

O DIREITO DE IR E VIR E OS LOTEAMENTOS FECHADOS

*Toshio Mukai**

1. A Editora Quartier Latin está de parabéns pelo lançamento da sua grandiosa obra Direito Imobiliário, composto de aproximadamente 75 (setenta e cinco) artigos dos mais ilustres especialistas do país, com a eficiente coordenação dos Drs. Alexandre Guerra e Marcelo Benacchio, prefaciada pelo ex-Desembargador do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, o Prof. Renan Lotufo.

Tive a oportunidade de colaborar com essa excelente obra com o artigo intitulado "Responsabilidade do Poder Público em Loteamentos Irregulares e Clandestinos".

2. Dos vários (repito, excelentes) artigos que compõem a obra, gostaria, mais por abarcar um tema que tenho defendido de há muito, inclusive judicialmente, que é o do "loteamento fechado", tecer algumas reflexões sobre um dos problemas que tem sido objeto de impugnações pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, nas Ações Cíveis Públicas ou nas ADINs intentadas pelo Sr. Procurador Geral da Justiça contra a existência dos Loteamentos Fechados.

Trata-se do artigo intitulado "Aspectos Jurídicos dos Loteamentos Imobiliários de Fato e Condomínio Fechado no Direito Brasileiro" de autoria do ilustre Dr. Wendell Lopes Barbosa de Souza, juiz de direito do TJ/SP, especialista em Direito Penal pela Escola Paulista da Magistratura, mestre em Direito Civil pela PUC/SP, doutorando em Direito Civil comparado pela PUC/SP, professor em Direito Processual Civil da UNIFIEO, professor no curso de pós-graduação lato sensu em Direito Processual Civil da Escola da Magistratura.

3. Após efetuar várias considerações de ordem introdutória sobre loteamentos em geral, no item "g" traz-nos lembrança da maior importância sobre a questão dos loteamentos fechados, abordando o fato de a Municipalidade ter o poder de retirar as vias e praças públicas do loteamento da categoria de uso comum do povo e passá-las para a categoria de uso especial. Assim, os bens públicos, que antes podiam ser usados por toda a população, somente podem ser usados por uma parcela certa e determinada do povo. No caso em estudo, essa pequena parcela seria a de moradores do loteamento.

A seguir o Dr. Wendel reporta-se à doutrina sobre se isto seria possível, afirmando a resposta positiva dada pelos principais administrativistas brasileiros, citando Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem "os bens públicos das três modalidades, de uso comum, de uso especial e dominical podem ser utilizados pela pessoa jurídica de direito público que detém a sua titularidade ou por outros entes públicos, aos quais sejam cedidos, ou, ainda, por particulares".

Cita também as decisões judiciais nesse sentido: "E a jurisprudência também admite que seja declarada de uso especial um bem público, por meio do devido procedimento administrativo legal: 1) a outorga do uso privativo de bem público por particular pode ser efetivada por diversos instrumentos, dentre os quais se incumbe à concessão de uso, caracterizada como "contrato de direito público, sinalagmático, oneroso ou gratuito, comutativo e realizado *intuitu personae*", conforme leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (in: Direito Administrativo, 13. ed., p. 555). Logo, em vista dessa natureza personalíssima, o contrato é intransferível a terceiros sem o prévio consentimento da Administração" (TRF 4ª Região - AC 2000.04.01.131410-2 - 3ª bTurma - Relatora Juíza Federal Vânia Hack de Almeida - DJU 19.04.2006 - p. 579). 1 - O uso privativo de bem público de uso especial depende de título jurídico individual (autorização, permissão ou concessão) outorgado pela Administração (art. 71 do De. 9.760/46). 2 - Nega-se provimento à apelação (TRF - 1ª R. - AC 199834000394 - DF - 6ª T - Rel. Des. Fed. Maria Isabel Galloti Rodrigues - DJU - 08.08.2005 - p. 72).

Mais à frente o Dr. Wendell assevera:

"Há quem entenda pela inconstitucionalidade deste poder conferido ao Município para o fechamento do loteamento, com o que discordamos, pois tal entendimento significa infringir o disposto na Constituição Federal, já que o limite constitucional para as ações do Município é bem claro: o interesse local".

4. No item "8" o nobre juiz discute a questão mais atacada pelo Ministério Público: a de que os loteamentos fechados infringem o princípio constitucional do ir e vir, inscrito no art. 5º, XV da Constituição Federal.

Afirma-se, diz o ínclito juiz: "Põe-se agora debate antigo e polêmico: estranhos ao loteamento alegam ter direito de ingressar no empreendimento, sob o argumento de que as vias e praças contidas no local são públicas, enquanto os proprietários dos lotes⁵ mantêm portaria com cancelas e funcionários impedindo a entrada de qualquer um que não seja morador".

"Trata-se de verdadeiro conflito de direitos constitucionais. Os estranhos pretendem o exercício do direito de ir e vir em praças públicas, previsto no art. 5º, XV, da Constituição Federal. Os moradores defendem seu direito à segurança, previsto no caput do artigo 5º da Constituição Federal.

Quanto a esse conflito, cita argumentos expendidos por constitucionalistas, como Gomes Canotilho.

Ao final, assevera: "A verdade é que a doutrina, apesar de tentar resolver o problema com muito esforço, não dá solução e nem poderia. Isso porque significa quase nada afirmar que um dos direitos em choque deve ter máxima aplicação possível com a mínima restrição possível do outro.

Ou o estranho vai ter acesso ao loteamento ou não. Não há solução intermediária. Deve-se ter uma posição fechada sobre o assunto."

Ao final, o ilustre juiz dá-nos uma solução diferente para duas hipóteses diferentes: se o loteamento se situar em local nunca dantes frequentado por quem quer que seja.

Aí o loteamento fechado seria admissível.

Já em outra situação, onde o loteamento assalta verdadeiramente bens públicos de uso comum do povo para certas e determinadas pessoas, no mais das vezes muito abastadas, apenas como camuflagem para encobrir flagrantes irregularidades (ex.: nas praias do Guarujá, etc.).

Termina o item "8", asseverando: "A solução para o problema, então, passa por uma diferenciação das situações concretas, deferindo-se ao estranho o ingresso no empreendimento quando este é constituído num local em que não haja interesse justo para ingresso de não moradores (não seria: indeferindo-se?), deferindo-se este ingresso quando se tratar de local onde existam bens públicos que interessam à população."

5. Críticas e contribuições para o deslinde jurídico da questão.

É, como já se disse, pacífica a teoria doutrinária de que os bens públicos são passíveis de utilização exclusiva por pessoas jurídicas públicas ou privadas. Citaremos mais adiante, lições notáveis de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Hely Lopes Meirelles e Diogo Freitas do Amaral, dentre outros, nesse sentido.

Antes, vamos centrar nossa atenção para o conflito constitucional apontado pelo Dr. Wendell, quanto aos direitos de ir e vir (art. 5º, XV, da CF), e o direito à segurança (art. 5º, caput) da mesma Constituição.

Trata-se aqui de se aplicar a teoria da ponderação de valores, tão bem estudada na Europa, e entre nós pelo insigne Luiz Roberto Barroso.

Certo é que não pode prevalecer um princípio ou uma regra constitucional, conflitante com outro, por si só. Há que se verificar, no Direito do país, se há doutrina, jurisprudência, normas legais, que, pela sua jurisdição imponham o respeito a um dos dispositivos constitucionais em detrimento do outro. Se tudo isso em favor de um dos dispositivos tem plenas condições de serem inseridos, por interpretação concorde com a Constituição, naquele princípio ou regra constitucional que marca o privilégio em detrimento do outro, há que se resolver o conflito nesse sentido.

Hely Lopes Meirelles, em sua magistral lição sobre os bens públicos, de uso comum do povo, de uso especial ou de uso dominical, nos fornece a tese da sua utilização por particulares (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 33. ed., Malheiros, p. 526): "Todos os bens públicos, qualquer que seja a sua natureza, são passíveis de uso especial por particulares, desde que a sua utilização consentida pela Administração não os leve à inutilização ou destruição, caso em que se converteria em alienação".

"Ninguém tem direito natural ao uso especial de bem público, mas qualquer indivíduo ou empresa pode obtê-lo mediante contrato ou ato unilateral da Administração, na forma autorizada em lei de regulamento ou simplesmente concedida pela autoridade competente. Assim sendo, o uso especial do bem público será sempre numa utilização individual - *uti singuli* - a ser exercida privativamente pelo adquirente desse direito. O que tipifica o uso especial é a privatividade da utilização de um bem público, ou de parcela desse bem, pelo beneficiário do ato ou do contrato, afetando a fruição geral e indiscriminada da coletividade ou do próprio poder público (cf. Diogo Freitas do

Amaral, "A utilização do Domínio Público pelos Particulares", Lisboa, 1956, p. 206 e seguintes, Louis Trotabas, D'ê Utilization du Domaine Public pour les Particulaires, Paris, 1924, p. 79 e ss)".

E continua o saudoso mestre: "Uma vez titulado regularmente o uso especial, o particular passa a ter um direito subjetivo ao seu exercício, oponível a terceiros e à própria Administração, nas condições estabelecidas ou convencionadas. A estabilidade ou precariedade desse uso como a retomada do bem público, com ou sem indenização ao particular, dependerão do título atributivo que o legitimar".

E, finalmente, conclui o autor:

"As formas administrativas para o uso especial do bem público por particulares variam desde as simples e unilaterais autorizações de uso e permissão de uso até os formais contratos de concessão de uso como direito real solúvel, além da imprópria e obsoleta adoção dos institutos civis do comodato, da locação e da enfiteuse".

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro que escreveu notável e inédita monografia sobre a matéria, nos traz lições certerias sobre o assunto ("Uso privativo de Bem Público por particular" - 2. ed., Ed. Atlas, São Paulo, 2010).

Quando a brilhante autora adentra o tema, começa por conceituar o que seja "uso privativo: é o que a Administração Pública confere, mediante título jurídico individual, a pessoa ou grupo de pessoas indeterminadas, para que o exerçam, com exclusividade, sobre parcela de bem público.

Pode ser outorgado a pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, pois nada impede que um ente público consinta que outro se utilize privativamente de bem público integrado em seu patrimônio" (p. 29).

Em outra passagem a autora trata da: "2.3 - Exclusividade de uso".

Diz: "Em regra, a utilização de bem público por particulares caracteriza-se pelo traço da generalidade; é direito que pode ser exercido por todos, em igualdade de condições, observadas as limitações impostas pelo Poder Público em benefício do interesse geral.

Porém, excepcionalmente, a utilização pode ser exercida, com exclusividade, por pessoas determinadas, detentora de título jurídico individual concedido pela Administração. Como base nesse título, o particular irá extrair do bem público algumas utilidades não conferidas, em caráter genérico, aos demais usuários, cabendo-lhes o poder de privar outras pessoas do direito de exercer igual utilização sobre a mesma parcela do domínio público" (p. 30).

Mais adiante, afirma a autora, na trilha de Hely Lopes Meirelles: "A utilização privativa do domínio público pode recair sobre bens de qualquer natureza: de uso comum do povo, de uso especial e dominical. A rigor, os instrumentos de que a Administração se utiliza para outorgar o uso privativo são os mesmos para qualquer tipo de bem público, regidos, todos eles, por normas publicistas" (p. 31).

À página 42, a autora inicia discussão das mais importantes sobre o tema:

"[...] segunda indagação proposta é a que diz respeito à existência de direito público subjetivo em favor do particular que já obteve a anuência da Administração para utilizar privativamente o bem público.

A página 43 a autora assevera:

"Já a concessão tem por efeito criar um direito subjetivo, que tem por objeto a posse da coisa pública; manifesta-se pela obrigação, por parte das autoridades de mantê-lo, e pelo poder do indivíduo de dispor dele livremente, isto é, transferir a terceiros o seu direito de uso, a menos que haja restrição expressa a esse respeito".

Mais à frente (p. 43): "Examinados os institutos da autorização, permissão e concessão de uso no direito brasileiro, verifica-se que, nas três modalidades, existem alguns pontos comuns, pois o uso privativo sempre confere ao usuário determinado, um bem público ou parcela do mesmo; (b) o de defender seu uso contra terceiros; (c) de defendê-lo contra a Administração, em caso de ilegalidade por ela praticada, como por exemplo, nas hipóteses de desvio ou excesso de poder".

A página 44 a autora completa:

"O primeiro desses poderes se exerce, nos termos e para os fins em que foi consentido pela Administração.

Quanto ao segundo, é dado aos usuários, em qualquer hipótese, excluir terceiros do exercício de igual uso sobre a mesma parcela dominial, podendo, para essa fim, recorrer ao judiciário ou requerer à Administração que lhe garanta, com meios próprios, o uso consentido; sem essa oponibilidade a terceiros, o uso não seria privativo." (grifamos)

À página 47, a autora assevera: "Em resumo, o uso privativo estável investe o usuário em direito público subjetivo, oponível à Administração e a terceiros; só não pode opor-se à pessoa jurídica que emitiu o título constitutivo, na hipótese de revogação legítima, baseada em motivo de interesse público; neste caso, o direito ao uso privativo converte-se em reparação pecuniária."

Dizemos nós: reparação dos prejuízos pendentes e futuros experimentados pelo concessionário, com a revogação da concessão.

À página 113 a autora nos alerta sobre o seguinte ponto: "Tais circunstâncias afastam a possibilidade de concessão de uso para fins de interesse particular do concessionário, a não ser nas hipóteses em que o uso privativo constitua a própria finalidade do bem. A utilidade que ele exercerá terá que ser compatível com a destinação principal do bem ou atender outro fim de interesse coletivo" (É o que ocorre, sem dúvida, nos loteamentos fechados).

6. Se tudo isso é perfeitamente jurídico, segundo a doutrina, e se, é possível que uma sociedade de adquirentes de um loteamento fechado, possa, mediante autorização legislativa, através de concessão, receber vias e praças públicas em utilização exclusiva, não haveria que se falar em impedimento ao direito de ir e vir constitucional, pois que o concessionário do uso dos bens públicos tem exclusividade no uso deles.

7. Contudo resta voltarmos à questão constitucional levantada pelo Dr. Wendell, relativamente ao conflito entre duas regras constitucionais: ao do direito de ir e vir (art. 5º, XV, CF) e ao direito à segurança (art. 5º, caput, CF).

Ora, a concessão de uso dos bens públicos nos loteamentos é efetuada para a garantia da segurança dos moradores do empreendimento de um lado, e, portanto, tem assento no preceito do caput do art. 5º da CF. Por outro lado, o direito de ir e vir tem a ver com a liberdade de locomoção do indivíduo, não com o direito de adentrar qualquer lugar que pretenda, sem mais. Direito de locomoção esse que se traduz no direito de não ser preso fora das hipóteses legais, de não poder se locomover de um lugar a outro (o indivíduo) sem razão nenhuma; o de não poder ser impedido de adentrar em lugares públicos. Não abrange, evidentemente, o direito de ir, a proibição de adentrar numa propriedade ou num lugar restrito aos moradores, como nos condomínios de casas ou de loteamentos fechados cuja entrada está protegida, em suas restrições à entrada de qualquer um, pela exclusividade da concessão de uso outorgada pelo Município.

E, ademais, numa interpretação essencialmente de hermenêutica jurídica, como ensina o príncipe dos hermeneutas, Carlos Maximiliano, na interpretação de uma disposição composta do caput e de diversos parágrafos, incisos e alíneas, o sentido e o alcance (e suas interpretações) devem ser efetuadas sob subordinação ao norte de orientação do caput do artigo. Ou seja, o "caput" prevalece sobre os parágrafos, incisos e alíneas que o compõem.

Assim, sendo em razão do princípio da segurança das pessoas previsto no "caput" do art. 5º da Constituição Federal, o seu inciso XV, que contempla o direito de ir e vir está subordinado e é inferior ao caput do art. 5º; portanto, nesse conflito, o princípio da segurança individual deve prevalecer em detrimento do direito de ir e vir (inciso XV do art. 5º).

Destarte, nossa conclusão é no sentido de que os loteamentos fechados, mediante autorização legal do seu fechamento e da autorização para a outorga contratual da concessão de utilização dos bens públicos, é perfeitamente legal e constitucional.

Como disse Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "Quando a concessão implicar utilização de bem de uso comum do povo, a outorga só é possível para fins de interesse público".

E, no caso dos loteamentos fechados, a concessão de uso dos bens de uso comum do povo de modo particular e exclusivo atende a um interesse público que representa direito e garantia do cidadão de maneira solene contemplada no art. 5º da Constituição: a segurança do indivíduo.

* *Mestre e Doutor em Direito do Estado(USP).
Especialista em Direito Administrativo, Urbanístico e Ambiental.*