder Público no fenômeno urbano.

Tem-se como certo que as primeiras cidades formaram-se por volta do ano 3500 a.C, na região da mesopotâmia. Entretanto, a sua manifestação maior veio a acontecer em meados do século XIX. Com isso, podemos afirmar que embora a formação das cidades já conte com aproximadamente 5.500 anos, a urbanização e fenômeno moderno.

Segundo Gideon Sjoberg, John Palen e Mário Liverani, todos citados por José Afonso da Silva em sua obra *Direito Urbanístico Brasileiro*, três são os estágios intermediários das cidades, a saber: o primeiro estágio é o denominado de pré-urbano e está intimamente ligado a pequenos grupos homogêneos e auto-suficientes, que se dedicam com exclusividade a busca da alimentação. O segundo estágio seria aquele ligado à sociedade pré-industrial. Nesse ponto já havia a dominação da metalurgia, já se dispunha da roda e do arado, elementos capazes de facilitar a vida do homem e multiplicar o seu sistema produtivo. No terceiro estágio estaríamos já falando da cidade moderna e industrial. Uma cidade envolta na complexidade e com características de massificação. Aqui o homem já domina a produção de energia e, por conseguinte, aumenta o nível de produção com auxílio dos avanços tecnológicos.¹⁰

Ainda sobre o tema que abarca o desenvolvimento histórico das cidades, cabe ressaltar a pesquisa realizada por Roberto Luís de Melo Monte-Mór :

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros. 2008. p.20

Historicamente, a cidade tem sido entendida como um estágio posterior ao desenvolvimento agrícola, possível apenas a partir da Revolução Neolítica¹¹ que tornou possível a existência de um excedente alimentar regular. Este excedente, resultante de uma maior complexidade da divisão do trabalho no interior de uma comunidade nucleada em uma aglomeração rural, uma aldeia, permitiu a uma parcela da população desvincular-se das atividades ligadas à provisão de alimentos, passando assim a controlá-lo¹². Emerge assim uma classe dominante e a cidade surge como uma necessidade de distinção espacial, como o *locus* daquele excedente coletivo, definindo um espaço que se constitui por sua vez no *locus* do poder naquela comunidade. Na cidade antiga das sociedades teocráticas, a cidade é também, e prioritariamente, o *locus* da festa, da expressão cultural e religiosa, manifesta no templo, no palácio, no adro, na praça, a um só tempo expressão do excedente, do poder e da festa.¹¹

A garantia de um bom padrão de vida dos habitantes de uma cidade passa por instrumentos adequados de legislação urbanística que visam proporcionar a ocupação e parcelamento ordenado do solo, permitindo que os habitantes da cidade possam dela melhor usufruir.

Todos nós temos a plena consciência que tal perfil no Brasil está muito longe de ser alcançado.

O crescimento desordenado, a imigração do homem do campo, a ocupação dos espaços públicos por comerciantes inescrupulosos, como também por aqueles que querem sempre levar vantagem, somando-se a isso ganância dos empresários do setor imobiliário e mais o surgimento dos loteamentos clandestinos são fatores que agridem os padrões urbanísticos mínimos.

Nesse sentido, encaixam-se como uma luva as observações de Sarmiento Filho:

Não obstante o arcabouço jurídico assegurar, no plano formal, uma cidade organizada, a prática apresenta problemas de toda sorte, valendo citar, dentre outros, os seguintes:

- a) Degradação de áreas protegidas, tais como desmatamentos, assoreamentos de cursos de águas e construções de loteamentos clandestinos;
- b) Adensamento populacional sem existência de aparelhamento urbano adequado;

¹¹ MONTE-MOR, Roberto Luis de Melo. Gênese e Estrutura da Cidade Mineradora. Disponível na internet em: <http://www.cedeplar.ufmg.br/pesquisas/td/TD%20164.pdf>. Acesso em. 26 de abr.2009.

- c) Desrespeito pelos proprietários de normas urbanísticas e de construções, tais como recuos e gabaritos;
- d) Poluição sonora; ambiental e estética (pichações e colocação de placas de publicidade em locais impróprios);
- e) Privatização do espaço público, seja por comerciantes e ambulantes, que ocupam as calçadas e ruas da cidade, seja por empreendedores imobiliários e moradores, quando avançam grades de proteção de edifícios sobre o passeio.¹²

O direito urbanístico tem como finalidade precípua intervir, disciplinar e ordenar a ocupação e desenvolvimento dos centros urbanos, evitando, com isso, a ocupação desordenada dos espaços habitáveis, evitando que tal desordem possa gerar conflitos de interesses entre a esfera pública e privada.

Nesse sentido, assim se manifestou Jose Afonso da Silva:

A atividade urbanística, como se viu, consiste, em síntese, na intervenção do Poder público com o objetivo de ordenar os espaços habitáveis. Trata-se de uma atividade dirigida à realização do triplo objetivo de humanização, ordenação e harmonização dos ambientes em que vive o homem: o urbano e o rural.¹³

A deterioração da cidade atinge, indistintamente, todas as classes sociais, não sendo fenômeno limitado às áreas pobres, como observa Edésio Fernandes:

Outro mito que precisa ser questionado nesse debate é o que a informalidade na produção do espaço urbano diz respeito a grupos sociais pobres. De fato, são muitos os processos e as práticas da informalidade e ilegalidade urbana entre os grupos mais privilegiados da sociedade latino-americana.¹⁴

Tais intervenções têm efeito deletério na atividade e no planejamento urbanístico da cidade, e esta acaba por crescer de forma não planejada e desorganizada.

A atividade urbanística, (...) consiste, em síntese, na intervenção do Poder público com o objetivo de ordenar os espaços habitáveis. Trata-se de uma atividade dirigida à realização do triplo objetivo de humanização,

¹² SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. Loteamento Fechado ou Condomínio de Fato. Curitiba: Juruá. 2009. 132p.

¹³ SILVA, José Afonso da. Op. cit. p.34

¹⁴ FERNANDES, Edésio. Política de Regularização Fundiária: confrontando o processo de crescimento informal das cidades latino-americanas. In: Boletim do IRIB em revista, n 323, p 129, out/Nov/dez. 2005

ordenação e harmonização dos ambientes em que vive o homem: o urbano e o rural¹⁵

Uma das problemáticas mais graves a ser enfrentadas são os “condomínios” ou loteamentos fechados, ou ainda “condomínios” de fato, ou “condomínios” horizontais. Como característica mais forte, está à apropriação de espaços públicos, como se privativos fossem. Tal apropriação vai desde o apossamento de uma calçada, com sua ocupação indevida, até o fechamento de vias, configurando verdadeiros bairros isolados e murados.

Com precisão Dolores Bahia assim observa: ¹⁶

Um exemplo ilustrativo desse processo são os “condomínios” fechados”, os chamados “enclaves fortificados” para moradia, (...) são ambientes socialmente homogêneos, em grande parte formados por classes médias e altas, propriedades privadas para uso coletivo, fisicamente isolados, seja por portais, muros ou outros recursos arquitetônicos, voltados para dentro e não para ruas, controlados por guardas armados e sistemas de segurança privados baseados nas novas tecnologias de comunicação, e que colocam em prática regras de admissão e exclusão.¹⁷

Mas antes de adentrar na questão dos “condomínios” fechados propriamente ditos, é preciso entender que ramos do Direito dizem respeito ao crescimento urbano desordenado, o que acaba dando margem a situações anômalas como a que é objeto do presente estudo.

2.3 Direito ambiental

Direito ambiental é o que disciplina a tutela do meio ambiente, e não se confunde com a tutela de organização de espaços habitáveis, que é primazia do direito urbanístico. Mas este, em seu bojo, prevê também a tutela ambiental, mas voltada em função da organização dos espaços habitáveis. Todo crescimento populacional desorganizado,

¹⁵ Silva, José Afonso da. Op.cit., p. 33.

¹⁶ GOMES, Paulo Cesar da Costa. A Condição Urbana: Ensaio de Geopolítica da Cidade, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil: 2002. p. 176.

¹⁷ BAHIA, Maria Dolores Pereira. Política de Intervenção Urbana: uma leitura crítica sobre os programas Rio Cidade e Favela Bairro. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Planejamento Urbano e Regional da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, 2000. Disponível em http://teses.ufrj.br/IPPUR_M/MariaDoloresPereiraBahia.pdf. Acesso em: 25 de abr. 2009.

acompanhado de especulação imobiliária afeta grandemente o meio ambiente e a qualidade de vida.

José Afonso da Silva considera o direito ambiental como

Disciplina jurídica de acentuada autonomia dada a natureza específica de seu objeto – ordenação da qualidade do meio ambiente com vista a uma boa qualidade de vida.¹⁸

Bessa no entanto, discorda:

O Direito Ambiental pode ser definido como um direito que se desdobra em três vertentes fundamentais que são constituídas pelo direito ao meio ambiente, direito sobre o meio ambiente e direito do meio ambiente. Tais vertentes existem, na medida em que o Direito Ambiental é um direito humano fundamental que cumpre a função de integrar os direitos à saudável qualidade de vida, ao desenvolvimento econômico e à proteção dos recursos naturais. Mais do que um Direito autônomo, o Direito Ambiental é uma concepção de aplicação da ordem jurídica que penetra, transversalmente, em todos os ramos do Direito. O Direito Ambiental, portanto, tem uma dimensão humana, uma dimensão ecológica e uma dimensão econômica que se devem harmonizar sob o conceito de desenvolvimento sustentado.¹⁹

Por Rocha:

O Direito Ambiental, como microsistema jurídico, tem por objetivo imediato a proteção e defesa do meio ambiente, nele incluindo o ambiente urbano, (...) O direito ao meio ambiente é direito nitidamente difuso, à medida que pertence a todos de forma indeterminada.²⁰

Milaré fornece outra definição:

Direito ambiental é um complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do meio ambiente em sua dimensão global, visando à sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações.²¹

Dentro da Constituição, é possível encontrar regramentos que fornecerão as competências concorrentes e exclusivas entre Estados, Municípios e União.

A respeito do município, especificamente, é dito que este tem competência

¹⁸ SILVA, Jose Afonso da. Op.cit., p. 42

¹⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996 pp. 4/5

²⁰ ROCHA, Júlio César de Sá da. Função ambiental da cidade: Direito ao meio ambiente urbano ecologicamente equilibrado. São Paulo: Juarez de Oliveira; 1999.p. 18

²¹ MILARÉ, Édís. Direito do Ambiente, 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 109.

subsidiária na preservação ambiental, pois é função dos Estados e União legislarem sobre florestas, fauna, flora, caça e pesca, defesa da natureza e do solo, bem como de recursos naturais, especialmente na matéria de preservação de meio ambiente e controle de poluição ambiental.

O Estatuto das cidades leva em consideração o regramento de preservação ambiental:

É de inteira conveniência que o legislador, ao disciplinar a organização dos espaços habitáveis também leve em consideração a defesa da qualidade ambiental, como ocorre na lei 10257/01 (estatuto das cidades), que ao estabelecer as diretrizes gerais da política urbana, em inúmeras passagens atentou para este aspecto.²²

Assim, o direito ambiental é subsidiário na política urbanística imposta pelo estatuto das cidades.

2.4 Direito urbanístico

É o ramo de direito que:

Cuida do conjunto de normas e teorias a respeito das questões urbanas, de natureza multidisciplinar ao pinçar normas de outros setores do direito, como o civil, o administrativo, o constitucional, o tributário e o ambiental. Diz-se que as normas de direito urbanístico têm como traço peculiar o caráter mutante natureza discriminatória e desigualitária, na medida que definem os destinos as funções, as formas e a intensidade de utilização da propriedade do solo.²³

Dentro da constituição, é a União a responsável por fornecer as diretrizes para o desenvolvimento urbano (art. 21, XX) inclusive saneamento, e transportes. Aos municípios caberá legislar sobre interesses locais, e promover, naquilo que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle de uso do parcelamento e ocupação de solo urbano.

²² FIGUEIREDO, Guilherme Jose Purvin de. Função Ambiental da propriedade Urbana. Artigo. Disponível em www.aprodab.org.br/biblioteca/doutrina. Acesso em: 25 de abr. 2009.

²³ OLIVEIRA, Aloísio Pires de, CARVALHO, Paulo César Pires. Estatuto das Cidades e anotações à lei 10257/01., Curitiba, Ed. Juruá, 2001, p. 33

É obrigatória a realização e implantação de Plano diretor para cidades com mais de 20 mil habitantes, sendo este instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. E é o poder público municipal que, nos termos de lei federal, poderá exigir do proprietário de solo urbano não utilizado ou subutilizado que adeque seu aproveitamento, sob pena de parcelamento e edificação compulsórios (função social da propriedade).

Enfim, à União cabe fornecer as diretrizes do desenvolvimento urbano, aos municípios, os assuntos de interesse local, e aos Estados, cabe a:

Possibilidade de estabelecer normas de coordenação dos planos urbanísticos no nível de suas regiões administrativas, além de sua expressa competência para, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas, e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.²⁴

Verifica-se então que os dois ramos do direito se voltam para questões diferentes, um para a tutela do meio ambiente, e outro, para o ordenamento, com preservação ambiental, de espaços habitáveis.

O direito urbanístico não tem como fim direto e imediato a proteção do meio ambiente, mas a fixação de regras jurídicas de uso, ocupação e transformação do território, o que significa que o „móbil” ambiental, embora presente, não constitui a idéia condutora da regra jurídica urbanística, e, ao contrário, as normas jurídico ambientais são intrinsecamente preordenadas aos fins de tutela de meio ambiente. Me segundo lugar, no que concerne à substância há matérias que constituem o núcleo central do direito do ambiente, e que, de modo algum, se podem confundir com as do direito urbanístico (proteção da flora e da fauna, prevenção da poluição nas suas diferentes modalidades, a matéria da responsabilidade civil por danos ao ambiente, a matéria do ilícito ambiental, quer de índole criminal, quer de índole administrativa, o contencioso do direito ambiental, o direito organizatório do ambiente, a matéria do direito internacional do meio ambiente.²⁵

Verificados aqui as definições de direito ambiental e direito urbanístico, faz-se necessária a noção do direito urbanístico dentro do Estatuto das Cidades.

2.5 Estatuto da Cidade

²⁴ SILVA, Jose Afonso da. Op.cit., p. 49

²⁵ CORREA, Fernando Alves. O Plano Urbanístico e o Direito da Igualdade. Lisboa, Almedina, 1987, p 87

Como visto, a responsabilidade por legislar sobre meio ambiente é concorrente, em especial na relação Município-Estado. Ao Município é dado legislar localmente, organizando o crescimento da cidade, tanto na área urbana quanto na rural.

Ao Município caberá estreita vigilância:

(na área urbana) o problema do lixo, o tratamento da água potável, da ocupação do solo em relação aos mananciais, conseqüências da insuficiência do sistema de saúde pública e educação, problemas de esgotos sanitários, indústrias e comércio poluidores, problemas de fiscalização insuficiente etc. Nas áreas rurais os Municípios encontram problemas de: desmatamentos irregulares, depredação do solo, poluição dos rios, mau zoneamento populacional, atividades mineradoras, poluição por agrotóxicos etc.²⁶

O Município possui inúmeros mecanismos de controle próprios, que vão do zoneamento urbano (plano diretor) até o licenciamento ambiental.

A atuação municipal será, principalmente, executiva, fiscalizadora e complementar das normas superiores da União e do Estado-membro, no que concerne ao peculiar interesse local, e especialmente na proteção do ambiente urbano.²⁷

É o Plano Diretor que estabelece as premissas de ocupação territorial, e será visto em seguida.

2.6 Plano Diretor

O Plano Diretor é uma lei do município que traz a obrigação de tratar da organização e do processo de desenvolvimento urbanístico

O Plano Diretor é o instrumento básico da política municipal de desenvolvimento e expansão urbana, que tem como objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.²⁸

O Plano Diretor estabelecerá o planejamento das cidades e é projetado para um

²⁶ SANTOS, Antonio Silveira Ribeiro dos. Competência ambiental municipal. Disponível em<,www.ultimaarcadenoe.com>. Acesso em: 25 de abr. 2009.

²⁷ MEIRELLES, Helly Lopes. Direito Municipal Brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª edição, p. 424.

²⁸ CARVALHO, Pompeu F. de; BRAGA, Roberto (orgs.) Perspectivas de Gestão Ambiental em Cidades Médias. Rio Claro: LPM-UNESP, 2001. p. 95

período de cinco a dez anos. Todas as ações de maior porte em todos os campos (planejamento de habitação, infra-estrutura, sistema viário, transportes, ocupação de solo, projeto arquitetônico, entre tantos) devem ser previstas.

O Plano Diretor é um referencial no que diz respeito à orientação para as gestões municipais futuras, que devem agir de forma delimitada e compatível com este.

Dessa forma, ainda que o prefeito sucessor e respectivamente seu partido político sigam uma linha de ação administrativa, ela deverá se guiar dentro do que a população espera sem impor novos métodos, que afrontem a vontade da população²⁹

Destarte, a diretriz orçamentária, os Planos anuais e plurianuais encontram sua orientação no Plano Diretor, onde precisam adaptar a ele e cumprir os dispositivos que nele se encontram. Aborda-se desenvolvimento urbanístico, porém o prazo fica sempre a critério da gestão de cada município. Sendo assim:

Só a participação ativa das entidades representativas da sociedade na elaboração do plano diretor garante sua legitimidade e propicia condições para sua efetiva implementação. Aliás, este último é o grande problema dos Planos Diretores, são abandonados na gaveta após serem aprovados ou, nem isso, não conseguem sequer aprovação na Câmara Municipal.³⁰

2.7 O Plano Diretor no Estatuto da Cidade

Como se sabe, apesar da Constituição ter sido promulgada em 1988, e já trazer em seu bojo a questão da maior autonomia no ordenamento municipal, apenas em 2001 foi aprovado o denominado Estatuto da Cidade, como a Lei 10257, que passou a vigorar em outubro de 2001.

Esta Lei tramitou no Congresso Nacional desde 1990, com o Projeto de Lei 5788, e após este período, contando com algumas mudanças significativas foi finalmente promulgado na Lei que transforma o espaço urbano, assim como expõe a Constituição

²⁹ COSTA, Regina Helena. Princípios de direito urbanístico na Constituição de 1988. In DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.). Temas de direito urbanístico - 2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991 p. 132.

³⁰ CARVALHO, Pompeu F. de; BRAGA, Roberto (orgs.).op.cit., p. 96

Federal.

O enfoque do planejamento municipal, que veio por meio do Estatuto, se refere ao equilíbrio ecológico, dada a importância de preservação do meio ambiente, deixando já sanado quaisquer tipos de problemas causados pela geração atual e pelas passadas, no objetivo de oferecer as futuras gerações um espaço urbano que possua condição de uma vida saudável e bem estar para a sociedade residente.

O Estatuto da Cidade trata exclusivamente de questões de natureza urbana, abordando uma série de ferramentas legais que devem ser usados para que se atinjam os objetivos que foram propostos pelo Estatuto, no entanto, a ferramenta primordial neste caso que a legislação dispõe para fundamentar essas propostas seria o plano diretor.

3 PRIVATIZAÇÃO DE ESPAÇO URBANO

3.1 Feudalização do espaço público

As questões sócio-estruturais de natureza tipicamente urbanas deixam a cada dia mais problemas nas grandes metrópoles, e as conseqüências são desastrosas. Favelas, má distribuição de áreas e má ocupação do solo urbano, tudo isto gera uma péssima qualidade de vida para os moradores.

Muitos empresários do ramo da construção civil criam verdadeiros paraísos em “condomínios” fechados, o ideário do bem morar, bem guardados por seguranças de ternos impecáveis, passando a ideologia do luxo e do status social.

Mencionando a doutrina defendida por José Carlos de Freitas:

Geralmente implantados na periferia das metrópoles ou fora do perímetro urbano, apresentam-se cercados por muros, com suas entradas equipadas com guaritas e, de ordinário, fechadas por cancelas, vigiadas por agentes privados de segurança que controlam seu acesso mediante prévia identificação, permitindo o ingresso somente aos residentes ou às pessoas por estes autorizadas, impedindo, assim, a livre entrada e circulação de pessoas estranhas ao parcelamento, inclusive às praias do litoral, naqueles loteamentos que margeiam a orla marítima.³¹

Isto é a motivação para a proliferação dos “condomínios fechados”, “horizontais”, “atípicos”, dentre outras denominações que denotam na realidade a mesma ilustração, sempre utilizando meios esquivos e brechas de normas que regulamentam o parcelamento do solo nas metrópoles, tendo como intuito privatizar, restringir e apropriar-se do espaço público, em verdadeira feudalização do alheio. .

Destaca-se ainda que as denominações “condomínio” e “fechado”, definitivamente não ilustram a verdadeira utilização deste solo urbano, já que a compreensão daquilo que foi destinado a ser um loteamento tradicional, deve conjugar a individualidade dominial das novas construções, com a construção de um espaço que será do poder público,

³¹ FREITAS, Jose Carlos de. Da Legalidade dos Loteamentos Fechados. Disponível na internet em: <<http://www.ebooksbrasil.org/sitioslagos/documentos/ilegalidade.html>>. Acesso em: 25 de abr. 2009.

ajustando o uso do bem comum ao privado.

Neste foco, afirma José Carlos de Freitas:

Na verdade, os *loteamentos fechados*, atropelando a legislação civil e urbanística, são assim concebidos para favorecer, na prática, a privatização do uso das áreas públicas dos loteamentos (áreas verdes e institucionais, sistemas de lazer, ruas e praças, etc.), outrora vocacionadas, em sua origem, ao uso coletivo.³²

O intuito da presente pesquisa acadêmica é analisar acerca da temática de forma simples e inteligível, debatendo com propriedade a privatização das áreas destinadas ao uso público, assim como acontece nos “condomínios” fechados, tão comuns nas grandes metrópoles, principalmente se considerar a legalidade destas construções.

3.1.1 Loteamentos fechados

Para que haja uma clara interpretação acerca do tema proposto, deve-se primeiro determinar, mesmo que de forma simples, todas as normas que regem o loteamento e desmembramento do solo urbano.

De acordo com o doutrinador José Afonso da Silva, define-se:

O desmembramento é uma espécie de parcelamento do solo. O seu conceito, dado pelo art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei 271/1967, repetido em essência no art. 2º, §2º, da Lei 6.766/1979, coincide com o doutrinário. Ei-lo: “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 prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes”.³³

Percebe-se que, em nenhuma das duas concepções o desmembramento de áreas pode resultar em arruamento, caso ocorresse, posto que fosse assim, não seria um projeto, mas, plano de arruamento ou ainda plano de loteamento.

³² FREITAS, Jose Carlos de. Da Legalidade dos Loteamentos Fechados. Disponível na internet em: <<http://www.ebooksbrasil.org/sitioslagos/documentos/ilegalidade.html>>. Acesso em: 25 de abr. 2009.

³³ SILVA, José Afonso da. Op.cit., p.345

3.1.2 Condomínio atípico

Convencionou-se chamar de “condomínio atípico” aquilo que se trata na verdade de uma entidade de natureza particular. Tem similitude de uma associação, aliança ou outra designação neste sentido, que defina a posição assumida por moradores de certas ruas que, por determinação própria, particular, fecham a mesma, quer seja por cancelas ou muros, impondo limites e determinando quem acessa o espaço de domínio público, denominando a área usurpada de “condomínio”. Os moradores de tais áreas passam a ter o domínio e decidir quem pode ou não adentrar àqueles limites impostos à margem da lei.

Estes espaços monitorados por moradores pertencem na verdade ao uso público, bem como os loteamentos regulados a luz da Lei 6766/79. Estes indivíduos se unem, objetivando de maneira independente, equilibrar a omissão e lentidão do poder público, essencialmente na segurança pública.

O que se comprova na verdade é a privatização, não somente dos serviços, assim como também o espaço público. Uma das conseqüências desta privatização é um padrão privilegiado a eles, moradores, e aos autorizados, provocando uma supervalorização do patrimônio construído, mas prejudicando o bem comum, destacando cada vez mais um abismo social entre os moradores destes “condomínios” e a sociedade.

Deste ponto de vista, convém destacar a doutrina de Carvalho Filho:

Modernamente se tem assegurado a existência da propriedade como instituto político, mas o conteúdo do direito de propriedade sofre inúmeras limitações no direito positivo, tudo para permitir que o interesse privado não se sobreponha aos interesses maiores da coletividade.³⁴

Destaca-se ainda que, ao tolerar que uma parte da sociedade privatize algumas áreas e limite outras, viola-se o princípio constitucional da igualdade, em seu 5º artigo, caput, que não permite a nenhum indivíduo o direito a privatizar espaços que são destinados ao público, beneficiando alguns poucos privilegiados e privando muitos de aproveitar estes bens comuns.

O doutrinador Sarmiento Filho afirma que:

³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 5. Ed. Rev. Ampl. Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Pag. 628.

Permitir o fechamento, segundo vontade do particular, ainda que com a convivência do Poder Público, subverte o ordenamento jurídico brasileiro. Não se pode admitir que as cidades fiquem a mercê da vontade dos particulares, afastando o planejamento calcado no interesse público, que é uma nota característica do urbanismo.³⁵

Limitar o acesso, assim como desautorizar o movimento dos cidadãos, indo e vindo, humilha e atinge o indivíduo que não tem o livre acesso ao “condomínio”, violando de forma agressiva um direito fundamental.

3.2 O Surgimento dos “condomínios” Atípicos

A origem dos “condomínios” atípicos ocorre com a composição de uma simples associação de residentes, normalmente com o intuito de promover o bem estar daquela restrita comunidade.

Após a singela criação da associação, os residentes se fazem valer de manobras jurídicas para se reunir e planejar a forma de privatizar o “condomínio”, pleiteando junto a prefeitura local, a restrição e autonomia para limitar o espaço que é genuinamente público.

Invocando Sergio Couto:

Os loteamentos impuros, que a partir desse instante nos ocuparemos, são aqueles que funcionam em logradouros públicos, cuja natureza artificiosa e abstrata, funciona por meio de um colorido formal que são os estatutos das Associações, subscritos por alguns poucos, devidamente instrumentalizados, mas que alcançarão a muitos, vale dizer a todos os moradores, que terão de sustentar o “condomínio atípico”, mesmo que ele não apresente resultados visíveis a cada morador. Alega-se nesse tipo de associação proveitos difusos nem sempre identificáveis, mas uma coisa é certa: todos devem pagar uma contribuição pecuniária, queiram ou não!³⁶

A partir do momento em que o Estado perde o controle da situação e admite a ocupação desordenada de solo urbano, incentiva o colapso dos municípios, o que já vem ocorrendo paulatinamente nas metrópoles brasileiras, levando a estatísticas trágicas:

³⁵ SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. Op.cit., p. 72.

³⁶ COUTO, Sérgio. Associação de Moradores, As Que Estão à Direita e à Esquerda da Ordem Jurídica. Disponível em: www.nagib.net/variedades_artigos_texto.asp?tipo=14&area=3&id=285. Acesso em 03. mai, 2009.

poluição excessiva; artérias do trânsito completamente congestionadas; transporte público de péssima qualidade; incontrolável elevação na produção de lixo urbano; violência desenfreada; proliferação das favelas, além, é claro, da distribuição totalmente inadequada do solo urbano, ensejando entre outros a favelização.

Com a atenção voltada a este caos, os empresários da construção civil detectaram a oportunidade de se beneficiar, vendo na situação uma boa oportunidade de venda lucrativa. Passam a investir altas quantias em empreendimentos imobiliários de luxo, geralmente em áreas próximas ao perímetro urbano. Com o conceito de “status”, segurança e praticidade, estes empresários investem com a certeza do retorno garantido.

O Jornal do Commercio divulgou reportagem neste sentido, e resumiu de maneira enfática:

Às margens dela e de vias como a Castelo Branco, Anhangüera e Bandeirantes, aliás, proliferam empreendimentos de alto padrão. De acordo com o presidente da Associação dos “condomínios” Horizontais do Estado de São Paulo, o valor médio cobrado mensalmente pelos “condomínios” varia entre R\$ 250 e R\$ 300. Mas há quem desembolse até R\$ 1,7 mil pelos serviços e status de morar em um condomínio de luxo. "Os diferenciais são a segurança 24 horas, grandes áreas de lazer e quadras esportivas. Em casos assim, todas as casas já possuem sua própria piscina", diz Cabral Filho.

Lançamentos – A Rossi Residencial, por exemplo, está se especializando em “condomínios” horizontais fora dos grandes centros. "Atendemos pedidos de pessoas que sonham em morar em casas, com segurança", diz o diretor da regional paulista, Marcelo Dadian.

O projeto mais arrojado da empresa fica na cidade de Sumaré, próximo a Campinas, e tem 1 milhão de metros quadrados. Segundo a gerente comercial da regional Campinas, Andréa Nascimento, o lugar, batizado como Villa Flora, possui espaço físico para abrigar até 12 mil pessoas. "É uma cidade dentro de outra cidade."

Cerca de 1,5 mil famílias vivem no condomínio, que oferece serviços diferenciados. O interessante é que o morador não precisa sair do Villa Flora para ir à padaria, por exemplo. "Além disso, há restaurantes, pizzaria, locadora, farmácia e outras facilidades. É algo totalmente inovador".³⁷

Os “condomínios” atípicos são criados a partir de uma associação ou representação dos moradores, que neste sentido buscam melhorias para sua comunidade, tendo como foco principal a segurança. Acabam, por meio de lacunas na lei, ou de interpretações errôneas, por pleitear às autoridades municipais o enclausuramento do espaço público. Aproriam-se uns em prol de alguns.

³⁷ ROSAL, Vanessa. Nova Febre: “condomínios” Horizontais. Jornal Diário do Comércio, Caderno Economia, pg. 12. Disponível na internet em:

http://www.adimax.adm.br/frame_noticias.asp?seq=1 .

Nesta temática, cabe citar trecho de petição de ação ajuizada na Comarca de Ibiúna – São Paulo:

III - A Requerente é uma Sociedade Civil, desprovida de fins lucrativos, fundada em face das Assembléias Gerais Extraordinárias, realizadas nos dias 13 de junho e 04 de julho do ano de 1.981, constituída exclusivamente pelos proprietários de lotes do Loteamento Sítios Lagos de Ibiúna, que naquela oportunidade, já anteviam o crescimento, assustador e desordenado da violência urbana, pois a maioria absoluta desses mesmos proprietários provinham e, ainda provêm da Capital Paulista. Naquela oportunidade já conclamavam por entregar a uma Sociedade de Amigos a administração e os destinos do Loteamento, hoje um Loteamento Fechado de direito, **denominado de Condomínio Atípico ou Condomínio de Fato ou Condomínio Fechado ou Loteamento Fechado. (grifo original)** ³⁸

Nascem assim, de forma quase padronizada, os feudos municipais, que costumam ter denominações variadas: “condomínios” atípicos, “loteamentos fechados”, “condomínios” fechados que nada mais são que uma interpretação bastante pessoal do que seja “parcelamento de solo urbano”.

3.2.1 Estratificação das cidades

Invariavelmente, os “condomínios” fechados são ocupados pelas classes “A” e “B”. O acesso ao condomínio é limitado ao morador ou visitante, obviamente após prévia identificação, independentemente do espaço ser público. Normalmente, estes loteamentos de luxo são gradeados ou murados, muito bem guardados, semelhantes aos antigos castelos construídos na Idade Média, inclusos seguranças particulares que regulam a entrada de moradores no portão.

Avançados sistemas de segurança de alta tecnologia, são distribuídos de maneira uniforme por toda área. Alguns têm privilégios ímpares, assemelham-se a bairros independentes, pois contêm shoppings, comércio em geral, padarias, e até mesmo áreas de lazer, todos muito bem equipados, porém privativos a uma minoria seleta. Tanta facilidade

³⁸ Processo Movido Pela SASLI Contra o Autor Deste Site. Ação de rito sumário de cobrança de despesas condominiais e de rateio, tramitando na 2ª Vara Cível de Ibiúna- SP: Disponível na internet em: <http://www.ebooksbrasil.org/sitioslagos/documentos/inicialbueno.html>. Acesso em: 05 mai. 2009.

permite que os moradores quase não tenham a necessidade de ter contato com o mundo exterior.

Reforça a conclusão outro trecho da petição supra mencionada:

IV - Assim sendo, conclui-se que, uma coletividade inteligente de pessoas, por vontade própria e convergente, agregou-se no espírito comum de ter suas residências e seu patrimônio de laser, submetidos a uma certa privacidade, obedecendo regras por ela aceitas, tendo inclusive o ora Acionado, também participado da constituição dessa mesma sociedade, embora ignore tal participação, em face de problemas de ordem mental ou de discernimento. **O Réu foi um dos fundadores da Sociedade Amigos Sítios Lagos de Ibiúna, cnf. Primeira, segunda e terceira Atas de Reunião dos Proprietários, realizadas em 13/06/1.981, 04/07/1.981 e 26/07/1.981. (grifos originais).**³⁹

O doutrinador Hely Lopes Meirelles, cita em sua doutrina um aspecto peculiar sobre esta fatia da sociedade que privatiza o solo urbano:

Loteamentos especiais estão surgindo, principalmente nos arredores das grandes cidades, visando a descongestionar as metrópoles. Para esses loteamentos não há, ainda, legislação superior específica que oriente a sua formação, mas nada impede que os Municípios editem normas urbanísticas locais adequadas a essas urbanizações. E tais são os denominados „loteamentos fechados“, „loteamentos integrados“, „loteamentos em condomínio“, com ingresso só permitido aos moradores e pessoas por eles autorizadas e com equipamentos e serviços urbanos próprios, para auto-suficiência da comunidade.⁴⁰

Compartilhando a mesma opinião, José Carlos de Freitas:

Geralmente implantados na periferia das metrópoles ou fora do perímetro urbano, apresentam-se cercados por muros, com suas entradas equipadas com guaritas e, de ordinário, fechadas por cancelas, vigiadas por agentes privados de segurança que controlam seu acesso mediante prévia identificação, permitindo o ingresso somente aos residentes ou às pessoas por estes autorizadas, impedindo, assim, a livre entrada e circulação de pessoas estranhas ao parcelamento, inclusive às praias do litoral, naqueles loteamentos que margeiam a orla marítima.⁴¹

A divisão do solo urbano ocorre mediante o cumprimento de alguns requisitos legais: a urbanificação, que objetiva a divisão, que está, porém, sujeita às exigências do

³⁹ Processo Movido Pela SASLI Contra o Autor Deste Site. Ação de rito sumário de cobrança de despesas condominiais e de rateio, tramitando na 2ª Vara Cível de Ibiúna- SP: Disponível na internet em: <http://www.ebooksbrasil.org/sitioslagos/documentos/inicialbueno.html>. Acesso em: 05 mai. 2009.

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. op.cit., p 468/469.

⁴¹ FREITAS, Jose Carlos de. Da Legalidade dos Loteamentos Fechados. Disponível na internet em: <http://www.ebooksbrasil.org/sitioslagos/documentos/ilegalidade.html>. Acesso em: 25 de abr. 2009..

Direito Urbanístico, sancionadas pela legislação municipal, que por sua vez, submetida aos institutos legais federais.

3.3 O Projeto do Condomínio e a Deturpação Legal

Os empresários do ramo imobiliário que almejam construir um condomínio deste porte devem cumprir uma desgastante lista de requisitos.

Inicialmente o incorporador deve expor um projeto no qual deve conter toda a estrutura do condomínio para ser submetido à aprovação.

Deve o projeto respeitar os espaços destinados a circulação de uso comum, implementação de equipamento urbano e indexação de áreas livres em acordo com a densidade demográfica do espaço a ser construído. Todas estas previsões não podem estar em desacordo com o plano diretor municipal

Ademais, a regulação de ocupação de solo urbano deve também considerar a localização e dimensionamento de margens rodoviárias, malha ferroviária, curso de rios além de trechos não edificáveis.

A pequena malha rodoviária interna do condomínio deve ser articulada e adaptada em pleno acordo com as ruas e avenidas já existentes no local, ou projetadas, além de respeitar a topografia do loteamento.

O projeto deve ainda determinar o uso e taxa de ocupação demográfica do solo urbano, que deve estar em pleno acordo também com o plano diretor municipal.

Os equipamentos urbanos e a malha de uso comum, caracterizado pelas praças públicas, áreas livres e construções de uso público, que são parte integrante do projeto, são obrigatoriamente transferidos ao município, a partir do registro documental do loteamento. Sendo assim, integra o que se denomina e admite como patrimônio afetado para fins de uso público.

Destaca-se que essa transferência sobrevém automaticamente, *ex lege*, em

decorrência da aprovação do projeto, de acordo com o previsto pelo artigo 22 da lei 6779, analisado por Roberto Barroso

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

De acordo com a doutrina de Castro Aguiar, a anexação dos equipamentos públicos e espaços de um loteamento ao patrimônio público não dá o direito a qualquer intenção de cunho indenizatório, por não estar qualificada a desapropriação do imóvel, seja loteamento ou a desmembramento. Aqui se fala em concurso voluntário de espaço público e privado, o que absolutamente não viola a Carta Magna. Lastreia-se pelo Princípio da Função Social da Propriedade.⁴³

⁴² BARROSO, Roberto. Op.cit., 194, p. 57.

⁴³ AGUIAR, Castro. Op.cit., p. 81.

4 LACUNA LEGAL E INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1 A Brecha na Lei

No Brasil, proliferam os loteamentos fechados que, utilizando subterfúgios jurídicos, conseguem aprovar os projetos que posteriormente são registrados em pleno acordo com a lei 6766/79. Após o término da construção, transmudam-se em “condomínios” fechados do mais alto padrão, separados do mundo exterior e desrespeitando as vias e áreas de uso público, violando o regime jurídico ao qual a privatização está subordinada, assim como citado abaixo o artigo 8 da Lei 4591/64:

Art. 8º: Quando o 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 terreno e de partes comuns, que corresponderá às 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.

Na lacuna legislativa da lei 6766/79, observa-se que na prática o empreendedor imobiliário ou proprietário dos loteamentos muram ou gradeiam todo o loteamento e administram os espaços e vias públicas de forma similar a uma privatização, fazendo parecer um condomínio edilício com divisão em frações ideais. Isto se caracteriza como um estelionato do bem de uso comum, já que viola as leis 6766/79 e 4591/64.

Na realidade, este mecanismo tem sido utilizado para dissimular os pequenos feudos chamados “loteamentos fechados” e “condomínios” atípicos.

De acordo com a expressa opinião de José Afonso da Silva, juridicamente, estes “condomínios”, da forma como se apresentam 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 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.⁴⁴

Ainda o mesmo autor afirma:

Na modalidade de aproveitamento condominial de espaço prevista no artigo 8º da lei 4.591/1964 temos uma situação complexa, configurada pela existência de unidades autônomas (casas térreas ou assobradadas ou edifícios, ou ambos), uma parte de terreno edificada, uma parte de terreno reservada como de utilização exclusiva para jardins ou quintal, uma fração ideal sobre a qual se constitui o condomínio (edifício com unidades autônomas: apartamentos) e, ainda, as áreas que constituem passagens comuns para as vias públicas ou para as partes utilizadas entre si, ou os caminhos de acesso à praia, a pontes, a lugar aprazível.⁴⁵

A lei não prevê a relação com a Administração da municipalidade, impondo apenas a aprovação do projeto, mas não dá espaço ao fechamento de vias públicas e privatização de espaços não destacados para este fim.

Esta modalidade de loteamento, de propriedade horizontal é gerida de acordo com a Lei 4591/64 artigo 9º, por meio de síndico eleito pelos moradores, um conselho igualmente eleito por meio de uma Assembléia Geral.

No que tange ao loteamento, ressalta-se que deve haver uma aprovação prévia do projeto no município bem como a inscrição no Registro Imobiliário, o que não afasta a possibilidade de haver posteriormente o ato ilegal de uma criação compulsória de uma “associação de moradores”, e uma feudalização e fechamento daquilo que é bem público, em geral compelida pelo empreendedor imobiliário no ato da venda e do registro das escrituras, sejam de promessa ou venda concretizada, no qual se utiliza um mandato com o objetivo de originar tal associação e escolher um presidente para gerir o “condomínio fechado”

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. Op.cit., p. 353.

⁴⁵ Idem, ibdem.

4.2 Controvérsia Doutrinária

Temos diversas posições diferentes na doutrina a respeito de legalidade ou ilegalidade de “condomínios” fechados. A favor temos alguns argumentos, por onde iniciaremos a exposição:

A primeira, de que a despeito da lei 6766/99, disciplinar o desmembramento do solo, e que alguns bens deverão pertencer a domínio público, não há na verdade obstáculos a que sejam destinadas de forma diferente.

Se a competência é do Município em legislar sobre assuntos de interesse local,⁴⁶ promovendo no que lhe caiba o adequado ordenamento territorial pelo “planejamento e controle de uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”⁴⁷.

Assim, quando um município disciplina a ocupação de solo, isto é feito pelo Plano Diretor, que é votado pelos representantes políticos da municipalidade, para este fim eleitos, e não cabe a qualquer outra autoridade questionar a distribuição e parcelamento, a que pretexto for, determinando que dado fato não é de interesse público.

É possível entender desta forma que se um município autoriza que determinado grupo de pessoas constitua determinado núcleo habitacional desta forma, e não interfere, nem expressamente proíbe, é por que não há ruptura com o interesse prevalente daquele plano diretor.⁴⁸

Outra posição é que o loteamento fechado, que constituirá o “condomínio” atípico, é passível de autorização para que assim se constitua, ou concessão ou permissão. Desta forma, é possível migrar concessão de uso de pública para privada.

Assim, há real possibilidade de existir ruas e praças que não sejam de uso comum, posto que a Administração Municipal poderá destiná-los a uso do loteamento, bastando modificar a afetação. Desta forma, deixariam de ser de uso comum, para se tornarem de

⁴⁶ CF artigo 30, inciso I

⁴⁷ CF artigo 30, inciso IV

⁴⁸ LOBO JÚNIOR, Helio. Loteamento fechado. Boletim do IRIB em revista, São Paulo: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, nº 304, p. 6, set. 2002

uso especial,⁴⁹ E pode-se permitir ou fazer a concessão ou autorização para uso dos proprietários do condomínio, já que:

Bem de uso especial é toda parte do domínio público sobre a qual determinadas pessoas exercem direitos de uso e gozo, mediante outorga intuitu personae do Poder Público, através dos institutos da permissão ou da concessão. Ao contrário dos bens de uso comum, em que a regra é a liberdade de todos, para a utilização, nos bens de uso especial ou privativo, a liberdade desaparece, por força das circunstâncias, convergindo e fixando-se na pessoa dos usuários que preenchem os requisitos estabelecidos para a referida outorga privilegiada". Conclui-se, assim, que o Município pode outorgar aos proprietários dos lotes do loteamento fechado o uso privativo das vias, praças e espaços livres existentes dentro desse loteamento. Essa outorga se fará através da permissão ou da concessão de uso.⁵⁰

Tais ideais vão de encontro aos dispostos na constituição nos artigos 5º e 6º, direito á vida, segurança, entre outros. Cumpririam também com o entendido pelo principio da razoabilidade, e com o interesse municipal de destinar esta ou aquela área para uso comum ou especial de conformidade com seus interesses e da população.

Há também na doutrina corrente favorável á aplicação da Lei nº. 4.591/64 para a constituição de "condomínios" feitos de casas, independente de tamanho destes, em detrimento da lei 6766/9951,

Assim haveria o condomínio de casas térreas ou assobradadas⁵² já que este, pelo seu próprio histórico, foi o primeiro a versar sobre o condomínio de vilas, conjuntos residenciais, após a explosão imobiliária da II Guerra.

Explica Freitas que ali são possíveis residências isoladas, com áreas de jardim e quintal, áreas comuns de uso do condomínio e arruamento que liga ás estradas públicas. Cada condômino destas vilas ou conjuntos residenciais possui sua área exclusiva e sua fração ideal de terreno, não compondo o terreno de uso comum parte do município, isto é,

⁴⁹ Artigo 99 e incisos do Código Civil

⁵⁰ SILVA FILHO, Elvino. Loteamento fechado e condomínio deitado. Revista de Direito Imobiliário. São Paulo: Malheiros, 1999.

Revista dos Tribunais, nº 14, jul./dez. 1984

⁵¹ SILVA, Bruno Mattos e. Compra de imóveis: aspectos jurídicos, cautelas devidas e análise de riscos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 210-211.

⁵² Conforme artigo 8º da lei 4591/64

as áreas comuns e arruamentos internos são de fato particulares aos condôminos⁵³.

Mas as opiniões não são unânimes e há divergência doutrinária a respeito. Em ponderação a estas opiniões favoráveis à existência de “condomínios” atípicos, temos a de Ermínia Maricatto:

A ilegalidade da propriedade da terra urbana não diz respeito só aos pobres. Os loteamentos fechados que se multiplicam nos arredores das grandes cidades são ilegais, já que o parcelamento da terra nua é regido pela Lei Federal nº. 6.766, de 1979, e não pela que rege os “condomínios”, a Lei nº. 4.591, de 1964. O primeiro e mais famoso dos “condomínios” – o de Alphaville, em São Paulo – tem parte de suas mansões sobre terras da União. Moram em loteamentos fechados juízes, promotores do Ministério Público, autoridades de todos os níveis de governo. Eles usufruem privadamente de áreas verdes públicas e também vias de trânsito que são fechadas intramuros. Para viabilizar a privatização do patrimônio público, na forma de um produto irresistível ao mercado de alta renda, há casos de prefeituras e câmaras municipais que não titubearam em se mancomunar para aprovar lei locais que contrariam a lei federal. Ou seja, aprova-se uma legislação ilegal, bem de acordo com a tradição nacional de aplicação da lei de acordo com as circunstâncias e o interesse dos donos do poder.⁵⁴

O que se pode depreender é que a legalidade dos “condomínios” fechados ou “condomínios” atípicos se escora no silêncio da lei 6.766/79 em relação ao fechamento do terreno do loteamento, bem como há ausência de normatização para que haja utilização exclusiva de áreas públicas por alguns, sem ferir o princípio da isonomia, agredir o plano diretor, apoderando-se de ruas, praças e demais espaços públicos para servidão de “condomínios” privados. Apesar de algumas interpretações a respeito de “condomínios” de casas, a lei 4591/64 não dá solução suficiente à questão, existindo um vazio legislativo insuficiente portanto para pacificar a doutrina.

4.3 Ganância, Valorização da Propriedade e Inércia Administrativa

Convém ressaltar que já foi aduzido que a legislação que trata especificamente acerca da temática do parcelamento do solo urbano não abrange, até então, normatização

⁵³ FREITAS, José Carlos. Da legalidade dos loteamentos fechados. Boletim do IRIB em revista, São Paulo: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, nº 304, p. 14, set. 2002

⁵⁴ MARICATO, Ermínia. O nó da terra. Piauí 21, ano 2, p. 35, jun. 2008

destinada a empreendimentos imobiliários denominados “condomínios” fechados”, ou seja, para a lei este tipo de privatização simplesmente não existe. Mas acabam ocorrendo em função da completa inércia do município em relação a este tipo de atitude, o que apenas contribui para facilitar que tais atos, que visam aumentar a segurança, a privacidade, valorizar a propriedade e dar um maior status e bem estar ocorram.

Corroborando com isto, temos de outro lado a ganância dos empreendedores e incorporadores, que já vendem o investimento sob a propaganda de “condomínio fechado”, que possui uma série de facilidades e luxo, parques, clubes privados, áreas de lazer particulares, comércio próprio, serviços e tantas outras vantagens. O negócio é lucrativo, o espaço atinge preços altíssimos, para aqueles que estão dispostos a pagar tantas facilidades e conforto.

De outro lado, os moradores se dispõem a assumir preços de serviços mais altos, tornando particulares as prestações de serviços que normalmente são públicos, como iluminação de vias, coleta de lixo, tratamento de água, urbanização geral, segurança nas vias e espaços, adquire meios de transporte exclusivos para moradores, serviços de vigilância e outros. Enfim, pagam mais para viverem em verdadeiras ilhas à parte dos demais espaços municipais.

A raiz de tal estrutura é basicamente a segurança, que sabemos ser precária quando se fala em poder público. Mas não apenas para o incorporador o investimento é rentável. Para o futuro proprietário o retorno é garantido e o enriquecimento dar-se-á à custa do dinheiro público, tornando-se assim altamente valorizado o patrimônio, sinalizando poder, status e condição social.

4.3.1 Permissão, Autorização e Concessão de uso de área comum

Cabe aqui ressaltar, no entanto, que por meio de ato administrativo de autorização, permissão ou concessão é possível que a municipalidade admita o direito de dispor dos bens aos proprietários dos lotes do “condomínio fechado”

O município, entretanto, possui mecanismos que permitem a outorga do uso

privativo dos espaços de uso comum, dentro do “condomínio fechado”, aos moradores proprietários. É permissível também que o poder discricionário do município, desafete os bens de propriedade dos moradores, bem como modifique as normas que restringem e limitam o acesso ao condomínio por moradores ou pessoas por eles autorizados.

Essas normas de cunho administrativo suscitam bastante controvérsias, além de questionados face aos preceitos constitucionais que fundamentam à estruturação do Estado.

Opina o doutrinador Fernandes:

A verdade é que os princípios, institutos e o regime jurídico proposto pelo Direito Administrativo não são suficientes para expressar a natureza dessas novas relações político-institucionais, não se prestando para responder às suas necessidades de regulamentação e para dar segurança jurídica às novas formas de gestão.⁵⁵

Desta forma, quem pretende comprar um lote ou casa em um condomínio atípico precisa hoje se cercar de determinados cuidados: a despeito de a estrutura ser indubitavelmente vantajosa principalmente no quesito segurança, e em função desta e de outras vantagens ser uma propriedade que tenda a se valorizar, a própria constituição do condomínio pode ser irregular, ou seja, passível de revogação de toda a sua estrutura isolada a partir de uma modificação legal ou de questionamento no judiciário.

A depender das interpretações feitas pela doutrina, é preciso conhecer:

a) se a documentação do condomínio inclui lei ou ato administrativo municipal a conceder, autorizar ou permitir o uso privativo de áreas que seriam de uso comum, portanto, pública com afetação de uso especial.

b) se porventura, de outra forma, foi constituído o condomínio com base na lei 4.591/64, sendo assim composto por condomínio de casas, similar ao que ocorre com “condomínios” edifícios: áreas de uso exclusivo e áreas de uso comum, com arruamento que ligue às artérias de trânsito municipal.

c) se, ao contrário, há apenas uma disposição na incorporação, alegando que o condomínio ou loteamento será “fechado”, “exclusivo aos moradores” ou palavras no

⁵⁵ FERNANDES, Edesio et ALONSIN, Bethânia. A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano. São Paulo: Del Rey, 2006, p. 199

mesmo sentido, sem que seja aduzida qualquer base legal. Nesta situação, o comprador nada estará fazendo que não seja adquirir um lote comum, e o argumento de que é “exclusivo” é mera argumentação de vendas.

Há casos ainda em que os serviços públicos são ainda mantidos pela municipalidade, e apesar disto, os proprietários, pela sua associação de moradores, bloqueiam o acesso de vias ao público. Esta característica é marcadamente do condomínio “fachada”, o irregular, onde o fechamento é inteiramente à revelia da Administração.

Quanto aos valores condominiais internos de manutenção, as decisões dos Tribunais têm sido em sua imensa maioria favoráveis à obrigatoriedade do pagamento:

CIVIL E PROCESSUAL. CONDOMÍNIO INSTITUÍDO SOBRE LOTEAMENTO. AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO DO REGISTRO DE IMÓVEIS. EFEITO ERGA OMNES INEXISTENTE. VALIDADE, ENTRETANTO, DA CONVENÇÃO ENTRE OS FIRMATÁRIOS. SÚMULA N. 260/STJ COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS. LEI N. 4.591/64, ART. 9º. EXEGESE. I. A falta de registro da convenção de condomínio obsta a sua oposição a terceiros, mas obriga, todavia, aqueles que dela participaram, instituindo, voluntariamente, direitos e obrigações disciplinando as relações da coletividade, inclusive no tocante à contribuição proporcional nas despesas comuns (Súmula n. 260/STJ). II. Precedentes do STJ. III. Recurso especial conhecido e provido.”⁵⁶

4.4 PL 20/2007: tentativa de regulamentação

Os doutrinadores Jorge Miranda e José Joaquim Gomes Canotilho opinam

A concepção de Estado está fundamentada no Direito Administrativo que se revela a cada dia mais ultrapassado, e tem nas relações público-privadas uma incapacidade de clara de desenvolver e adequar soluções eficientes para conflitos jurídico-políticos, abrindo espaço para distorções consensuais e métodos duvidosos e trazendo falta de solidez na política brasileira.

⁵⁶ STJ, QUARTA TURMA, REsp 503.768/RJ, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, j. em 05.06.2003, DJ 01.09.2003

Em contrapartida, o doutrinador Pires (2006) invoca o princípio da razoabilidade como mecanismo para considerar ou não as decisões de autorizar a distribuição de loteamentos ou fechá-los. Ainda segundo ele, o princípio da segurança pública, afronta diretamente a liberdade e o direito de locomoção, quando ocorrem as já citadas limitações e restrições impostas por “moradores de “condomínios” fechados” a seu bel-prazer o que considera a “preservação” de sua segurança pessoal. Para reforçar a fundamentação o autor apresenta ainda argumentos de outros doutrinadores:

... O professor Luís Roberto Barroso trata sobre duas correntes distintas das quais evolui o princípio da razoabilidade. Para uma, com esteio na doutrina desenvolvida nos Estados Unidos, esse princípio seria um desdobramento do devido processo legal. Com duas facetas, o devido processo legal ora se apresenta no caráter estritamente processual – tal como comumente se discorre na doutrina processual – ora possui um cunho substantivo, aí sim, sob o título de princípio da razoabilidade.

Para outra, com origem na doutrina alemã, tratar-se-ia de um „(...) princípio não escrito, cuja observância independe de explicitação em texto constitucional, porquanto pertence à natureza e essência mesma do Estado de Direito. Demais, não constitui tal princípio um direito da liberdade, mas um direito que protege a liberdade; uma garantia fundamental, ou, antes de tudo, um princípio geral de direito”.

Mas tanto como princípio expresso – porque seria uma vertente do devido processo legal (doutrina norte-americana) – quanto como implícito – pois permearia todo ordenamento jurídico de um sistema democrático (doutrina alemã) -, o certo é que a doutrina brasileira converge, em relação aos elementos cardeais desse princípio, para o conhecimento produzido na Alemanha.

E de acordo com a ciência germânica, por sua vez, são três os requisitos do princípio da razoabilidade: a) adequação, b) necessidade ou exigibilidade e c) proporcionalidade em sentido estrito.⁵⁷

Considerando que o princípio da razoabilidade pode predominar quando se fala em segurança da vida (como nos casos alegados para murar e cercar tais “condomínios”) em detrimento aos outros princípios de isonomia entre os moradores e os restante dos cidadãos no acesso a tais “condomínios”, convém ressaltar que o dispositivo legal adequado coopera de maneira enfática para equilibrar a questão.

Mesmo que algumas imperfeições possam ser detectadas, vale destacar o avanço da legislação infraconstitucional e constitucional, mesmo que não seja o bastante para delinear de forma correta a política de urbanização e das questões sociais. O atraso do direito positivo em relação ao que de fato ocorre na sociedade é comum e esperado. Mas não se

⁵⁷ PIRES, Luis Manuel Fonseca. Loteamentos Urbanos. Natureza Jurídica. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 110 e 111.

pode prescindir do direito.

Ainda acerca da mesma temática, a sociedade, com o auxílio do Estado, busca, por meio do projeto 20/07⁵⁸, que divulga novas normas para regularizar os “condomínios” e loteamentos fechados. O projeto foi integrado a outros projetos de mesma temática, o parcelamento do solo urbano, que será denominado a Lei de Responsabilidade Territorial, que se aprovado irá modificar o conteúdo da Lei 6766/79, apresentará opções para a política de urbanismo e essencialmente, transformará os chamados “condomínios” fechados.

Este projeto, tem o objetivo de articular o aspecto sócio e urbano no decorrer da distribuição e construção do solo urbano, por meio de uma licença única, expedida pela prefeitura que já venha integrando em um documento todos os requisitos para projetos de construção, desde a distribuição do solo, loteamento, edificação, além de todos os requisitos relativos a densidade demográfica, metragem, ocupação, áreas livres e outros aspectos inerentes ao tema.

Nesta perspectiva, o desempenho dos municípios, principalmente no que tange ao plano diretor, passa a ter ainda maior importância na execução da política de urbanismo e na distribuição do solo nas metrópoles, bem como a função social da propriedade, na medida que, por tal projeto, as prefeituras terão autonomia para incluir nos planos diretores soluções sustentáveis de regularização fundiária, de modo a normatizar a situação de loteamentos e “condomínios”.

Neste mesmo âmbito, o projeto prevê novos tipos de parcelamentos fechados, criando a figura jurídica do “condomínio urbanístico” com o intuito de regulamentar o fenômeno atípico hoje comum nas metrópoles. Alguns estudos aduzidos para a formulação do Projeto 20/07, como o realizado pelo Laboratório de Habitação e Assentamento, da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, da USP, compreende que tais “condomínios” desviam da definição de urbanismo, já que por si só são bairros, somente auxiliando na segregação interna de habitantes das metrópoles (a cidade fica multifracionada entre os “de dentro” e os “de fora” destes “condomínios”, pequenas ilhas quase independentes. .

⁵⁸ do deputado Fernando Chucre (PSDB/SP), que se incorporou ao substitutivo do deputado Barbosa Neto (PDT-PR) – PL 3057/00, e assim alguns, visando dar legalidade e regulamentação ao “condomínios” atípicos, sob o tema da criação de uma Lei de Responsabilidade Territorial.

Mediante o projeto, os “condomínios” fechados que já existem, terão permissão para a limitação do acesso aos locais que se designam públicos. Existe uma controvérsia, já que os parcelamentos de solo urbano por definição são abertos e acessíveis a todos por serem públicos, pois são parte da cidade.

De acordo com Jacomino⁵⁹ ressalta os amplos benefícios e inovações que foram propostos no projeto 20/2007, rescindindo a atual legislação já obsoleta transformando e ampliando a obrigatoriedade de registro para viabilizar a clareza e idoneidade de todos os negócios que envolvam os bens imóveis, bem como impedir conflitos e dispor de segurança jurídica.

Assim, põe-se em discussão acerca da questão, no panorama nacional. Diversos são as motivações e os interesses aqui aduzidos.

Apesar dos problemas sociais existentes no país, a preocupação com a violência, infra-estrutura, saúde e educação, não se pode violar a legislação e coibir o livre acesso aos locais públicos, não se pode esconder atrás de grades e muros, impedindo qualquer pessoa de acessar o loteamento ou condomínio. Direitos devem ser conquistados, não convenientemente ignorados.

A Carta Magna de 1988 permite diversas formas de participação da sociedade nos processos políticos, fazendo valer a democracia e nesta vertente se concretizam os princípios que guardam o estreito vínculo com o sucesso da administração urbanística. Diante desta nova perspectiva, faz-se necessário coexistir os complexos vínculos entre direito, urbanização e política.

Edésio Fernandes opina acerca desta temática:

Não podemos mais continuar fazendo o discurso dos valores: temos de construir um discurso dos direitos que dê suporte às novas estratégias político-institucionais de gestão democrática e inclusão social, que diversos municípios têm tentado formular e implementar (...).

Não é mais possível interpretar as graves questões urbanas e ambientais exclusivamente com a ótica individualista do Direito Civil; da mesma forma, não é mais possível buscar tão somente no Direito Administrativo tradicional (que com frequência reduz a ordem pública à estatal) os

⁵⁹ JACOMINO, Sergio. Boletim IRIB: <http://www.irib.org.br/pdf/BE3189.pdf>. Acesso em: 25 de abr. 2009.

fundamentos para as novas estratégias de gestão municipal e de parcerias entre os setores estatal, comunitário, voluntário e privado⁶⁰.

Apesar da omissão ou lacunas deixadas pelas leis de urbanização, tanto no âmbito conceitual como técnico, põe-se em destaque a obrigação de desenvolver um projeto jurídico de solidez e eficiência, que seja harmonioso com os princípios constitucionais, no que tange aos novos direitos da sociedade, objetivando a reforma urbanística e gestão adequada das políticas urbanas.

O jurista Fernandes destaca que os operadores de direito devem estar centralizados no que tange ao seu desempenho perante a construção de uma base social eficaz, com uma doutrina adequada a realidade do país, principalmente na composição da doutrina e jurisprudência.

Enfatiza também:

Identificar problemas jurídicos formais e acusar de inconstitucionalidade é uma tarefa fácil (...) „Suscitar dúvidas” é simples. Difícil – porém urgente – é construir novos argumentos jurídicos que sejam sólidos e consistentes não só da perspectiva da legitimidade político-social, mas também da perspectiva da legalidade⁶¹.

⁶⁰ FERNANDES, Edesio et ALFONSIN, Bethânia. A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano. São Paulo: Del Rey, 2006, p. 205

⁶¹ Idem, Ibidem.

5 CONCLUSÃO

Fizemos aqui uma apresentação dos problemas relativos à constituição dos já conhecidos “condomínios” e loteamentos fechados á luz da legislação vigente.

Foi possível verificar que, a despeito de algumas opiniões contrárias, na verdade a legislação não prevê a existência destes loteamentos e “condomínios” e, em sua maioria, a despeito de serem luxuosos e bem construídos, nada mais são que grandes irregularidades.

O fenômeno surge sob a sombra de uma Administração ineficiente, que peca pela ausência de segurança pública e não age devidamente quando espaços públicos são fechados e efetivamente privatizados dentro destes empreendimentos.

Sob o argumento da questão de segurança, hoje um dos grandes atrativos destes “condomínios” fechados, os moradores das cidades são impedidos de ir e vir nos interior destes espaços.

Na verdade, estes empreendimentos hoje oferecem o que há de mais interessante dentro dos negócios imobiliários: luxo, conforto, segurança, lazer, serviços, status, e constituem excelente negócio a quem constrói e vende, como a quem adquire, pois a tendência é uma valorização constante.

Mas nada disto justifica a existência de feudos murados nas cidades. Se há solução para tais irregularidades, esta perpassa pela permissão, autorização ou concessão especial do município neste sentido, ou pela construção de um condomínio de casas, que possui algumas restrições, ou pela reforma legislativa que abarque estes novos empreendimentos em suas previsões.

Infelizmente, para a grande maioria dos compradores, o que se verifica é que estes “condomínios” são absolutamente irregulares e não passam de lotes comuns; e que a característica de “loteamento fechado” é apenas, e tão somente, um argumento de vendas e marketing, nada havendo que autorize a construção destes pequenos feudos.

6 BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Castro. Direito da Cidade, Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

BAHIA, Maria Dolores Pereira. Política de Intervenção Urbana: uma leitura crítica sobre os programas Rio Cidade e Favela Bairro. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Planejamento Urbano e Regional da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, 2000. Disponível em http://teses.ufrj.br/IPPUR_M/MariaDoloresPereiraBahia.pdf.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 5. Ed. Rev. Ampl. Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Pompeu F. de; BRAGA, Roberto (orgs.) Perspectivas de Gestão Ambiental em Cidades Médias. Rio Claro: LPM-UNESP, 2001.

CORREA, Fernando Alves. O Plano Urbanístico e o Direito da Igualdade. Lisboa, Almedina, 1987 COSTA, Regina Helena. Princípios de direito urbanístico na Constituição de 1988. In DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.). Temas de direito urbanístico - 2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

COUTO, Sérgio. Associação de Moradores, As Que Estão à Direita e à Esquerda da Ordem Jurídica. Disponível em: www.nagib.net/variedades_artigos_texto.asp?tipo=14&area=3&id=285.

Decreto nº. 5.481 de 25.06.1928, disponível em <http://www.fiscosoft.com.br/indexsearch.php?PID=125785#>

FERNANDES, Edesio et ALFONSIN, Bethânia. A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano. São Paulo: Del Rey, 2006.

FIGUEIREDO, Guilherme Jose Purvin de. Função Ambiental da propriedade Urbana. Artigo. Disponível em www.aprodab.org.br/biblioteca/doutrina

FREITAS, Jose Carlos de. Da Legalidade dos Loteamentos Fechados. Disponível na internet em: <<http://www.ebooksbrasil.org/sitioslagos/documentos/ilegalidade.html>>.

FREITAS, José Carlos. Da legalidade dos loteamentos fechados. Boletim do IRIB em revista, São Paulo: set, 2002.

GOMES, Paulo Cesar da Costa. A Condição Urbana: Ensaio de Geopolítica da Cidade, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

JACOMINO, sergio. Boletim IRIB: <http://www.irib.org.br/pdf/BE3189.pdf>

LOBO JÚNIOR, Helio. Loteamento fechado. Boletim do IRIB em revista, São Paulo: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, nº 304, set. 2002.

LOBO JUNIOR, Sergio. O Novo Código Civil e o Registro de Imóveis (coord. Ulysses da Silva) São Paulo:Sérgio Antonio Fabris, 2004.

MARICATO, Ermínia. O nó da terra. Piauí 21, ano 2, jun. 2008.

MEIRELLES, Helly Lopes. Direito Municipal Brasileiro, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MILARÉ, Édís. Direito do Ambiente, 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Aloísio Pires de, CARVALHO, Paulo César Pires. Estatuto das Cidades e anotações à lei 10257/01,. Curitiba, Ed. Juruá, 2001.

Ordenações Filipinas, Livro I, Tit. 68, § 34, disponível on line em <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporação. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

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

ROCHA, Júlio César de Sá da. Função ambiental da cidade: Direito ao meio ambiente urbano ecologicamente equilibrado. São Paulo: Juarez de Oliveira; 1999.

ROSAL, Vanessa. Nova Febre: “condomínios” Horizontais. Jornal Diário do Comércio, Caderno Economia, pg. 12. Disponível na internet em: http://www.adimax.adm.br/frame_noticias.asp?seq=1

SANTOS, Antonio Silveira Ribeiro dos. Competência ambiental municipal. Disponível em<,www.aultimaarcadenoe.com>

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

SILVA FILHO, Elvino. Loteamento fechado e condomínio deitado. Revista de Direito Imobiliário. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Jose Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro, 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SOARES, Danielle Machado. Condomínio de Fato; Incidência do Princípio da Autonomia Privada nas Relações Jurídicas Reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

STJ, QUARTA TURMA, REsp 503.768/RJ, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, j. em 05.06.2003, DJ 01.09.2003 em www.stj.gov.br.

TEPEDINO, Gustavo. Multipropriedade Imobiliária. Rio de Janeiro: Saraiva, 1994.