

Condomínio fechado, associação de moradores e lei municipal

Paulo Fernando Silveira*

I – Objeto do presente artigo

Tem-se noticiado, com frequência, o fechamento de vias públicas (praças e ruas de uso comum do povo), a fim de transformá-las em condomínio particular fechado, mediante autorização veiculada por lei municipal. Essa legislação autoriza o executivo local a outorgar título de concessão de direito real de uso, por prazo determinado (alguns alcançando quase um século), a uma determinada associação de moradores, mediante a retribuição em pecúnia, por parte dela, calculada sobre o valor dos bens públicos cedidos. A associação, por sua vez, se incumbe do fechamento dos logradouros, de sua manutenção particular (contratação dos serviços de segurança, limpeza etc), do recebimento do preço público dos imóveis transferidos e das contribuições associativas dos seus membros e, mesmo, coercitivamente, daqueles outros proprietários que não desejam participar, voluntariamente, do condomínio privado recém-implantado.

Pretende-se demonstrar, por meio deste artigo, as inúmeras ilegalidades e inconstitucionalidades que estão sendo praticadas pelos Municípios e pelas associações dos moradores, sob o amparo dessas pretensas leis.

II – Dos loteamentos e condomínios

O parcelamento do solo urbano, seu loteamento e desmembramento são regulados pela Lei Federal 6.766/1979, com as alterações introduzidas pelas leis posteriores (Leis 9.785/1999, 10.932/2004 e 11.445/2007).

Esse diploma legal previu apenas dois tipos de parcelamentos de solo: o loteamento e o desmembramento. Forneceu, ainda, as características de cada um, ao estatuir que:

Art. 2º O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e das legislações estaduais e municipais pertinentes.

§1º – Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com

abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

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

Aos Estados e Municípios facultou-se, apenas, o direito de estabelecer normas complementares relativas ao parcelamento do solo municipal para adequá-lo ao previsto na legislação federal e às peculiaridades regionais e locais (Lei 6.766/1979, art. 1º, parágrafo único).

Os condomínios, por sua vez, são objetos de leis federais, que regulam tanto o *condomínio horizontal de prédios de apartamentos* (Lei 4.591/1964 e alterações posteriores) – também chamado de edifício pelo Código Civil, que cuida de suas normas básicas (Lei 10.406/2002, arts. 1.331/1.358) –, como o *especial de casas térreas ou assobradadas* (Lei 4.591/1964, art. 8º), o *voluntário ou convencional* (duas ou mais pessoas são donas de uma casa, de uma fazenda etc.) e o *necessário* (meação de paredes, muros, cercas e valas), estes dois últimos regidos especificamente pelo Código Civil (arts. 1.314/1.330).

Constata-se, de pronto, que a Lei Federal 4.591/1964 já cuida, exaustivamente, tanto dos condomínios edilícios (de prédios de apartamentos), como dos condomínios privados e fechados de casas térreas ou assobradadas, chamados de especiais. Sobre estes últimos, ela dispõe, *verbis*:

Art. 8º Quando, em terreno onde não houver edificação, o proprietário, o promitente-vendedor, o cessionário deste ou o promitente cessionário sobre ele desejarem 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 de todo o terreno e de partes comuns, que corresponderão às unidades;

b) em relação às unidades autônomas que constituírem edifícios de dois ou mais pavimentos, será discriminada a parte do terreno ocupada pela

*Juiz federal aposentado. Jurista e escritor. Membro da Academia de Letras do Triângulo Mineiro – ALTM.

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.

Nesse tipo de condomínio particular fechado, denominado especial,

O princípio dominante é o mesmo do edifício urbano, guardadas as peculiaridades especiais. Cada titular é o dono da unidade e, como se lhe reserva um terreno à utilização exclusiva, pode cercá-lo ou fechá-lo, observando o tipo de tapume previsto na convenção. Pode aliená-lo com o terreno reservado. Mas não lhe assiste o direito de dissociar a sua unidade do conjunto condominial nem separá-la da fração ideal que lhe corresponde nesse conjunto. E muito menos apropriar-se das partes de uso comum ou embarçar sua utilização pelos demais.¹

Atente-se, ainda, para o fato de que nesse tipo de condomínio fechado e particular não há ruas públicas, ainda que os espaços comuns venham a ter essa designação, apenas para efeito de identificação.

A propósito, há precisa e segura orientação emanada do egrégio Superior Tribunal de Justiça – STJ, a qual, por advir da mais elevada Corte de Justiça, no que se refere à legalidade dos atos normativos e administrativos, deve merecer o maior respeito e acatamento por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, notadamente os municipais, no sentido de que:

Nada impede que os moradores de determinado loteamento constituam condomínio, mas deve ser obedecido o que dispõe o art. 8º da Lei 4.591/1964. (REsp 623274/RJ, Terceira Turma, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, em 07/05/2007, DJ 18/06/2007, p. 254).

III – Incompetência do Município para legislar sobre loteamentos e condomínios

Dispõe a Constituição Federal (CF, art. 22, I) que compete, *privativamente*, à União legislar sobre

o Direito Civil, que abrange, obviamente, o direito de propriedade e a classificação dos bens, públicos e particulares.

A União detém, ainda, concorrentemente com os Estados e Municípios, competência para legislar sobre o Direito Urbanístico, baixando normas gerais (CF, art. 24, I e § 1º).

Aos Municípios, portanto, foram assegurados (CF, art. 24, I e § 1º), apenas, a faculdade de legislar sobre matéria urbanística (observadas as normas gerais editadas pela União) e o direito de promover, no que couber, o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (CF, art. 30, VIII), sem prejuízo, é lógico, da edição de leis que cuidem de assuntos de interesse local (CF, art. 30, I), entendendo-se, por isso, aquelas matérias em que o interesse local se constituir de um núcleo prevalente e sobrepujante, por isso mesmo intocável pelos outros entes políticos, regional e nacional, nesse aspecto periféricos.

De modo que o loteamento urbano e o condomínio, em qualquer de suas modalidades, ficam sujeitos às normas civis estabelecidas pela União (Código Civil, Lei 4.591/1964, Lei 6.766/1979 e posteriores) e às normas urbanísticas impostas pelo Município na legislação edilícia adequada às peculiaridades locais.

Explicitando melhor a distribuição da competência constitucional sobre a matéria em exame, Hely Lopes de Meireles assevera que:

Como procedimento ou atividade de repartição do solo urbano ou urbanizável, o loteamento sujeita-se a cláusulas convencionais e a normas legais de duas ordens: civis e urbanísticas. As cláusulas convencionais são as que constarem do memorial arquivado no registro imobiliário, para transcrição nas escrituras de alienação dos lotes; as normas civis são expressas na legislação federal pertinente e visam a garantir aos adquirentes de lotes a legitimidade da propriedade e a transferência do domínio ao término do pagamento do preço; as normas urbanísticas são as constantes da legislação municipal e objetivam assegurar ao loteamento os equipamentos e condições mínimas de habitabilidade e conforto, bem como harmonizá-lo com o plano diretor do Município, para a correta expansão de sua área urbana.² (Destacou-se)

Adverte, ainda, o ilustre administrativista que

¹ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Condomínio e Incorporações*. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 1976, pp. 71/2.

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996 *apud* Regina Célia. *Loteamento Fechado: a absoluta falta de amparo legal*. Fórum Ambiental da Alta Paulista. V. IV, ano 2008, p. 7.

A competência para intervir na propriedade e atuar no domínio econômico não se distribui igualmente entre as entidades estatais. A legislação sobre direito de propriedade e intervenção no domínio econômico é privativa da União (arts. 22, II e III, e 173). Aos Estados e Municípios só cabem as medidas de polícia administrativa, de condicionamento de uso da propriedade ao bem-estar social e de ordenamento das atividades econômicas, nos limites das normas federais.³

Em estudo profundo e acurado sobre o assunto, o ilustre promotor de Justiça de São Paulo, José Carlos de Freitas esclarece que as normas urbanísticas,

notadamente as editadas pelo Município, dizem respeito à ordenação do território, tendo em vista o traçado urbano, o sistema viário, as áreas livres, a construção urbana, a estética da cidade, expressas em limitações urbanísticas que organizam os espaços habitáveis, propiciando ao homem melhores condições de vida em comunidade, regrando o uso da propriedade.⁴

Portanto, são as regras federais que comandam solitariamente o direito de propriedade, abrangendo, em suas múltiplas facetas, tanto o parcelamento do solo quanto a criação de condomínios. Por encerrarem também normas urbanísticas gerais, com força vinculante para os Estados e Municípios, não podem ser modificadas pelo legislador local, sob pena de usurpação de competência legislativa privativa da União.

Observe-se que os loteamentos convencionais, assim como os condomínios fechados em terrenos particulares, são regidos, respectivamente, pela Lei Federal 6.766/1979 e Lei Federal 4.591/1964, art. 8º. Assim, fica claramente visível que a criação de loteamentos fechados – principalmente envolvendo bens públicos de uso comum do povo –, por meio de lei municipal, seguida de ato administrativo de concessão de direito real de uso, contraria, de frente, a lei federal, já que constituem uma mescla de loteamentos e condomínios, ou seja, um terceiro gênero.

Assim, ao criar um misto de loteamento e condomínio fechado, a lei municipal inovou nessas duas áreas restritas, intocáveis e alterou o regime jurídico original do loteamento, delineado por lei federal. Ao agir assim, invadiu, indevidamente, a competência legislativa privativa da União.

José Carlos de Freitas⁵ condena os loteamentos condominiais, instituídos por lei municipal, asseverando

que são fechados por ato do loteador ou de uma associação de moradores, demonstrando a sua ilegalidade. Com efeito, 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.[...] Os Municípios não podem autorizar essa forma de loteamento condominial. Lei municipal que preveja ou regule sua implantação contamina o ato de aprovação de flagrante ilegalidade, porque o Município não tem competência legislativa em matéria de condomínio. (Destacou-se.)

Por consequência – agora a lição, juridicamente bem sustentada, é de Regina Célia Foschini⁶ –, a lei municipal que concede ao particular o uso de bem comum do povo é inconstitucional, anulável, pois além de atingir diversos princípios constitucionais, a sua concessão não atende o interesse público, mas um número limitado de particulares. No mais, cabe à União legislar sobre Direito Urbanístico (CF, art. 24, I) e ao Município apenas legislar sobre matéria que for de interesse local (CF, art. 30, I). Assim, não pode o Município criar novas formas de direito urbanístico, utilizando como escudo o fato de ter o poder de regulamentar sobre ordenação de seu território, vez que não tem competência para legislar sobre o assunto. (Ressaltou-se.)

Essa ilustre advogada acrescenta, ainda, que:

O loteamento fechado contraria os princípios constitucionais insculpidos no art. 5º, caput, e inciso XV da Constituição Federal de 1988 e fere o princípio da isonomia, pois ao impedir o acesso das pessoas não moradoras às ruas e demais logradouros públicos localizados dentro desses loteamentos, infringe o direito de ir e vir de qualquer cidadão a um bem público e de uso comum do povo, além de garantir privilégios apenas aos proprietários de imóveis e moradores do bairro de usufruírem, de forma exclusiva, dos bens públicos de uso comum quando, na verdade, deveriam estar em situação de igualdade com qualquer do povo.⁷

Repare que, adotando essa linha de raciocínio, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou, recentemente (02/06/2010), por seu colendo Órgão Especial, a inconstitucionalidade da Lei 13/1994,

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Ed. Rev. Tribunais, 14ª ed., 1988, p. 499.

⁴ FREITAS, José Carlos de. *Da legalidade dos loteamentos fechados*. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/sitioslagos/documentos/ilegalidade.html>>. Acesso em 6 out. 2010.

⁵ FREITAS, *Op.cit.*, pp. 9/10.

⁶ FOSCHINI, Regina Célia. *Loteamento Fechado: a absoluta falta de amparo legal*. Fórum Ambiental da Alta Paulista. V. IV, ano 2008, p. 17.

⁷ *Ibid.*, p. 15.

do Município de Vargem Grande do Sul, que dispõe sobre a desafetação de áreas de uso comum de diversos loteamentos e sua integração à categoria de bens dominicais e outorga de concessão de uso. Pelo seu art. 2º, o Executivo Municipal estaria autorizado, independentemente de licitação, a transferir o uso das áreas desafetadas a terceiros, mediante concessão com cláusula de exclusividade e condições que especifica. Outorgada a concessão, a concessionária ficaria autorizada a fechar a respectiva área e controlar o ingresso de estranhos em suas dependências. (Apelação 994040726401 (3539404400), rel. Des. Christine Santine Anafe, 5ª Câmara de Direito Privado).

É de se ver, ainda, que – embora em alguns Estados da Federação, o Judiciário esteja eventual e ilegalmente permitindo a criação de loteamento fechado por meio de lei municipal, com desafetação de áreas públicas –, há precedente já estabelecido pelo *Supremo Tribunal Federal – STF*, de boa lavra do culto Min. Eros Grau,⁸ em que foi declarada a *inconstitucionalidade* da Lei 1.713/1997, do Distrito Federal, que permitia o fechamento de superquadras e sua administração por pseudas *prefeituras*, ou por associação de moradores. Eis o seu teor:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Distrital 1.713, de 3 de setembro de 1997. Quadras residenciais o Plano Piloto da Asa Norte e da Asa Sul. Administração por prefeituras ou associações de moradores. Taxa de manutenção e conservação. Subdivisão do Distrito Federal. Fixação de obstáculos que dificultem o trânsito de veículos e pessoas. Bem de uso comum. Tombamento. Competência do Poder Executivo para estabelecer as restrições do direito de propriedade. Violação do disposto nos arts. 2º, 32 e 37, inciso XXI, da Constituição do Brasil.

I. A Lei 1.713 autoriza a divisão do Distrito Federal em unidades relativamente autônomas, em afronta ao texto da Constituição do Brasil – art. 32 – que proíbe a subdivisão do Distrito Federal em Municípios. II. Afronta a Constituição do Brasil o preceito que permite os serviços sejam prestados por particulares, independente de licitação [art. 37, inciso XXI, da CB/1988]. III. Ninguém é obrigado a associar-se em condomínios não regularmente instituídos. IV. O art. 4º da lei possibilita a fixação de obstáculos a fim de dificultar a entrada e saída de veículos nos limites externos das quadras ou conjuntos. Violação do direito à circulação, que é a manifestação mais característica do direito de locomoção. A administração não poderá impedir o trânsito de pessoas no que toca aos bens de uso comum. V. O tombamento é constituído

mediante ato do Poder Executivo que estabelece o alcance da limitação ao direito de propriedade. Incompetência do Poder Legislativo no que toca a essas restrições, pena de violação ao disposto no art. 2º da Constituição do Brasil. VI. É incabível a delegação da execução de determinados serviços públicos às Prefeituras das quadras, bem como a instituição de taxas remuneratórias, na medida em que essas prefeituras não detém capacidade tributária. VII. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei 1.713 do Distrito Federal. (Evidenciou-se.)

Talvez, em face desse precedente, é que o eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reviu sua posição e tem declarado, ultimamente, a inconstitucionalidade de leis municipais que desatendam a orientação suprema. Por isso mesmo, o Ministério Público do Estado de São Paulo tem ingressado reiteradamente com ações civis públicas postulando: a) a anulação da lei municipal, por ter, indevidamente, privatizado bens públicos de uso comum, impedindo o acesso do povo a eles; b) a anulação de eventual termo de outorga de concessão administrativa desses bens públicos em favor das respectivas associações de moradores; c) a responsabilização, por improbidade administrativa, dos elaboradores de tais diplomas legais (V. REsp 947596/SP, Min. Eliana Calmon, em 25/08/2009).

É de se acrescentar, ainda, mais algumas inconstitucionalidades desse tipo de legislação municipal:

a) a medida é antidemocrática e antirrepublicana, eis que privilegia, ao estilo monárquico, uns poucos moradores, em detrimento da população;

b) quebra o princípio isonômico (todos são iguais perante a lei) já que cria uma casta privilegiada de cidadãos, a qual se apropria de bens de uso comum do povo e torna os moradores dos outros bairros cidadãos de segunda categoria, excluídos, já que não podem mais adentrar em parte determinada de sua própria cidade;

c) numa era de inclusão social, a prefeitura está criando *ilhas, enclaves e tribos* na cidade, estanques e impenetráveis para o homem comum. Daqui uns dias, poderá haver lei municipal proibindo o ingresso no âmbito do município de pessoas que forem consideradas indesejáveis (famílias paupérrimas, doentes, deficientes, idosos, desempregados etc.).

A propósito, valem ser lembrados alguns fatos interessantes:

a) Em *Los Angeles*, a prefeitura não estabelece nenhuma restrição, impedimento ou obstáculo à visitação do bairro dos artistas (*Beverly Hills*). Apenas não permite a parada dos ônibus de turistas em frente

⁸ ADI 1706/DF, Dt. julgamento: 09/04/2008, DJe-172, publicado em 12/09/2008.

às mansões das celebridades, a fim de evitar tumulto e a quebra de seu sossego e de sua privacidade.

b) Na União Soviética, no tempo da ditadura estalinista, é que se exigia passaporte para uma pessoa ir de uma cidade à outra, tendo, ainda, de justificar o motivo da viagem, o qual passava pelo crivo subjetivo da autoridade.

c) Na cidade em que suas ruas e praças públicas forem transformadas em condomínios fechados, seus habitantes ordinários não poderão mais passear por um determinado bairro público, que está sendo indevida e ilegalmente fechado, paradoxalmente por força de atos indelegáveis do poder público, de quem deveria se esperar o resguardo do interesse público, prevalente e irrenunciável.

De modo que, não sendo observado o precedente da mais elevada Corte de Justiça do País (*O Supremo tem o poder final de dizer o que a lei é em face da Constituição Federal*), as decisões estaduais, que dispuserem em contrário, carecem de legitimidade.

IV – Competência da Justiça Federal

A fim de se evitar a ditadura e a tirania, o poder político – que antes residia uno, absoluto e intocável nas mãos do rei, imperador, tirano ou ditador – foi dividido de duas formas. Num corte horizontal, foram fixadas as competências legislativas e materiais, privativas ou concorrentes, da União, Estados-Membros e Municípios, com o surgimento do federalismo (CF, arts. 1º, 18, 21/25 e 30). Verticalmente, o fracionamento ocorreu entre os ramos Legislativo, Executivo e Judiciário, gerando o princípio da separação dos Poderes (CF, art. 2º). Assim, tendo sido o poder político duplamente dividido, impossibilitou-se a sua concentração nas mãos despóticas de um só homem ou nas de um só grupo de pessoas que estejam chefiando um ente político ou um ramo do governo.

A doutrina ensina que

Uma segunda razão para dividir o poder – mencionado com ênfase por Madison – era a prevenção da tirania. Ou seja, acima de tudo, a distribuição dos Poderes entre os três separados ramos serve como poderoso controle contra ações arbitrárias, preservando-se, indiretamente, a liberdade individual.⁹

Para completar o controle do poder político, de modo a não permitir que algum ramo do governo, ou mesmo que um ente político, sobreponha-se aos outros, aumentando, ilegitimamente, o seu limite de atuação e, com isso, pondo em risco a democracia, surgiu, ancilarmente, a doutrina dos freios e contrapesos (*checks and balances*). Por meio dela, cada detentor do poder exerce severa vigilância sobre os demais, a fim de preservar sua competência constitucional e evitar os indevidos avanços, os abusos e as intrusões.

Então, debaixo dessa doutrina e visando dar efetividade plena a esses princípios constitucionais (democracia, federalismo e separação dos poderes), faz-se necessário que cada ente político ou ramo governamental lute para preservar sua competência constitucional. Ao ficar inerte, está admitindo a intrusão, a invasão e a usurpação indevida e não permitida pela Carta Política. Com isso, o que está em jogo são a própria democracia e, por consequência, a liberdade individual.

Já ensinava Madison, no *The Federalist Papers*, 51, que a grande segurança contra a gradual concentração de muitos poderes no mesmo departamento consiste em dar àqueles que administram cada departamento os meios constitucionais e motivos pessoais para resistir aos avanços dos outros. (*But the great security against a gradual concentration of the several powers in the same department, consist in giving to those who administer each department the necessary constitutional means and personal motives to resist encroachments of the others.*)¹⁰

Se a competência para legislar sobre loteamentos e condomínios é privativa da União, emerge, de maneira lógica e evidente, que ela tem, necessariamente, o interesse em e o dever de defender sua privativa esfera constitucional de atuação. Não se pode reconhecer a incompetência legislativa do Município e inferir que a União deva ficar passiva, inerte, apática, sem desejo de anular a legislação que invade, diminui e limita o seu poder político como ente federado, esperando que os poderes estaduais venham em seu socorro. Ao fazer a intrusão, a lei municipal fere o princípio federalista e agride, simultaneamente, o regime democrático, já que este pressupõe a correta observância da repartição de poderes legislativos entre os entes políticos, de modo a evitar que, pela usurpação, se instale a tirania, ou a anarquia.

Também não se pode esperar que o indivíduo prejudicado pela legislação municipal venha defender

⁹SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal (Due Process of Law)*. Belo Horizonte: Del Rey, 3ª ed. 2001, p. 99, com base nos *The Federalist Papers by Hamilton, Madison and Jay*. USA: Penguin Group, 1961, p. 321.

¹⁰MADISON, James. *The Federalist*, 51. USA: The Easton Press, 1979, p. 347.

a competência da União, quando, para isso, ela dispõe de seus órgãos institucionais. Infere-se, porém, que – ante a inércia do órgão federal, que deveria agir, já que as duas legislações, federal e municipal, não podem conviver no mundo jurídico, eis que são essencialmente antagônicas –, o indivíduo não deverá ficar prejudicado, podendo levantar em juízo a questão da inconstitucionalidade, como matéria de direito, bem como o magistrado, ainda que estadual (nas emergências, todo juiz detém competência provisória), reconhecê-la de ofício no bojo de uma demanda cível.

A incolumidade da competência da União deve ser resguardada por um de seus órgãos, no caso o Ministério Público Federal, já que lhe incumbe, precipuamente, a defesa da ordem jurídica e do regime democrático (CF, art. 127) e tem por função institucional “*zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos*” (CF, art. 129, II).

Conclui-se, então, que a competência para anular a lei municipal, que usurpa sua atuação privativa, é da Justiça Federal, a teor do art. 109, I, da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 109 (....)

I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; (Ressaltou-se.)

Portanto, na espécie, o interesse da União de manter a sua competência legislativa intocada é tão óbvia e evidente que, *data venia*, dispensa maiores fundamentações.

V – Ausência de interesse público para desafetação, por lei, dos bens de uso comum e para a assinatura do contrato administrativo de concessão de direito real de uso

Com efeito, as ruas e praças de um loteamento passam para o domínio público desde a sua constituição original, uma vez que a Lei 6.766/1979, art. 9º, §2º, incisos III e IV, determina que o memorial descritivo deverá conter

a indicação das áreas públicas que passarão ao domínio do Município no ato do registro do loteamento e a enumeração dos equipamentos urbanos, comunitários e dos serviços públicos ou de utilidade pública, já existentes no loteamento e adjacências.

Desse modo, na visão, agora, de Roberto Barroso,

aprovado o loteamento pela municipalidade, os espaços livres, as vias e praças, assim como outras áreas destinadas a equipamentos urbanos tornam-se inalienáveis; e, com o registro do loteamento, transmitem-se, automaticamente, ao domínio público, com a 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 de loteamento independem de qualquer ato jurídico de natureza civil ou administrativa (escritura ou termo de doação) ou ato declaratório de afetação.¹¹

A partir de sua incorporação ao patrimônio público, esses bens passam a ser regidos, além do direito administrativo, pelo Código Civil, que os considera, em razão de sua destinação e afetação a fins públicos, como *de uso comum do povo* e, portanto, não podem ser *alienados* para atender pretensões unicamente particulares, nem podem ser objeto de *usucapião* (CC, arts. 99, I, 100 e 102).

Na precisa lição de Maria S. Z. Di Prieto¹²:

Consideram-se bens de uso comum do povo aqueles que, por determinação legal ou por sua própria natureza, podem ser utilizados por todos em igualdade de condições, sem necessidade de consentimento individualizado por parte da Administração.

Assim – enuncia, agora, com propriedade, o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo –, por serem o arruamento e os demais espaços livres bens de uso comum do povo,

o Poder Público é obrigado a garantir o livre trânsito das pessoas, independentemente de lei, a teor do disposto no art. 5º, XV, da Constituição da República (Ap. Civ. 225629-1/5 – de 16/02/1995 – Comarca do Guarujá – Rel. Des. Aguiar Cortez.)¹³

Se isso não acontecer, aquele que for impedido de desfrutar dos bens públicos de uso comum pode se valer dos remédios heroicos constitucionais, isto é, do *writ of mandamus* (contra o agente público que praticar ou autorizar o ato obstaculizante) e do *habeas corpus* (contra o particular que o executar), pois teve cerceado o seu direito imemorial do livre acesso, bem como o fácil e desimpedido trânsito pelos espaços públicos. O

¹¹ BARROSO, Roberto/apud José Carlos de Freitas. *Op. cit.* p. 2.

¹² DI PRIETO, Maria Sylvia Zanela. *Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1992, p. 372.

¹³ FOSCHINI, *op. cit.*, p.15.

seu direito inalienável de ir, vir e ficar é protegido pela Carta Política (CF, art. 5º, LXVIII):

Art. 5º.

(...)

LXVIII. conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

É sabido pelos estudiosos do Direito que a *desafetação de um bem público*, notadamente o de uso comum do povo, como é o caso de ruas e praças públicas, só pode ocorrer, de modo legalmente válido e constitucional, se houver, como objetivo a alcançar pela administração, um manifesto, sobrepujante e específico *interesse público*. Jamais, para atender pleitos particulares, sem maior relevância social, principalmente quando conduzem à divisão territorial da cidade em núcleos fechados e à criação de classes sociais distintas e separadas do povo.

Logo, se os bens de uso comum do povo são inalienáveis, estando a sua *desafetação sujeita ao interesse público*, não podem ser cedidos, usados, controlados ou explorados por particulares, a menos que esteja evidenciada a existência de um interesse público relevante, determinante e sobrepujante, que justifique a edição de lei – e do posterior contrato administrativo – para extinguir o seu natural uso pelo povo e sua outorga remunerada a um pequeno grupo de particulares. Note-se que a concessão de direito real de uso é um contrato firmado pela Administração com o particular para que este utilize o bem público em fins específicos, imantados pelo interesse social.¹⁴

Correto, pois, é o seguinte raciocínio:

*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 tornada desabitada. Não basta a lei para desafetá-la. É preciso atender ao interesse público, como qualquer ato administrativo, sem o qual haverá fundamento para contestar a transmutação operada pela lei ordinária que promove a desafetação.*¹⁵

O contrato de concessão de direito real de uso não se presta, tampouco, para a prefeitura se furtar da prestação de serviços necessários ou da execução de obras públicas para as quais recebe, antecipadamente, todo ano, impostos e taxas. Essas funções são ínsitas

à natural e imprescindível existência da administração pública. Em suma, constituem sua essência; sua própria razão de ser!

Desse modo, não provando o poder local – o ônus da prova é seu – a *existência de um interesse público prevalente, que do ato resulte um proveito geral para a coletividade* (e não apenas, particularmente, para um grupo seletivo de pessoas ou para algum indivíduo), a desafetação dos bens públicos de uso comum, originariamente inalienáveis, e a respectiva concessão de direito real de uso à associação de moradores apresentam-se, seguramente, como ilegais – por afronta às leis federais que dispõem, competentemente, sobre a matéria –, e inconstitucionais, já que o livre acesso a eles e o seu desfrute pelo povo ficaram tolhidos e prejudicados (CC, arts. 99, I e 100; Lei Federal 6.766/1979; e CF, arts. 22, I, 24 e 37, *caput*).

Apropriada, pois – por confirmar esse entendimento –, é a colocação no sentido de que

quando a concessão implica utilização de bem de uso comum do povo, a outorga só é possível para fins de interesse público, isto porque, em decorrência da concessão, o bem público concedido tem sua finalidade desviada e, no caso de loteamentos fechados, a concessão atende interesses públicos, apenas de um grupo limitado de particulares.¹⁶

Pergunta-se: qual é o interesse público manifesto e sobrepujante (que cause benefício aos habitantes de qualquer cidade) que impele o município a autorizar, por meio de lei, e em virtude de contrato administrativo de concessão de direito real de uso, a privatizar bens de uso comum do povo (ruas e praças públicas) e desnaturá-los para transformá-los em condomínio fechado particular? A resposta é óbvia e ululante: nenhum! Conclusão: se a lei, ou o inquinado contrato administrativo da concessão, visou apenas beneficiar o particular (ainda que um grupo de pessoas) ela ou ele não se sustenta, legal ou constitucionalmente, porque, primeiro, viola as leis federais (Código Civil, Lei do Parcelamento do Solo Urbano e dos Condomínios), que dispõem que esses bens são de livre desfrute do povo, salvo quando desafetados por interesse público, o que não é o caso, e, segundo, porque afronta os princípios constitucionais que resguardam a boa administração dos bens públicos e a prática dos atos administrativos, principalmente o da *impessoalidade* (não beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas,

¹⁴ MEIRELLES, *op. cit.* p.436

¹⁵ FREITAS, *op. cit.*, p.14.

¹⁶ FOSCHINI, *op. cit.*, pp. 12/13.

já que o comportamento do administrador deve estar norteado unicamente pelo interesse público) e o da *eficiência* (resultado concreto no sentido de se obter, com eficácia, na prática do ato, um proveito efetivo a favor de toda a população), nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Referindo-se à concessão de direito real de uso de ruas, praças, espaços livres, áreas verdes e institucionais para a formação dos *loteamentos fechados*, o nobre promotor de justiça paulista¹⁷ esclarece ainda que

Logo, essa modalidade de concessão não se presta a ser utilizada para os bens de uso comum, que pressupõem a universalidade, a impessoalidade e a gratuidade de uso, sem contraprestação pecuniária ou indenização ao particular, além do que...o princípio geral que rege a utilização dos bens de uso comum é o de que o uso de um seja transitório e precário, não impedindo o uso dos demais... (ressaltou-se).

A propósito, imaginem-se o inusitado, o despropósito e a insustentabilidade de uma lei municipal que autorizasse, por exemplo, o fechamento de uma praça pública e a transformasse num condomínio fechado particular, para uso e desfrute apenas dos moradores de seu entorno, ainda que agregados em forma de associação, mediante a simples obrigação de adquirir, mediante a contraprestação pecuniária, o espaço público e dele cuidar particularmente.

Muito menos pode a Administração coagir os moradores de um bairro antigo, já consolidado no tempo, a adquirir essas áreas – que passarão para o uso exclusivamente particular e sobre as quais incidirá o IPTU –, e a assumir as obrigações inerentes ao poder público (para isso é que ele existe), enviando-lhes guias de cobrança do valor da área cedida, com advertência de multa se o boleto não for pago no vencimento.

VI – Violação de direitos individuais fundamentais

1. Poder-se-ia argumentar, afoitamente, que, em tendo o Poder Legislativo aprovado a lei, ele representaria a vontade da maioria dos habitantes da cidade e, com isso, estar-se-ia estabelecido o interesse público. É um argumento kelsiano, extremamente primário e positivista, ou seja, se há lei, ela já diz tudo e santifica qualquer pecado em que tenha incorrido, ainda que nulificada pelo vício da inconstitucionalidade. Esquece-se de que, no regime da hierarquia das leis, é a

Constituição que valida as normas infraconstitucionais e que estas não se sustentam se afrontam aquela, fonte de sua legitimidade.

Deve ser esclarecido, primeiramente, de que *maioria* está se falando. Evidentemente, a vontade de alguns poucos moradores de ruas e praças públicas não se sobrepõe à da maioria dos habitantes da cidade, detentores do direito de usar e gozar dos bens públicos de uso comum (CC, art. 99, I). Depois, é sabido que a vontade da maioria, mesmo expressa através de lei, não pode maltratar direitos fundamentais da minoria, ou do próprio indivíduo. Nossa Constituição Federal proíbe, terminantemente, não só a lei, mas, também, qualquer proposta de emenda constitucional que extinga, ou sequer seja tendente a abolir, os direitos e garantias individuais (CF, art. 60, §4º, inciso IV). Dentre esses direitos fundamentais avultam, na espécie, o *ato jurídico perfeito* (quando se comprou o terreno, debaixo de uma legislação federal pertinente aos loteamentos abertos, não havia condomínio fechado) e o *direito adquirido*, daí decorrente, consolidado no tempo por longos anos, de morar em casa individuada em rua pública, o *direito da livre locomoção* por vias e logradouros públicos de uso comum do povo, e o *direito de não ser compelido a se associar* a uma associação de moradores (CF, art. 5º, incisos XX, XXXVI, LXVIII).

De modo que, efetivamente, a proteção do indivíduo ou de minorias contra leis opressivas está assegurada em nossa Carta Política como cláusula pétreia. Fica claro que os direitos fundamentais não podem ser objeto sequer de emenda constitucional, muito menos de leis abusivas e excludentes, que tentem suprimi-los. No caso, a lei municipal viola o ato jurídico perfeito ao alterar o regime jurídico (loteamento aberto), delineado por lei federal, no ato do registro imobiliário da escritura pública de aquisição do terreno, transformando-o em loteamento fechado, em regime condominial privado. Em consequência, o direito adquirido decorrente do desfrute do imóvel na sua condição original também foi maltratado.

Simplista é o argumento de que a vontade geral da população foi revelada por seus representantes legítimos ao editarem a lei municipal. Na espécie, ao contrário, as sentidas necessidades da população (de continuar tendo uma cidade livre e aberta) e do indivíduo (poder exercer o direito inalienável de locomoção), não podem ser ignoradas por nenhum dos Poderes da República, muito menos pelos órgãos que têm o dever de defender o interesse público.

Outra afirmação incoerente, que tem sido lançada, é o de se exigir indenização (cobrança compulsória do preço público relativo aos bens objeto do contrato de direito real de uso firmado pela Administração

¹⁷ FREITAS, *op. cit.*, p. 15.

com a associação de moradores) de quem reside em bairro aberto ao público – que guarda a característica original do respectivo loteamento –, pelo uso de ruas e praças públicas, as quais a agremiação pretende fechar ilegalmente, *ex vi* de lei municipal, uma vez que, para o seu uso e desfrute, o proprietário do imóvel já paga os tributos correspondentes (impostos, taxas e contribuição de melhoria). Ademais, não há que se falar em pagamento prévio de indenização por apropriação futura de bens públicos, aliás, inalienáveis por natureza e não sujeitos a usucapião (CC, arts. 100 e 102).

A solução que foi dada por algumas prefeituras ao problema de certos condomínios irregularmente fechados, situados em bairros periféricos, afigura-se, *data venia*, bastante equivocada. Para reparar o erro da ilegal obstrução de ruas e praças públicas, perpetrou-se um engano ainda maior: o de precisamente forçar a execução da ilicitude. Assim, autorizou-se, sem reboço, o isolamento desses locais mediante lei municipal. Visou-se, em contrapartida, uma questionável indenização pela utilização desses bens, que teriam sido indevidamente apropriados. A solução correta, a meu ver, consiste simplesmente, em a administração municipal determinar a imediata abertura ao povo dessas vias e praças, com eliminação das guaritas, sob as penas da lei.

VII – Impossibilidade de fechamento de bairro antigo, com ruas e praças abertas ao público

O bairro, quando estritamente constituído de casas residenciais edificadas, há longos anos, em ruas e praças públicas abertas, não se caracteriza como loteamento fechado, condomínio de fato, nem se trata de uma vila de casas (conjunto de casas em rua particular, de um só acesso, formando uma vila), ou rua pública sem saída (*cul de sac*), com única via de entrada. Portanto, se as ruas e praças públicas têm entradas e saídas independentes, o bairro não se enquadra, de fato, como *loteamento residencial fechado*, nem pode ser considerado juridicamente irregular, eis que se presta ao seu uso natural e normal.

Merece destacar que, neste caso, as casas são independentes, distintas e bem individuadas, a grande maioria construída há muitos anos, não se tratando, portanto, de empreendimento novo, nem de loteamento ou condomínio anteriormente formado de modo legal, ou considerado fechado *de fato*, no qual o adquirente do imóvel já saberia de sua existência. Diversamente, os logradouros são públicos, de uso comum da comunidade, pelos quais o povo em geral sempre teve, e ainda tem, acesso e por eles livremente transita e trafega, sem nenhum impedimento,

embaraço ou obstáculo. Fica evidenciado que esse tipo de proprietário optou por viver numa rua pública. Se quisesse morar em condomínio teria comprado um apartamento ou uma casa num condomínio instituído legalmente. Mesmo assim, escolheria um que estivesse de acordo com as suas pretensões, quanto à localização do edifício, ao tamanho da área útil, ao número de quartos, se tem salão de festa e outras facilidades suntuárias, como piscina e quadra de esporte, portaria 24 horas, tudo isso em decorrência do nível social, do tamanho de sua família, se solteiro, casado ou idoso, se tem crianças etc. e levando-se em consideração, sobretudo o alcance de suas finanças, para ver se podem suportar as despesas coletivas. Agora, tendo optado por residir em rua pública, em casa individualizada, para atender o seu modo particular de vida, não pode sofrer coação para aderir à vontade de uns poucos vizinhos que pretendem lhe impor, coercitivamente, uma convivência condominial, debaixo da vontade da maioria deles (se quiserem, agora, poderão edificar obras nas praças públicas, tais como galpões para salão de jogos, academias de dança e de exercícios físicos etc), com enorme agregação de custo não previsto em seu orçamento particular.

Decorre daí que merece ser aplicado a esse tipo de condomínio forçado, com utilização de bens de uso do povo, por sua inteira pertinência, o trecho contido no voto recente (08/06/2010) do Exmo. Des. do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. Antônio Carlos Malheiros, ao apreciar caso semelhante (Apelação Cível 410.802-5/3 – Mairinque/São Roque), a ver:

No entanto, à época da aprovação do loteamento, o ato foi regido pelo Decreto 271/1967, antecessor da Lei 6.766/1979, que, em seu art. 4º, previa que as vias, as praças e áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos constantes do projeto e do memorial descritivo, com a inscrição de que o loteamento passe a integrar o domínio público do Município. Referida lei, acresceu ao rol dos bens que passavam ao domínio público os espaços livres, e proibiu o loteador de alterar sua destinação, por ocasião da aprovação do loteamento, ressalvado a hipótese de caducidade da licença ou desistência do loteador antes do registro. A Associação Amigos Porta do Sol, com permissão da Municipalidade de Mairinque colocou cancelas nas portarias e seguranças armados para interceptar, identificar, fiscalizar e até impedir o ingresso e circulação dos cidadãos ao bairro, determinando, ainda, que os proprietários sejam obrigados a identificar seus carros com selos nos pára-brisas, e que os funcionários das residências, bem como as pessoas moradoras de outros bairros, que necessitem atravessar o loteamento, para chegar a um bairro vizinho[...] Não sendo o loteamento Porta do Sol, um loteamento fechado quando de

seu registro, fechar as ruas com portarias, cancelas, vigilantes ou qualquer outro meio coercitivo, constitui-se flagrante ilegalidade, ferindo o direito de ir e vir do cidadão assegurado pela Constituição Federal, além de, nos termos do art. 99, I, do Código Civil em vigor, as ruas, avenidas e praças são classificadas como bens públicos de uso comum, aos quais qualquer cidadão pode circular e transitar livremente. (evidenciou-se).

Relevante, ainda, é a advertência feita pelo nobre relator do caso:

Por outro lado, deve-se lembrar que as autorizações de uso destinam-se às edificações temporárias. Portanto, a edificação em área pública por meio de autorização deverá ser por prazo determinado, mediante pagamento de preço público e de caráter temporário, sem a utilização de materiais definitivos e de fácil remoção, o que não é o caso, eis que a guarita é de alvenaria.

O ilustre desembargador paulista critica também o pretendido serviço de vigilância, ao arrematar o seu lúcido e lógico raciocínio, observando com acuidade que

Cuida-se, portanto, de uma clara delegação do poder de polícia. Com efeito, a autorização para uso de área pública, visando o interesse privado, não pode jamais servir para delegar o Poder de Polícia do Estado, permitindo o controle de vias de trânsito e de pedestres com a utilização de guaritas ou cancelas de segurança e cercas com portões. (...) Trata-se, portanto, de uma prerrogativa da Administração, decorrente de sua posição de supremacia perante os administrados, não podendo ser transferido a particulares.

Tem-se notícia de que, no município de Uberaba, a concessão de direito real de uso foi autorizada por *noventa e nove anos* (Lei Municipal 10.940/2010, art. 1º), isto é, *por um século*. *Aí, vê-se nitidamente que a administração pública abdicou, de vez, definitivamente, sem o menor reboço, de sua total e indelegável supremacia administrativa.*

É inadmissível a transformação de bairro com vias abertas ao público em condomínio privado fechado, por mais os seguintes argumentos:

a) Primeiramente, por se entender que nenhuma associação – máxime daquela de que o proprietário não é membro – por meio de simples deliberação em assembleia, ou mesmo o poder público, através de lei municipal, pode, legítima e constitucionalmente, obrigar um morador, que vive há muitos anos em rua aberta ao público, a se tornar condômino de entidade particular fechada, debaixo dos ônus associativos, e a comprar, coativamente, fração ideal dos logradouros públicos administrativamente desafetados e, ainda,

a assumir os encargos e serviços próprios do poder público (*limpeza, recapeamento asfáltico, coleta de lixo, reparos na iluminação pública, água e esgoto, pessoal contratado para a segurança (guarita) e outras obras e serviços, que forem necessários*), para os quais já paga os respectivos impostos e taxas. Ou seja, o município nada dá; apenas se livra de encargos que só dizem respeito à Administração Pública, inclusive abrindo mão de seu poder indelegável de polícia, e vai, ainda, receber anualmente, para sempre, o IPTU das áreas privatizadas (praças e ruas), que passam a ser consideradas áreas de uso comum do condomínio privado.

b) Veja que, nesse caso, a absurda lei municipal está, ilegal e inconstitucionalmente, autorizando fechar um bairro antigo da cidade – que sempre foi aberto ao livre trânsito de pessoas e tráfego de veículos, já que sua principal rua dá acesso a outros logradouros públicos –, e com isso impedindo, ali, a livre circulação dos moradores de outros bairros da mesma cidade. Para terceiros, o bairro, antigamente público, vai ficar, agora – em se perpetrando essa teratologia jurídica –, totalmente sitiado, já que será proibido o ingresso nele do resto da população: os moradores de outros bairros e os visitantes de outras partes do País.

c) Lembre-se de que, quando do loteamento original, o município recebeu, gratuitamente, *ex vi legis*, as ruas e praças, que se tornaram bens públicos. Logo, se – para se desvencilhar-se da prestação e execução de serviços que lhe são inerentes, a que está legalmente obrigada –, a prefeitura coage, indistintamente, todos os proprietários a comprar esses mesmos bens (o nome empregado, concessão de direito real de uso, ou a destinação da *contrapartida* de dinheiro para um fundo específico, não altera a essência da coisa), abdicando-se indevidamente de seu poder de polícia, para a formação de um condomínio fechado particular, ainda que usando uma associação civil de moradores como interposta pessoa – da qual alguns proprietários não fazem parte –, manifesta, seguramente, pretensão arbitrária, ilegal e inconstitucional, repelida pelo Direito.

d) Observe-se que a decisão de se criar uma associação de bairro e, por meio dela, impor a todos os proprietários os ônus financeiro da transformação do local em condomínio particular fechado, está sendo tomada apenas por um grupo de pessoas, o que, no caso, se afigura ilegal, já que para se alterar o regime jurídico de um logradouro público (em que se vive há decênios, desfrutando livremente das propriedades privadas individuais), em condomínio fechado – coagindo todos os moradores a custear as despesas

assumidas por uma associação de que não fazem parte, com compra dos bens públicos –, haveria necessidade, a nosso sentir (se isso fosse possível), a par da lei municipal autorizadora, da concordância *unânime*, expressa e por escrito, de todos os proprietários do bairro, principalmente daqueles mais prejudicados com o fechamento das saídas, anuência essa que, de modo geral, não está sendo dada em sua plenitude, como se pode notar pelas ações judiciais em curso nos tribunais.

e) Porém, somente esse consenso unânime dos atuais proprietários não seria legalmente suficiente! Seria imprescindível, ainda, que a referida associação de moradores obtivesse, previamente, a *anuência* do Ministério Público, que é o defensor dos interesses da coletividade, eis que várias ruas e praças estão sendo privatizadas, em detrimento de toda a comunidade, que está perdendo o livre acesso a esses bens públicos, de uso comum do povo, e o direito de, sem qualquer formalidade prévia, desfrutá-los e transitar por eles. Considerando-se, porém, que a lei municipal que concede ao particular o uso de bem de uso comum é ilegal e inconstitucional, portanto anulável, por infringir diversos preceitos das leis federais e da Constituição, principalmente porque a concessão não atende o interesse público, mas apenas a pretensão egoística de um número reduzido de particulares, o representante do Ministério Público, certamente, não só não concordará, como ingressará, imediatamente, com as medidas legais e judiciais cabíveis e pertinentes, a fim de tornar sem efeito essa afoita legislação, que contraria, de frente, o interesse público.

f) Conclusão: na espécie, tanto a lei municipal, quanto o contrato administrativo da concessão do direito real de uso *carecem de interesse público*, já que visam beneficiar apenas um reduzido grupo de particulares, e não a maioria dos habitantes da cidade, violando a regra de que a lei, usualmente, deve ter caráter geral, isto é trazer um benefício amplo, para todos, e não individual ou particular, salvo quando confere direitos previstos em outras leis gerais ou na Constituição (p.ex.: concede pensão a determinado grupo de pessoas, como os pracinhas da 2ª Guerra), e a Administração Pública deve se reger, entre outros, pelos princípios da *impressoalidade* e *eficiência* (CF, art. 37, *caput*). Portanto, no caso em estudo, ambos, lei e contrato público, são, nesse particular aspecto, visceralmente inconstitucionais e, portanto, nulos, sem valor algum.

VIII – Direito constitucional de não se associar

Atada, irremediavelmente, aos efeitos derivados da lei municipal e da concessão do direito real de uso dos bens públicos outorgada a uma associação de moradores, formada com o só propósito, claro e insofismável, de se fechar os espaços públicos (ainda que, presentemente, estejam abertos, mas que serão interditados ao povo, logo que vier a legislação, se não houver uma intervenção oportuna do Ministério Público), encontra-se a questão de se sujeitar o proprietário, não membro, ao poder dessa famigerada agremiação.

Inicialmente, esclareça-se que não ser associado da concessionária, ou seja, da associação de moradores, nem desejar sê-lo, constitui direito fundamental do indivíduo, amparado pelo preceito constitucional que diz que “*Ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado*” (CF, art. 5º, inciso XX).

Esse direito fundamental, *de não ser obrigado a se associar coativamente*, está atrelado, indissolúvelmente, a outro, que é, também, resguardado pela nossa Carta Política, ou seja, *o direito à privacidade, ou à intimidade*. Trata-se de uma das mais abrangentes e significativas espécies da liberdade conferida ao indivíduo, ou seja, o direito de não ser importunado, o de estar só consigo, o de estar sozinho, sem ser perturbado, ou de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer senão o que a lei (legítima e constitucionalmente editada) determina, livre de intrusões, constrangimentos ou ameaças. Ele constitui um dos direitos mais fundamentais do homem e o mais valorizado por pessoas democráticas, decentes e civilizadas, que respeitam os pensamentos divergentes e as atitudes discordantes das minorias. Por isso, a nossa Constituição Federal, em seu art.5º, inciso X, assegura-o, ao afirmar que

São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização e dano material e moral decorrente de sua violação.

Portanto, uma vez que determinado proprietário não é associado da referida concessionária, não pode, legal e juridicamente, ser compelido a arcar com os ônus associativos, ou seja, ser alcançado por obrigações assumidas pela associação de moradores junto a particulares, ou perante o poder público, por se tratar de *res inter alios*. Daí porque a prefeitura também não pode, legalmente, mandar-lhe diretamente a cobrança do preço público dos bens concedidos, a não ser que ele tenha expressamente concordado com a criação do condomínio.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça – STJ (seguindo o precedente, retrotranscrito, traçado pelo Supremo Tribunal Federal) repudiou, de vez, a ilegal pretensão de grupo de moradores de uma rua ou de um bairro, ainda que momentaneamente majoritário, de tentar dominar e oprimir os seus vizinhos, impondo-lhe obrigações associativas – fechando ruas, com desrespeito ao público em geral –, ao pacificar tema semelhante através de suas 3ª e 4ª Turmas, que formam a 2ª Seção daquela egrégia Corte, a mais alta do País, a última palavra na que concerne à legalidade de atos jurídicos, públicos e privados:

Civil. Agravo de instrumento. Ação de cobrança. Cotas condominiais. Não associado. Impossibilidade.

– As taxas de manutenção instituídas por associação de moradores não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que fixou o encargo.

(STJ-AgRg no Ag 1179073/RJ - Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2009/0068751-5, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, Dt. julg.: 15/12/2009, DJe 02/02/2010.)

Processual Civil. Associação de moradores. Taxa de manutenção. Pagamento imposto a proprietário não associado. Impossibilidade. Precedentes.

I. Os proprietários de imóveis que não integram ou não aderiram a associação de moradores não estão obrigados ao pagamento compulsório de taxas condominiais ou de outras contribuições. Precedentes.

II. Agravo regimental provido.

(STJ. AgRg no Ag 953621/RJ – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2007/0224682-0, rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, Dt. julg. 1º/12/2009, DJe 14/12/2009.)

Agravo regimental em agravo de instrumento. Associação de moradores. Taxas de manutenção do loteamento. Imposição a quem não é associado. Impossibilidade.

I. Por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência no REsp 444.931/SP, a Segunda Seção desta Corte consolidou entendimento no sentido de que “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.” (REsp 444931/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, Segunda Seção, julgado em 26/10/2005, DJ 1º/02/2006 p. 427).

II. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ – AgRg nos EDcl no Ag 551483/SP – Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no

Agravo de Instrumento 2003/0171600-0, rel. Min. Vasco Della Giustina (Des. Conv. do TJ/RS, Terceira Turma, Dt. Julg.: 19/11/2009, DJe 02/12/2009.)

Agravo regimental. Recurso especial. Civil. Ação de cobrança. Associação de moradores. Condomínio atípico. Cotas resultantes de despesas em prol da segurança e conservação de área comum. Cobrança de quem não é associado. Impossibilidade.

I. Consoante entendimento firmado pela Segunda Seção do STJ, “as taxas de manutenção criadas por associação de moradores, não podem ser impostas a proprietários de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo” (REsp 444.931/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, rel. p/o acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 1º/02/2006).

II. Agravo regimental desprovido.

(STJ – AgRg no REsp 613474/RJ – Agravo Regimental no Recurso Especial 2003/0208815-8, rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, Dt. julg: 17/09/2009, DJe 05/10/2009.)

No precedente invocado (Emb. Div. no REsp 444.931-SP), o ilustre Min. Humberto Gomes de Barros, assim sumariou o seu voto vencedor:

A questão é simples: o embargado não participou da constituição da associação embargante. Já era proprietário do imóvel, antes mesmo de criada a associação. As deliberações desta, ainda que revertam em prol de todos os moradores do loteamento, não podem ser impostas ao embargado. Ele tinha a faculdade – mais que isso, o direito constitucional – de associar-se ou não. E não o fez. Assim, não pode ser atingido no rateio das despesas de manutenção do loteamento, decididas e implementadas pela associação. Em nosso ordenamento jurídico há somente três fontes de obrigações: a lei, o contrato e o débito. No caso, não atuam qualquer dessas fontes. (Ressaltou-se.)

Em seu voto preliminar, já asseverara: *na verdade, essa cobrança tem toda a característica de uma taxa e, mesmo a taxa tributária, só é impositiva em função da lei, aí não há um fundamento legal.* (idem)

Então, para se resguardar, o proprietário não membro deve endereçar correspondência à associação de moradores, a qual está lhe fazendo a cobrança indevida, advertindo-a, por escrito, do constrangimento ilegal que está causando, o qual ensejará – caso ela persista, de má-fé, na prática da ação temerária –, a responsabilização civil, com a obrigação de indenizar os danos materiais e morais. Eventualmente, ela poderá vir a responder criminalmente, caso sua conduta venha a caracterizar o delito previsto no art. 146 do Código Penal (*Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer*

outro meio a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou fazer o que ela não manda), preceito este que tem assento constitucional (CF, art. 5º, II), já que a nossa Carta Magna reza que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*.

IX – Falácia do argumento do enriquecimento ilícito por serviços não encomendados

Parece-me descabida e inconsistente a opinião que defende o pagamento obrigatório dos serviços prestados, ou obras edificadas, por associação de moradores, ainda que não solicitadas por quem dela não é membro, sob o argumento do enriquecimento ilícito, em virtude da pretensa fruição dos benefícios oriundos dessa atividade unilateral. De imediato, duas razões emergem: a) há evidente desrespeito ao Superior Tribunal de Justiça – STJ, que já se manifestou em sentido oposto sobre a matéria, pacificando a questão; e b) porque a jurisprudência, anteriormente adotada nos tribunais estaduais, já mudou, evoluiu, não sendo mais correta a invocação de desastrosos precedentes que adotaram essa perigosa tese, felizmente já superada.

Para desfazer e colocar por terra, definitivamente, esse ilógico argumento, é de se perguntar: caso uma empresa de segurança mandasse, por conta própria, à revelia do interessado, um guarda para vigiar um estabelecimento comercial, ou uma residência, e, ao fim do mês, endereçasse-lhe um boleto, sob o argumento de que houve benefício pelo serviço prestado, seria lícita essa cobrança? Ou, então, se um indivíduo procurasse o dono de um terreno vago e lhe dissesse que, embora sem ajuste prévio, o limpou e murou, para atender o código de postura municipal, teria esse prestador de serviço o direito ao pagamento do seu labor e materiais ali empregados, sob falso argumento do enriquecimento ilícito? Evidentemente que não! Quem decide se quer um benefício e se esse realmente lhe confere um proveito real, se é conveniente e oportuno – já que pode ser apenas um pretenso auxílio, ou, então, praticado fora de hora, em que o favorecido pode não contar com os recursos financeiros suficientes naquele momento –, é aquele que o contrata e não o prestador, que age, quando o serviço não é solicitado, por sua exclusiva conta e risco. Por isso, este deve, solitariamente, assumir o ônus de sua própria imprudente iniciativa. Do contrário, estar-se-ia criando uma nova fonte de obrigações cíveis contratuais, não decorrente da lei, mas absurdamente impositiva: a nascida, sem justa causa, pela vontade unilateral de uma das partes.

De propósito, sobre a matéria em enfoque, trazem-se à colação os bem lançados pronunciamentos de dois ilustres desembargadores do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. Asseverou o primeiro deles (Des. José Carlos Ferreira Alves):

10. Ora, malgrado seja incontroverso que os serviços e benfeitorias realizadas no loteamento atingiram a todos, não vislumbro ser hipótese de compelir o apelante a ter que efetuar referidos pagamentos. 11. A uma, porque é evidente que tem o direito e a liberdade constitucional de associação e, nos autos, é incontroverso o fato de que, em nenhum momento, o apelante teve a intenção de participar do quadro de associados da apelada e tampouco votou ou anuiu com as deliberações por ela tomadas. 12. A duas, porque, também ficou comprovado que, no caso sub judice, o apelante já era proprietário de imóvel localizado no loteamento do Jardim Apolo antes mesmo que houvesse a intenção da apelada em fechar as ruas, tornando-o um loteamento fechado, ou condomínio fechado de fato, porquanto não observadas as formalidades da Lei 4.591/1964. 13. Ora, não me parece razoável compelir o proprietário de imóvel individualizado, que jamais teve a intenção de associar-se à sociedade de moradores e tampouco de viver em loteamento fechado, a suportar os encargos com os quais não anuiu e foram criados em momento ulterior à sua propriedade no local. 14. Com efeito, se, de um lado, as despesas com a manutenção e conservação do loteamento são tidas por benefícios aos moradores pela associação apelada, de outro, são totalmente contrárias aos interesses do apelante. 15. Afinal, sob seu enfoque, o fechamento das ruas implicou cerceamento ao direito de ir e vir, a segurança dos moradores ficou mais vulnerável do que dantes, as custas com a manutenção de portarias é deveras elevado e há controvérsias acerca de eventual valorização do imóvel, já que o condomínio formado não fora planejado. 16. Diante desse cenário, ainda que as obras realizadas e os serviços prestados sejam destinadas direta ou indiretamente a todos os moradores do loteamento, as despesas daí decorrentes não podem ser cobradas do morador não associado que, além de não ter solicitado os serviços, discorda de sua prestação.” (TRJP, Des. José Carlos Ferreira Alves, in Apelação 994090429252 (6366784000), de São José dos Campos, em 13/07/2010, 2ª Câmara de Direito Privado.)

Por sua vez, enfatizou a Des. Christine Santini Anafe:

Como bem salientou o MM. juízo a quo, uma vez prestados tais serviços por quem não detém legitimidade para tanto, cabe àquele que os presta arcar com os custos e a responsabilidade pelas despesas efetivadas nesse sentido. A associação autora, enquanto pessoa jurídica constituída em razão da manifestação de vontade de seus associados, deve suportar os ônus decorrentes de seus atos, descabendo impor a terceiros dela não participantes tal encargo.

Assim, mostra-se patente a nulidade dos dispositivos contratuais que estabelecem a vinculação obrigatória dos proprietários de lotes à associação autora, não havendo amparo legal para a promoção da cobrança. (TJSP, Des. Christine Santini Anafe, em 02/06/2010, Ap. 994040726401 (3539404400), 5ª Câmara de Direito Privado, registro em 22/06/2010.)

A prosperar essa extravagante e insensata tese do enriquecimento ilícito por serviços prestados sem ajuste prévio entre as partes interessadas, o Direito Civil perde os seus sólidos e milenares fundamentos, inaugurando-se o caos social, passando a prevalecer, de modo aleatório e imprevisível, a vontade absoluta, às vezes inescrupulosa ou eivada de suspeição, de aproveitadores, estelionatários, fraudadores e de outros elementos desse mesmo naipe. Ou seja, por conta dessa desastrada doutrina, uma pessoa fica inevitavelmente à mercê de outra, eis que nada os une ou ata, isto é, inexistente o liame que advenha da lei, de alguma relação jurídica contratual, ou obrigação decorrente de ato ilícito. Por consequência, a responsabilização cível sem justa causa, por ser odiosa, não é permitida pelo Direito, nem pela ética.

X – Cobrança indevida, ilegal e inconstitucional: preço público ou tributo?

Reporto-me às guias de arrecadação municipal que têm sido, costumeiramente, expedidas pela prefeitura diretamente em nome dos proprietários não membros das associações de moradores, relativas aos contratos de concessão de direito real de uso de área pública, de que tratam as leis municipais que autorizam a formação do condomínio fechado.

Como o contrato administrativo foi firmado entre o Município e a respectiva associação de moradores, a prefeitura deve efetuar o lançamento de seu crédito diretamente contra a entidade associativa, já que ela é o legítimo sujeito passivo da obrigação contratual. Ao assinar o termo, a concessionária ficou pessoalmente vinculada à obrigação assumida de pagar o preço público e, depois, ressarcir-se dos seus associados e apenas destes.

Desse modo, é indevida e ilegal a emissão das guias de cobrança diretamente em nome de quem não é membro da associação de moradores, muito menos com a advertência de que haverá a incidência de multa e atualização monetária caso não sejam pagas no vencimento. Pendência concernente à relação jurídica estabelecida entre o poder público e a concessionária deve ser resolvida unicamente entre essas duas partes, não podendo atingir terceiros estranhos ao pacto.

Portanto, se, na ótica das autoridades executivas municipais, há valores devidos, a cobrança deve se voltar contra a legítima devedora (a concessionária) e não contra terceiros, estranhos ao termo do contrato administrativo de concessão de direito real de uso de área pública, os quais a associação não representa, nem fala por eles. Essa argumentação não se invalida mesmo que a lei municipal disponha, ilegalmente, de modo contrário.

Ademais, em relação ao terceiro, não signatário do contrato administrativo, não se trata de preço público, mas tributo. O preço público se caracteriza pela liberdade que tem o particular em assumir voluntariamente a obrigação, que gera a remuneração pública, pelo facultativo uso de um serviço público (não obrigatório), ou pelo, também, espontâneo uso ou aquisição de bens do Estado. A marca do tributo, por sua vez, é a coercitividade.¹⁸ É impositivo. Ninguém, alcançado pela lei que o institui, dele escapa impunemente. O imposto, por exemplo, é genérico. A taxa, por sua vez, tipifica-se pelo seu pagamento compulsório em razão do uso – sem opção alternativa – de um serviço público ou em decorrência do poder de polícia.

Já no caso em estudo, a cobrança de uma remuneração em virtude da concessão do direito real de uso de bens públicos, em relação aos não participantes da associação de moradores, a qual assumiu solitária e voluntariamente a obrigação oriunda do contrato administrativo, sem dúvida caracteriza-se como um *tributo inominado* (eis que não se cuida de imposto, taxa, contribuição de melhoria, empréstimo compulsório, ou qualquer tipo de contribuição social), não previsto em lei ou na própria Constituição Federal (CF, arts. 145, 148 e 149). Portanto, sua instituição e cobrança são absoluta e irremediavelmente inconstitucionais.

De qualquer sorte, como se trata de uma imposição fiscal, ainda que com base em lei municipal inconstitucional, deve se reger pelas normas tributárias. Fica claro, primeiramente, que não houve a observância do devido processo legal (*Due Process of Law*) na apuração do débito, que na realidade se transformou, automaticamente, em dívida fiscal, eis que os moradores não foram intimados dos atos de constituição do crédito tributário (autuação e lançamento), mas foram, ao contrário, apenas notificados para efetuar o seu pagamento. Evidentemente, não se observou, na

¹⁸ BRITO MACHADO, Hugo de. *Curso de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 5ª ed., 1992, pp. 335/338.

constituição do crédito fiscal, os princípios tributários, legais (Código Tributário Nacional – Lei 5.172/1966) e constitucionais (CF, arts. 146 e 150).

Logo, a cobrança, de valor apurado e lançado unilateralmente, feita diretamente pela prefeitura ao morador não associado, revela-se indevida, já que ele nada tem a ver com a associação, que assumiu sozinha a responsabilidade financeira pela formação do condomínio. É ilegal, porque não foram cumpridas as formalidades exigidas pelo CTN para a constituição válida do crédito tributário. Manifesta-se, ainda, inconstitucional, eis que essa espécie de tributo não está prevista na nossa Constituição, ou autorizada sua criação por ela.

Veja que a cobrança indevida traz consigo sérias implicações sociais, profissionais, comerciais e legais, como a impossibilidade de se obter certidão negativa junto ao ente local. Por consequência, ela gera a responsabilidade para o município de indenizar os danos materiais e morais, decorrente do constrangimento ilegal, nos termos da lei civil (CC, arts. 186, 927 a 954).

XI – Inviabilidade jurídica de aquisição forçada de bens públicos

Também merece especial atenção determinar-se a correta natureza jurídica daquilo que a prefeitura pretende cobrar de cada proprietário do condomínio privado que, sob seus auspícios, pretende-se inaugurar ou já foi implantado. Ou seja, do valor referente à fração ideal dos bens públicos, inconstitucionalmente desafetados (ruas e praças de uso comum do povo), que estão sendo transferidos para um grupo seletivo de particulares, para fins de formação de um condomínio privado e fechado. Releve observar que a concessão de direito real de uso, outorgada para durar por longos anos (algumas por *quase um século*), com exigência legal de *contrapartida* financeira imediata para os cofres do município, na realidade equivale a uma *venda forçada de bens públicos*, já que o nome utilizado no contrato administrativo não altera a essência jurídica do ato (CC, art. 112: *Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem.*)

Então, em face de nosso ordenamento jurídico, fica bem claro que, mesmo com a autorização veiculada por meio de lei municipal, não é lícito obrigar todos os moradores do bairro, sem exceção, a comprar, proporcionalmente às áreas de seus terrenos, as ruas e praças públicas, que estão sendo ilegalmente liberadas para fim de formação de condomínio fechado, e sobre

as quais, futuramente, vai, seguramente, incidir o IPTU, vez que passarão a ser consideradas áreas privadas de uso comum apenas dos condôminos. Tampouco é permitido compeli-los, ainda, a arcar com as despesas associativas de manutenção e conservação desses espaços, eis que, para esses serviços públicos, que estão sendo indevidamente transferidos para a agremiação particular, os proprietários já pagam os respectivos impostos e taxas.

Indaga-se: pode alguém ser coagido a fazer uma compra, máxime de um bem público, sobre cujo valor e prazo de pagamento não houve negociação, nem acordo, mas que foram definidos a sós pelo vendedor (o Município) – que acrescentou penas pecuniárias para o caso de inadimplemento da obrigação no dia do vencimento por ele fixado de modo arbitrário –, notadamente se o pretendo comprador não está interessado no negócio e, às vezes, nem tem o dinheiro suficiente para, na data unilateralmente aprazada, suportar o encargo imposto coativamente?

Enfática e obviamente, a Constituição Federal e o Direito Administrativo pátrio, aliados ao senso comum, próprio de pessoas razoáveis, dão uma vigorosa resposta negativa.

Referências bibliográficas

- BRITO MACHADO, Hugo de. *Curso de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- DI PRIETO, Maria Sylvania Zanela. *Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1992.
- FOSCHINI, Regina Célia. *Loteamento fechado: a absoluta falta de amparo legal*. Fórum Ambiental da Alta Paulista, IV, ano 2008.
- FREITAS, José Carlos de. *Da legalidade dos loteamentos fechados*. Artigo disponível no Google (13/07/2010) e no site <www.mp.sp.gov.br> Acesso em: 22.jan. 1998.
- MADISON, James. *The Federalist*, 51. USA: The Easton Press, 1979.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: 14ª ed. Ed. Rev. Tribunais, 1988.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Condomínio e Incorporações*. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 1976.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal (Due Process of Law)*. Belo Horizonte: Del Rey, 3ª ed. 2001.