

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

MARCOS ANTÔNIO DO CARMO JÚNIOR

**DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO PROSPECTIVA DO LOTEAMENTO DE ACESSO
CONTROLADO DE FATO: impactos, diálogos e influências recíprocas entre o direito
privado e o direito público**

BRASÍLIA-DF

2023

MARCOS ANTÔNIO DO CARMO JÚNIOR

**DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO PROSPECTIVA DO LOTEAMENTO DE ACESSO
CONTROLADO DE FATO: impactos, diálogos e influências recíprocas entre o direito
privado e o direito público**

Tese de Doutorado desenvolvida sob a orientação do
Prof. Dr. Roberto Freitas Filho e apresentada ao
PPGD/IDP como requisito parcial para a obtenção do
título de Doutor em Direito Constitucional.

BRASÍLIA-DF

2023

Código de catalogação na publicação – CIP

C287 Carmo Júnior, Marcos Antônio do

Da constitucionalização prospectiva do loteamento de acesso controlado de fato: impactos, diálogos e influências recíprocas entre o direito privado e o direito público/ Marcos Antônio do Carmo Júnior. Brasília: Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2023.

229 f.

Tese - Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Doutorado em Direito Constitucional, 2023.

Orientador(a): Prof. Dr. Roberto Freitas Filho

1. Loteamento de acesso controlado de fato. 2. Constitucionalização prospectiva. 3. Outorga administrativa. I.Título.

CDD 341

MARCOS ANTÔNIO DO CARMO JÚNIOR

**DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO PROSPECTIVA DO LOTEAMENTO DE ACESSO
CONTROLADO DE FATO: impactos, diálogos e influências recíprocas entre o direito
privado e o direito público**

Tese de Doutorado desenvolvida sob a orientação do
Prof. Dr. Roberto Freitas Filho e apresentada ao
PPGD/IDP como requisito parcial para a obtenção do
título de Doutor em Direito Constitucional.

Data da defesa: 27 de junho de 2023

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Roberto Freitas Filho

Orientador

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

Prof. Dr. Nefi Cordeiro

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

Membro Interno

Prof. Dr. Pablo Malheiros da Cunha Frota

Universidade Federal de Goiás - UFG

Membro Externo

Prof. Dr. Danilo Porfírio de Castro Vieira

Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP

Membro Externo

A Deus,
A minha família.

“Eis que estou à porta e bato; se alguém ouvir a minha voz e abrir a porta, entrarei em sua casa e cearei com ele, e ele, comigo. Ao vencedor, darei-lhe-ei sentar-se comigo no meu trono, assim como também eu venci e me sentei com meu Pai no seu trono.”

Apocalipse 3:30-22

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
1 PLANO DE TRABALHO.....	23
1.1 DELIMITAÇÃO DO OBJETO.....	23
1.2 PROBLEMATIZANDO O OBJETO DE PESQUISA.....	24
1.2.1 Do ineditismo.....	27
1.3 DA OPERACIONALIZAÇÃO DO PROJETO.....	29
1.4 DA MOTIVAÇÃO PELA ESCOLHA DOS REFERENCIAIS TEÓRICOS.....	30
1.5 PALAVRAS JURÍDICAS: MULTIPLICIDADES CONCEITUAIS FACE À FORMA TEXTUAL ABERTA.....	34
1.6 DO CASO CONCRETO/PARADIGMÁTICO.....	38
1.6.1 Do termo de permissão de uso de bem público: possível variável?.....	38
2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO PROSPECTIVA DO DIREITO.....	40
2.1 ESCORÇO HISTÓRICO.....	40
2.2 DAS PREMISAS METODOLÓGICAS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO PROSPECTIVA.....	45
2.2.1 Do transpor: das noções conceituais exaurientes - fechadas - à porosidade conceitual	
2.2.2 Do caminhar entre a estrutura à função.....	48
2.2.3 Da constitucionalização formal, da constitucionalização material e da constitucionalização prospectiva.....	51
2.3 DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO CONTEÚDO DA POSSE.....	54
2.3.1 Noções introdutórias do lócus de fala a respeito da posse.....	60
2.3.2 A necessária funcionalização da posse: a trilha para a transformação do sujeito em pessoa.....	62
2.3.3 Da resignificação de eventual ocupação de bem público pelo particular: efeitos a serem observados.....	64
2.4 DA FUNCIONALIZAÇÃO E DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE.....	68
2.4.1 A propriedade sob o viés de relação jurídica complexa.....	72
2.4.2 A função social da propriedade na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....	74
2.4.3 Dos instrumentos postos à disposição do poder público para efetivação da função social da propriedade.....	76

2.5 OS PODERES PÚBLICOS E A OBSERVÂNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO PROSPECTIVA DO DIREITO: UMA MEDIDA DE CONCRETIZAÇÃO DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS.....	80
2.5.1 Das noções introdutórias.....	81
2.5.2 Moradia digna: adjetivação que se faz necessária.....	83
2.5.3 Da (re)leitura constitucionalizada dos institutos e das categorias do direito público.....	85
3 PARCELAMENTO DO SOLO.....	89
3.1 NOÇÕES ELEMENTARES: LOTEAMENTO, DESMEMBRAMENTO E DESDOBRO.....	92
3.2 LOTEAMENTO: A MANEIRA PELA QUAL ELE SE MATERIALIZA JURIDICAMENTE.....	93
3.3 UMA ANÁLISE DO PAPEL DO PODER PÚBLICO NO PARCELAMENTO À LUZ DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS.....	99
3.4 A ATUAÇÃO FUNCIONALIZADA DO OFICIAL DE REGISTRO NO PROCEDIMENTO E REGISTRO DO LOTEAMENTO.....	105
3.5 LOTEAMENTO FECHADO OU LOTEAMENTO DE ACESSO CONTROLADO.....	107
3.5.1 Conceito.....	107
3.5.2 Natureza jurídica.....	100
3.5.3 (I)legalidade do instituto jurídico.....	111
3.5.4 Das contribuições para manutenção e conservação dos bens públicos: uma releitura à luz do disposto no art. 36-A da Lei n. 6.766/79.....	114
3.5.5 Loteamento de acesso controlado de fato: caracterização.....	122
3.5.6 Do estado da arte acerca do loteamento de acesso controlado.....	124
3.6 OS INSTITUTOS AFINS: DISTINÇÕES NECESSÁRIAS À ADEQUADA COMPREENSÃO DO OBJETO DE INVESTIGAÇÃO.....	126
3.6.1 Condomínio voluntário e legal.....	126
3.6.2 Condomínio edilício ou em planos horizontais.....	128
3.6.3 Condomínio deitado ou de casas assobradadas.....	129
3.6.4 Condomínio em multipropriedade.....	130
3.6.5 Condomínio de lotes.....	133
4 PATRIMÔNIO PÚBLICO.....	135
4.1 BENS PÚBLICOS E BENS PRIVADOS SOB A ÓTICA DE DIMENSÕES EXISTENCIAIS: UMA NECESSIDADE DE REPENSAR A ESTRUTURA.....	140

4.2 REGIME JURÍDICO DOS BENS.....	146
4.2.1 Ainda persiste o dogma da supremacia do interesse público sobre o privado na construção do regime jurídico dos bens públicos, sobretudo se confrontado com a cláusula geral da dignidade da pessoa humana?.....	149
4.3 AFETAÇÃO, DESAFETAÇÃO E REAFETAÇÃO: UM (RE)PENSAR A PARTIR DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO PARADIGMÁTICO.....	153
4.4 AQUISIÇÃO DE BENS PÚBLICOS.....	160
4.4.1 Aquisição de bens pelo direito público.....	161
4.4.2 Aquisição de bens pelo direito privado.....	164
4.4.3 Do arremate acerca dos modos de aquisição de bens: um pensar a partir do caso concreto.....	168
4.5 OUTORGAS ADMINISTRATIVAS DE USO.....	170
4.5.1 Introdução.....	170
4.5.2 Autorização de uso.....	171
4.5.3 Permissão de uso.....	173
4.5.4 Concessão de uso.....	174
4.5.5 Outros títulos jurídicos de outorga de uso privativo.....	176
4.5.6 A discricionariedade nas outorgas de uso privativo de bem público: como se deve entendê-la à luz do Estado Democrático de Direito.....	178
4.6 DA CONCLUSÃO PARCIAL: OS CRITÉRIOS PARA ESCOLHA E SUA INSUFICIÊNCIA DIANTE DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO.....	180
5 DA PRODUÇÃO DE EFEITOS JURÍDICOS DO LOTEAMENTO DE ACESSO CONTROLADO DE FATO DENOMINADO ‘CONDOMÍNIO PORTO SEGURO’, LOCALIZADO NO MUNICÍPIO DE INHUMAS-GO.....	183
5.1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O PARCELAMENTO DO SOLO URBANO NO MUNICÍPIO DE INHUMAS-GO.....	183
5.2 DAS PECULIARIDADES FÁTICO-JURÍDICAS DO LOTEAMENTO EM QUESTÃO.....	188
5.3 DO PROCEDIMENTO AQUISITIVO DAS UNIDADES IMOBILIÁRIAS: UMA ANÁLISE À LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA DOS ADQUIRENTES.....	190
5.4 O TEMPO DO CERCAMENTO FÁTICO COMO FATO SOCIAL A SER PROTEGIDO SOB A PERSPECTIVA DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	192
5.5 DA READEQUAÇÃO DA FUNÇÃO REGISTRAL: UMA MEDIDA QUE SE IMPÕE RENTE AOS FATOS SOCIAIS CONSOLIDADOS.....	195

5.6 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO LOTEAMENTO DE ACESSO CONTROLADO DE FATO E O PORVIR: DIREITO SUBJETIVO À OUTORGA.....	199
6 PROPOSTA DE LEGE FERENDA.....	204
6.1 JUSTIFICATIVAS DO PROJETO DE LEI.....	204
6.2 EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS.....	205
6.3 PROJETO DE LEI.....	207
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	209
REFERÊNCIAS.....	213

RESUMO

Esta tese se propõe ao estudo do loteamento de acesso controlado de fato sob a concepção do fenômeno da constitucionalização prospectiva. Tem-se como objetivo central, derivado do problema jurídico, aferir se a constitucionalização do referido loteamento dá ensejo à comunidade de moradores direito subjetivo à outorga administrativa de uso privativo de bens públicos e quais são os limites e pressupostos para tanto. Há ainda como propósitos específicos (i) distinguir institutos jurídicos similares ao loteamento, (ii) tratar dos instrumentos jurídicos aptos a outorgar o uso privativo de bens públicos, (iii) verificar a interação entre os saberes jurídicos decorrentes da constitucionalização do direito e (iv) pesquisar as consequências registral, notarial e obrigacional advindas do loteamento de acesso controlado de fato. Para tanto, adota-se para fins de operacionalização da pesquisa um caso concreto, denominado de caso paradigma, valendo-se como método o fenomenológico-hermenêutico e como metodologia a de abordagem e a de procedimento. Ao fim, chega-se à conclusão de que, uma vez caracterizada a constitucionalização do loteamento de acesso controlado de fato frente à força constitutiva dos fatos sociais, existe o direito subjetivo da comunidade de moradores à outorga administrativa de uso privativo de bem público, na medida em que esse poder decorre da ordem jurídica, e não de lei específica, bem como a circunstância de o direito estar a serviço da vida.

Palavras-chave: Loteamento de acesso controlado de fato. Constitucionalização prospectiva. Outorga administrativa. Direito subjetivo.

ABSTRACT

This thesis proposes the study of controlled access subdivision in fact under the conception of the phenomenon of constitutionalization prospective. The central objective, derived from the legal problem, is to assess whether the constitutionalization of the allotment gives the community of residents a subjective right to the administrative grant of private use of public goods and what are the limits and assumptions for that. There are also specific purposes (i) to distinguish legal institutes similar to the allotment, (ii) deal with the legal instruments able to grant the private use of public goods, (iii) verify the interaction between the legal knowledge arising from the constitutionalization of the law and (iv) research the registration, notarial and obligatory consequences arising from the allotment access, in fact, controlled. For this purpose, a concrete case, called a paradigm case, is adopted for the purpose of operationalizing the research, using the phenomenological-hermeneutic as a method and the approach and procedure as a methodology. Therefore, for the purpose of operationalizing the research, a concrete case, called a paradigm case, is adopted, also making use of the bibliographical review. In the end, we come to the conclusion that, once the constitutionalization of the indeed controlled access allotment is characterized in the face of the constitutive force of social facts, there is the subjective right of the community of residents to the administrative grant of private use of public property, insofar as this power stems from the legal order, and not from a specific law, as well as the fact that the right is at the service of life.

Keywords: Controlled access subdivision in fact. Prospective constitutionalization. Administrative grant. Subjective right.

RIASSUNTO

Questa tesi si propone lo studio del lotto con accesso controllato di fatto sotto la concezione del fenomeno della costituzionalizzazione prospettica. L'obiettivo centrale, derivato dal problema giuridico, è di verificare se la costituzionalizzazione del suddetto lotto dà alla comunità dei residenti il diritto soggettivo alla concessione amministrativa di uso privato di beni pubblici e quali sono i limiti e i presupposti per farlo. Ci sono anche obiettivi specifici (i) distinguere istituti giuridici simili al lotto, (ii) trattare gli strumenti giuridici in grado di concedere l'uso privato di proprietà pubbliche, (iii) verificare l'interazione tra le conoscenze giuridiche derivanti dalla costituzionalizzazione del diritto e (iv) studiare le conseguenze registrate, notarili e obbligatorie derivanti dal lotto con accesso controllato di fatto. A tal fine, si adotta per fini di operazionalizzazione della ricerca un caso concreto, denominato caso paradigma, utilizzando come metodo il fenomenologico-ermeneutico e come metodologia l'approccio e la procedura. Alla fine, si conclude che, una volta caratterizzata la costituzionalizzazione del lotto con accesso controllato di fatto di fronte alla forza costitutiva dei fatti sociali, esiste il diritto soggettivo della comunità dei residenti alla concessione amministrativa di uso privato di beni pubblici, nella misura in cui questo potere deriva dall'ordine giuridico e non da una legge specifica, nonché la circostanza che il diritto è al servizio della vita.

Parole chiave: Lotto con accesso controllato di fatto. Costituzionalizzazione prospettica. Concessione amministrativa. Diritto soggettivo.

INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro não é capaz de efetivar a contento os interesses de seus cidadãos. Benefícios, vantagens ou, numa linguagem coloquial, os direitos assegurados na Constituição de 1988 restam frustrados por diversos fatores, dentro dos quais existem a própria escassez de recursos e a ineficácia estatal rente ao excesso de atribuições que recai sobre a máquina estatal.

A realidade demonstra a assunção de atribuições estatais por grupo de pessoas com ideais similares, tendo em vista a união de esforços em busca de objetivo comum. Grande parte das vezes, o aludido objetivo se relaciona direta e imediatamente com interesses constitucionalmente protegidos, sobretudo pelo fato de a Constituição brasileira ser rica na consagração de direitos e ser dotada de enunciados¹ com aplicação imediata (artigo 5.º, § 1.º). O direito é ou deveria ser o reflexo da realidade social, isso porque o direito é fruto da cultura na qual ele se encontra inserido.

Como realidade social brasileira, em especial nos grandes centros urbanos, há uso privativo de bens públicos sem que exista a aquiescência formal da pessoa jurídica de direito público a cuja titularidade proprietária pertença. E para que ocorra esse uso privativo, de regra, o utente, pessoa natural, pessoa jurídica de direito privado ou até mesmo ente de personalidade anômala, procede ao cercamento dos bens públicos utilizados, com o intuito de controlar o acesso ao seu interior. O cercamento ocorre de modo usual sobre os logradouros públicos e, às vezes, sobre áreas verdes ou institucionais nas quais inexistem destinação pública de fato.

À vista dessas premissas, surgem os denominados loteamentos de acesso controlado de fato, já que os bens públicos originariamente afetados ao uso comum encontram-se destinados ao uso privativo dos moradores do referido loteamento. A expressão de fato é inserida nessa variação do instituto do loteamento com o intuito de reforçar o efetivo cercamento a despeito da ausência formal de aquiescência a tanto.

¹ Entende-se por normas jurídicas gênero produto da interpretação do texto (enunciado) de acordo com as peculiaridades do caso concreto (imbricação texto e contexto), do qual são espécies: (i) regras e (ii) princípios. “No plano hermenêutico, a pré-compreensão, enquanto condição de possibilidade, fragiliza a distinção semântico-estrutural entre regras e princípios. Sob olhares hermenêuticos, tanto regras como princípios são parâmetros interpretativos. Operam no código lícito-ilícito. Assim, busco diferenciar (não distinguir/cindir) regras e princípios, compreendendo que as regras são resultado da leitura dos textos normativos, de modo que compartilham da porosidade e ambiguidade inerentes aos signos linguísticos, ao passo que os princípios consubstanciam a institucionalização do mundo prático do Direito. É possível dizer que o princípio institui a regra, no sentido de que regras e princípios possuem caráter deontológico, porém, isoladamente, não se prestam para a adequada resolução das controvérsias jurídicas surgidas no tecido social.” (STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017a, p. 47).

Em regra, o pano de fundo para que ocorra esse controle de acesso ao seu interior consiste na proteção de seus moradores. O afastamento do risco que eventualmente possa incidir sobre a integridade da pessoa e bem assim sobre o seu patrimônio é o fundamento para dar sustentação à conduta privada, reforçada pela inoperância estatal com o cumprimento constitucional de seu mister.

A reboque desse fator de segurança, outros interesses consagrados e protegidos constitucionalmente são assegurados com o cercamento. A pessoa privada que assim age acaba por assumir encargos do Poder Público, tais como manutenção e conservação dos logradouros públicos, manutenção e conservação das áreas verdes, o custeio da energia do seu interior (afora a contribuição para o custeio da iluminação pública), a responsabilidade pela coleta do lixo doméstico, asfaltamento ou seu recapeamento, instalação da rede de esgoto e instalação da rede pluvial. Isso porque o Poder Público, o município dentro do qual o loteamento esteja localizado - diga-se, não fiscaliza o cronograma de obras quando da implementação do loteamento. O loteador e o município acabam por descumprir as obrigações derivadas do ordenamento jurídico, de modo que o particular vem na prática assumi-las.

Ao fim e ao cabo, o particular usa de forma privativa o bem público, mas sem ato autorizativo, e o Poder Público desonera no plano fático das obrigações que lhe são impostas legal ou constitucionalmente. O primeiro implementa as normas urbanísticas, ambientais e civis; enquanto o segundo torna-se omissos nos deveres que lhe são determinados.

Desse contexto que se prolonga no tempo, é possível extrair, no mínimo, a contraposição de interesses igualmente protegidos. De um lado: o interesse dos utentes de fato nos bens públicos; de outro: o interesse do Poder Público nas mais diversas acepções, de sorte que, *a priori*, inviável a tentativa de sobrepor um em relação ao outro. O que se tem a fazer é construir uma resposta adequada à Constituição face às peculiaridades circunstanciais que o caso concreto traz.

Aí que entra a inquietação jurídica. A construção doutrinária acerca dos instrumentos jurídicos para outorga administrativa de uso privativo de bem público serviu-se do que se denominou competência discricionária ou discricionariedade administrativa². Categoria essa de

² Para compreensão da pesquisa e distinção entre a discricionariedade administrativa e a discricionariedade judicial, ato este que se pretende afastar com a utilização de um dos marcos teóricos adotado (crítica hermenêutica do direito), faz necessário citar a seguinte passagem: “Não se afigura correto trazer o conceito de discricionariedade administrativa para o âmbito da interpretação do Direito (discricionariedade judicial). Não se compreende a discricionariedade interpretativa (ou discricionariedade judicial) a partir da simples oposição entre ato vinculado e ato discricionário, mas, sim, tendo como ponto específico de análise o fenômeno da interpretação, no qual – e isso parece óbvio – seria impróprio falar de vinculação. Ora, toda interpretação é um ato produtivo, sabemos que o intérprete atribui sentido a um texto e não reproduz sentidos nele já existentes. Tem sido muito comum aproximar – embora de forma equivocada – aquilo que se menciona como discricionariedade judicial daquilo que a doutrina

direito administrativo que espelha deferência do legislador ao administrador, legitimando este a criar a solução para o caso que lhe for submetido, dentro da margem permitida pelo ordenamento jurídico. Com efeito, nos dizeres de Mello discricionariedade consiste na “margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentro pelo menos comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto [...]”³, com o intuito de atender à finalidade estabelecida no ordenamento jurídico, na medida em que existe fluidez na expressão legal ou quando o ordenamento assim concede esse modo de atuar, de sorte a ser inviável extrair objetivamente uma solução unívoca. Como critério de sopesamento, vale-se, aparentemente, do princípio da proporcionalidade, já que invoca a necessidade, e bem assim a adequação entre meios e fins, sem descuidar, por exemplo, dos preceitos da boa-fé, lealdade e igualdade, rente às circunstâncias do caso concreto.⁴

O cercamento do perímetro do loteamento de acesso controlado dá-se pelos instrumentos administrativos denominados autorização, permissão ou concessão de uso privativo de bens públicos, os quais, comumente, são de competência discricionária, mormente pelo fato de, como irá expor, são permeados pelo que veio a se denominar supremacia do interesse público sobre o interesse privado. A concepção para outorgar ou não o uso envolve a noção de interesse público que, a seu turno, é variável no tempo e no espaço. Certamente, não é universalizante nem perene.

Com efeito, inquieta-se no sentido de existir ou não o poder, conferido pela ordem jurídica, de a pessoa privada exigir da pessoa jurídica de direito público a concessão de outorga administrativa para uso privativo de bem público, tendo em vista a constitucionalização prospectiva do loteamento de acesso controlado de fato, nos pressupostos e limites a serem tracejados frente à força constitutiva dos fatos.

O problema jurídico torna-se mais relevante na medida em que, conforme à frente exporá, decisões judiciais vêm atribuir o caráter de detenção ao exercício de um dos atributos da titularidade proprietária (bem público) por parte dos utentes (Código Civil, artigos 1.208 e 1.228) quando pleiteiam proteção em face da pessoa jurídica de direito público. Contudo, o exercício de um desses atributos dá ensejo à proteção possessória quando for particular em face de particular cujo objeto seja bem público. Uma realidade fática, qual seja, o exercício dos atributos da titularidade proprietária; dois destinos jurídicos: (i) proteção possessória se a ação

administrativa chama de ato administrativo discricionário.” (STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica...*, pp. 54-55).

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editora Ltda., 2012, p. 48.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional...*, p. 98.

for manejada por particular face a particular e (ii) inexistência de proteção possessória se ação for manejada por particular face a pessoa jurídica de direito público. Respectivamente, há posse e há detenção em face a mesma realidade fática, mas com pessoas distintas. Tal modo de agir enfraquece a coerência do direito tão cara ao Estado Democrático de Direito.

Acrescentando mais uma pitada de complexidade no fenômeno jurídico, pode-se destacar a boa-fé dos utentes, seja a manifestada como estado anímico (subjativa), seja a exteriorizada como regra de conduta (objetiva), inclusive esta última na sua tríplice função (interpretativa, de controle e de criação de deveres anexos). A força constitutiva dos fatos, em especial pelo transcurso de tempo razoável, poderá ensejar as categorias da *suppressio* e *surrectio*. Existe na verdade um descompasso entre a possibilidade de se valer de um direito subjetivo ou uma faculdade concedida pelo ordenamento jurídico e o transcurso de tempo, dentro de uma relação jurídico-real, descompasso esse imputável à pessoa jurídica de direito público, criando ao final legítima expectativa ao particular.

Ressalte-se ainda que o objeto de pesquisa envolve a inquietação acerca da natureza jurídica da outorga administrativa de uso privativo de bem público, seus pressupostos e limites. Isto é, indaga-se se pode caracterizar como direito subjetivo o que sempre veio a se denominar ato discricionário, sobretudo diante da constitucionalização prospectiva do loteamento de acesso controlado de fato. É verdade que, ausente a aquiescência formal no uso privativo dos logradouros públicos, o loteamento em questão não se enquadra na moldura estabelecida pelo ordenamento jurídico, o que induz denominá-lo de irregular. Assim, a regularização fundiária, isto é, o conjunto de atos urbanísticos, ambientais, administrativos etc. destinados a enquadrar o irregular no padrão definido no ordenamento jurídico, pode se caracterizar, mediata e indiretamente, como possível resultado da inquietação jurídica. Contudo, não é o que se pretende trabalhar.

Noutros termos, o controle fático do acesso ao interior do referido loteamento é passível de se regularizar, a entender isso como outorga de uso privativo, na medida em que obterá respaldo num instrumento jurídico que, ao lado de outros (usucapião, arrecadação de imóvel vago, desapropriação, legitimação de posse, concessão de uso para fins de moradia, compra e venda etc.), é mecanismo de regularização fundiária. Então, por exemplo, se vier a conceder outorga administrativa de uso privativo, mas se em seu bojo estabelecer como ato discricionário, em nada enfrentará a inquietação ora proposta. À vista disso, engendra pela existência de poder jurídico de exigir ou não a outorga, e bem assim seus limites e seus pressupostos, e não simplesmente adequar ao padrão pré-estabelecido na ordem jurídica (regularização fundiária urbana, grosso modo).

Face à inquietação jurídica apresentada, podem existir dados circunstanciais que conduzem à estabilização das relações jurídicas ainda que eivadas de certa irregularidade. O cerne da questão envolve a legítima confiança de terceiros. Boa-fé como regra de conduta, sobretudo na função de criação de deveres anexos, ganhando relevo a *suppressio* e a *surrectio*. Desse plexo de categorias jurídicas, tem-se como solução a existência de poder jurídico atribuível ao particular de exigir da pessoa jurídica de direito público a outorga administrativa, a independer de texto específico, porém com dependência do contexto no qual o fenômeno é interpretado.

Ao pesquisar a constitucionalização prospectiva do loteamento de acesso controlado de fato, tem-se como produto da investigação aferir se a constitucionalização do referido loteamento dá ensejo à comunidade de moradores direito subjetivo à outorga administrativa de uso privativo de bens públicos e quais são os limites e pressupostos para tanto. Há ainda como propósitos específicos, com o intuito de operacionalizar o produto pretendido (objetivo geral), os seguintes: (i) distinguir institutos jurídicos similares ao loteamento, (ii) descrever os instrumentos jurídicos aptos a outorgar o uso privativo de bens públicos, (iii) verificar a interação entre os saberes jurídicos decorrentes da constitucionalização do direito e (iv) pesquisar as consequências registral, notarial e obrigacional advindas do loteamento de acesso controlado de fato.

Diante da complexidade⁵ das sociedades modernas, choque de interesses entre os sujeitos é permanente, o que, de regra, inviabiliza a clausura do direito a fórmulas perenes. O direito é poroso, maleável, adequando-se à força constitutiva dos fatos. Relação texto e contexto, em especial a constitucional. O direito privado, assim como os ditos ramos do direito público, deve estar consoante com a constitucionalidade que emerge da Constituição (texto e contexto), com as pertinentes variações espacial e temporal. O direito então, ante a realidade brasileira, está em constante busca de sentido.

Para permear o objeto de pesquisa conta com a concepção da constitucionalização prospectiva do direito civil formulada por Fachin. Além de suas premissas teóricas (cf. capítulo 2), existem os seguintes pontos que foram essenciais para essa opção metodológica: o primeiro diz respeito ao fato de o direito civil ser considerado o direito comum da ramificação privada, de sorte que, ao falar na constitucionalização do direito civil, estará abrangendo também os

⁵ “Complexo é concebido ‘como uma pluralidade de níveis interconectados, sem que nenhum deles possa ser considerado, a priori, como determinante dos demais’”. (FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Interpretação do Direito Privado: o Direito Civil Constitucional prospectivo em diálogo com a Crítica Hermenêutica do Direito. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, pp. 309-329, 2019, p. 319).

outros ramos do direito privado; o segundo se relaciona com o fato de o loteamento, no que diz respeito à titularidade proprietária, ser instituto jurídico com raízes no direito privado e, conseqüentemente, nele existe interdisciplinaridade dos ramos jurídicos, com acentuada atenção voltada ao direito civil; o terceiro cinge-se à constitucionalização prospectiva do direito civil que, embora forjada com base no direito civil, possui premissas metodológicas aplicáveis aos demais ramos jurídicos, inclusive os de direito público, sobretudo com a interpenetração de saberes entre eles; e, talvez o mais relevante, o quarto encontra-se com o fato de o pano de fundo na formatação das outorgas administrativas intituladas de autorização, permissão e concessão de uso privativo de bem público é o interesse público na sua vertente de supremacia em relação ao privado. Ora, se o interesse privado se encontrar constitucionalizado há ainda de falar em discricionariedade para conceder ou não a outorga ou, de igual modo, pressupõe ainda a supremacia do interesse público sobre o interesse privado constitucionalizado, mormente na complexidade da atual sociedade.

Por esses fatores, não trabalha com, por exemplo, a constitucionalização do direito administrativo, e sim com a do direito civil, o que, ao fim e ao cabo, poderá também demonstrar o diálogo entre o direito privado e o direito público. Impactos e/ou influências recíprocas, diga-se. Desse modo, estudará o direito a partir do problema do acesso controlado de fato no loteamento e para que ocorra a resolução deste, de sorte a considerar o outro como pessoa, numa verdadeira relação de coexistencialidade. É considerar a relação do eu perante o outro eu. Como exposto na nota de rodapé n. 1, sob essa perspectiva norma jurídica é o produto da interpretação do texto rente aos fatos sociais e, no caso concreto, consoante as circunstâncias do referido loteamento. Diferem, pois, norma jurídica de texto constitucional ou infraconstitucional. Norma não nasce norma, ela se faz norma a partir do contexto do qual se extrai a sua interpretação.

Aliado a esse aporte teórico, na intenção de diminuir o arbítrio do julgador, o que veio a se denominar discricionariedade judicial (nota de rodapé n. 2), e bem assim o solipsismo. A teoria denominada crítica hermenêutica do direito, tendo em vista que esse aporte teórico vem a estabelecer critérios para proceder à resolução de casos práticos, serve de sucedâneo para construir uma resposta adequada à Constituição, afastando assim do subjetivismo (o decidir de acordo com a consciência) e, ao mesmo tempo, descurando do objetivismo tido aqui como mero enunciado sem considerar o ente nem os elementos culturais e sociais nos quais ele está enraizado. Todo texto, seja considerado simples, seja considerado complexo, pressupõe, a fim de ser aplicado, interpretação, certo de que a interpretação pressupõe pré-compreensão, ou seja, apreensão conceitual não do jeito que o operador quiser, mas sim por meio do revolvimento do chão linguístico da categoria jurídica, buscando a manutenção dessa apreensão, a refutação ou a

reformulação. Tudo isso dentro de um contexto social, cultural, econômico etc., mantendo o fluxo e o refluxo entre os saberes, sem deixar, é de se destacar, o direito se curvar para nenhum deles. Pode existir sim a influência, mas não a curvatura.

Essas duas concepções teóricas, embasadas numa interpretação e aplicação do direito rente à força constitutiva dos fatos e num direito a serviço da vida (e não o contrário), com critérios de controle do subjetivismo, colaboraram para construção de uma resposta constitucionalmente adequada à inquietação jurídica, à medida que se compatibilizam nos moldes à frente expostos (item 1.4).

Para operacionalizar o objeto de pesquisa, vale-se de um caso paradigmático, cujas razões da escolha serão detalhadas no item 1.6, tendo em vista a dificuldade de cindir a teoria da prática, rente ao qual (caso) se busca o sentido de determinadas categorias jurídicas, sobretudo àqueles relacionadas direta e imediatamente com o problema jurídico, de modo que a compreensão do direito dar-se-á a partir da reconstrução do fenômeno jurídico posto em análise. O caso paradigmático espelha um loteamento de acesso controlado de fato, caracterizando-se como fenômeno jurídico, isto é, tem-se como ponto de partida para a compreensão a ser alcançada graças à reconstrução histórico-institucional ou histórico-axiológica, em decorrência da compreensão e interpretação advinda da real intersubjetividade.

Ancorado no método fenomenológico, a metodologia será o procedimento monográfico, já que tem como escopo a análise da literatura jurídica e extrajurídica (outros saberes) e, quando caso for, a análise de decisões judiciais referentes às categorias enfrentadas. E, quanto à abordagem, será adotada uma teoria fundante na crítica da realidade, porquanto o direito se caracteriza na complexidade, seja de linguagens, seja de significados.⁶

Por fim, esta tese encontra-se dividida em 6 (seis) capítulos. Os 5 (cinco) primeiros encontram-se, digamos assim, a parte teórica que envolve a problemática. Enquanto o 6.º (sexto) capítulo vem a abranger, após a apresentação das justificativas para tanto, projeto de *lege ferenda*. Os capítulos, resumidamente, tratam do seguinte:

No capítulo 1 (um), intitulado de plano de trabalho, busca, embora não seja comum nas ciências sociais aplicadas, demonstrar as premissas adotadas para justificar a confecção desta tese. O objetivo é situar o leitor sobre o caminho a ser percorrido e as opções adotadas. Com

⁶ “[...] a linha **crítico-metodológica**, supõe uma teoria crítica da realidade e sustenta duas teses de grande valor para o repensar da Ciência do Direito e de seus fundamentos e objeto: a primeira defende que o pensamento jurídico é **tópico** e não dedutivo, é **problemático** e não sistemático. Essa tese trabalha com a noção de razão prática e de razão prudencial para o favorecimento da decisão jurídica. A segunda tese insere-se na versão postulada pela **teoria do discurso** e pela **teoria argumentativa**. Essa linha compreende o Direito como uma rede complexa de linguagens e significados.” (grifo dos autores) (GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 21).

base nisso, trata da delimitação e da problematização do objeto de pesquisa, bem como da demonstração do seu ineditismo. Demonstra a forma como se confirmará ou refutará a hipótese (operacionalização da investigação), quais os motivos que levaram à escolha pelos aportes teóricos apresentados, a necessidade de, rente à plurissignificação de palavras com tessitura aberta, apresentar o seu significado em face à concretude (sentido, diga-se), os motivos condutores do caso paradigmático e, ao fim, a demonstração de uma possível variável.

No capítulo 2 (dois), denominado constitucionalização prospectiva do direito, tem como objeto de investigação as premissas que forjam esse aporte teórico. Destacando a viabilidade de essas premissas virem a recair tanto sobre categorias jurídicas de direito público, como de direito privado, na medida em que se cuida, de antemão, de uma teoria geral. E, a partir de tais premissas metodológicas, demonstra a funcionalização de institutos como a titularidade proprietária, tanto pública, como privada, a posse e, sob essa perspectiva, a necessidade de releitura da ocupação de bem público pelo particular, e bem assim a necessidade de o Poder Público ressignificar, rente a esse lugar de fala, os seus institutos e categorias como medida de concretização dos preceitos constitucionais.

No capítulo 3 (três), cujo título é do parcelamento do solo, pretende, ainda que rastreado numa dogmática jurídica no sentido de apenas transmitir noções conceituais, apreender conceitualmente os institutos e as categorias relacionadas com o objeto de pesquisa, tendo em vista que a inexistência de captação de significado ou até mesmo sentido (resultado diante do caso concreto) não permite qualquer tipo de interpretação ou aplicação do direito. Dessa forma, estabelece os significados dos institutos com os quais trabalham, a fim de permitir o uso correto dos termos e a adequada aplicação das normas jurídicas, assim como, na medida do possível, procurar realizar uma crítica funcionalizada a respeito de tais noções.

Com a rubrica de patrimônio público, o capítulo 4 (quatro) trata do conjunto de bens de titularidade proprietária da pessoa jurídica de direito público e de algumas categorias que lhe são pertinentes, tais como afetação, desafetação, reafetação, formas de aquisição e outorgas administrativas. Diante de uma concepção crítica, questionam-se a discricionariedade, a supremacia do interesse público sobre o privado, a estrutura dos bens públicos frente à dimensão existencial, a afetação, a desafetação e a reafetação, rente os aportes teóricos com os quais ora se trabalham, considerando também as peculiaridades do caso paradigmático.

O caso paradigmático serviu de base para a formatação do capítulo 5 (cinco). Nele houve a efetiva aproximação entre a teoria e a prática. Com a delimitação do quadro fático-jurídico, obtida por meio do caso paradigmático, tratou-se da questão com o uso da estabilização das relações jurídicas, sobretudo com a boa-fé objetiva na função de criação de deveres anexos.

Trata ainda da readequação da função notarial, registral e obrigacional porventura surgida com o referido fenômeno jurídico, inclusive para o porvir.

Por fim, não no intuito de contrapor os aportes teóricos utilizados, mas com o fim de servir de norte para o porvir, embora não seja necessário - mas como medida de segurança no atuar administrativo e como deferência ao legislador, no capítulo 6 (seis) há proposição, com a devida justificação, de *lege ferenda*.

1 PLANO DE TRABALHO

Não é comum nas ciências sociais aplicadas e nas ciências humanas, ao contrário das demais ciências - sobretudo nas ciências econômicas e exatas -, dá início ao trabalho informando, desde já e autonomamente, qual é o caminho até a confirmação ou refutação da hipótese objeto de investigação. Informação essa não no bojo da própria introdução, mas sim como parte autônoma.

Opta-se por essa forma, tendo em vista a crença do autor na improdutividade de cindir, seja abstrata, seja concretamente, a teoria da prática “como se uma construção teórica não dependesse de um mínimo de efetividade e a prática não estivesse invariavelmente informada por uma teoria [...]”⁷

Lastreado nesse pensar e sob a perspectiva de um sistema aberto numa sociedade em constante transformação e em permanente conflito, visa estudar o direito a partir de problemas, isto é, rente ao caso concreto a ser demonstrado, já que “o estudo do direito não deve ser feito por setores pré-constituídos, mas por problemas, com especial atenção às exigências de vez em vez emergentes como, por exemplo, a habitação, a saúde, a privacidade, etc.”⁸

Portanto, diante do caso concreto se busca aferir os limites da teoria, acabando por construir, destruir e reconstruir as figuras e os institutos jurídicos frente ao contexto social.

1.1 DELIMITAÇÃO DO OBJETO

A presente investigação delimita-se na aferição das influências recíprocas entre o direito público e o direito privado, e bem assim das consequências, se houver, decorrentes desses fluxos, isso porque “os problemas concernentes às relações civilísticas devem ser enfocados de modo a recuperar os valores publicísticos para o direito privado e os valores privados para o direito público.”⁹

Para a condução da investigação em questão, torna-se inevitável enfrentar algumas figuras, conceitos, categorias e institutos jurídicos, especialmente pelo fato de ser importante possuir uma pré-compreensão para interpretar e, ao fim, aplicar os institutos afins.¹⁰ Isto é,

⁷ CARVALHO, Salo de. *Como (não) se faz um trabalho de conclusão*: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 47.

⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 149.

⁹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional...*, p. 150.

¹⁰ A fim de esclarecer essa opção metodológica, é de se destacar que a diferenciação entre figuras jurídicas afins, tais como condomínio edilício, condomínio de casas assobradas e condomínio de acesso controlado, torna-se

existirão partes cuja dogmática¹¹ irá sobressair em detrimento da zetética¹². Contudo, este fenômeno não restará por completo despercebido, pois, na medida do possível, se realizará um juízo reflexivo, em especial pelo fato de que a confluência entre esses modos de enxergar o fenômeno jurídico permanece presente.

1.2 PROBLEMATIZANDO O OBJETO DE PESQUISA

O conhecimento produzido no direito privado e, igualmente, no direito civil¹³ veio a ser reaplicado nos demais ramos jurídicos, inclusive nos de direito público. A formação do conhecimento na área do direito privado e bem assim a sua transmissão estenderam-se às categorias e aos institutos de direito público. O pano de fundo para tanto consistiu na própria idade de formação do direito privado em relação ao direito público. De regra, o primeiro é mais antigo que o segundo, certo de que este se valeu, e ainda se vale, de noções conceituais já estabelecidas por aquele¹⁴, mormente por se cuidarem de noções lógico-jurídicas. Ora, pessoa

relevante para fins de incidência de determinadas obrigações previstas no ordenamento jurídico. É o caso da Lei n. 2.757, de 23 de abril de 1956, que diz ser obrigação fracionária dos condôminos aquela que tem origem em dívida trabalhista dos empregados do condomínio (porteiros, zeladores, faxineiros e serventes).

¹¹ Tem-se por dogmática, tendo em vista o contexto no qual ora se aplica, a compreensão, interpretação e aplicação do direito rente aos marcos delimitativos do ordenamento jurídico. É, grosso modo, o conhecimento do direito abstrato e repassado aos demais sem nenhum juízo reflexivo e/ou prático, na medida em que “questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita e são finitas.” (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 19).

¹² “Zetética vem de *zetein*, que significa perquirir, dogmática vem de *dokein*, que significa ensinar, doutrinar. [...] O zetético, ao contrário, desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida. Questões zetética têm uma função especulativa explícita e são infinitas. [...] A zetética é mais aberta, porque suas premissas são dispensáveis, isto é, podem ser substituídas, se os resultados não são bons, as questões que ela propõe podem até ficar sem resposta até que as condições de conhecimento sejam favoráveis.” (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito...*, pp. 19-20).

¹³ Ao cuidar do primado do direito civil no ordenamento jurídico brasileiro, Di Pietro destaca quatro razões pelas quais o referido ramo possui relevo dentro do mundo jurídico: (i) a própria idade, ou seja, quase 20 séculos de existência, (ii) ser o direito comum a todos os homens, na medida em que busca regulamentar situações jurídicas antes do nascimento, durante a vida e bem como após a morte da pessoa, (iii) a existência de parte geral do Código Civil, cujo conteúdo é o estabelecimento de uma teoria geral do direito, tendo em vista que os seus preceitos irradiam para os demais ramos jurídicos; (iv) o direito civil serve para inúmeras relações jurídicas das quais o Estado é parte, tais como contratos privados, empresas estatais etc. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Introdução: do direito privado na Administração Pública. Direito privado administrativo*. Organizadora Maria Sylvania Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 1-2).

¹⁴ “Já se disse, a respeito do século XIX, que houve uma transferência de métodos e modelos jurídicos do Pandectismo para o Direito Público e tal processo, como lembra Konrad Hesse, não é tão perceptível nas constituições e nas leis, e sim no pensamento dos juristas. As mudanças ocorreriam, é certo, após a Constituição de Weimar, embora com reservas de ordem prática consideráveis, as quais só viriam a ser verdadeiramente retiradas no julgamento do caso Lüth, o divisor de águas no processo de deslocamento de forças do Direito Privado para o Direito Público.

Essa “estrada para Damasco”, vista sob a óptica do Direito Público, só reforça a tese de que a metódica do Direito Civil serviu de molde e de inspiração para as demais áreas do Direito no século XIX e em grande parte do século XX.” (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 2).

natural é pessoa natural, tanto para o direito privado, como para o direito público. Não existe diferença ontológica. Outras noções conceituais foram transportadas do direito civil para o direito público, especialmente o direito administrativo. É o caso, por exemplo, da teoria das nulidades, da responsabilidade do Estado, da personalidade jurídica etc., cujas contribuições para o direito administrativo são extraídas do Código Civil.¹⁵

Esse modo de agir veio a denominar fuga para o direito privado ou privatização do direito público, no sentido de “transformação de institutos de Direito Público em homólogos de Direito Privado ou a transferência de matérias fortemente reguladas pelo Estado para âmbito da autonomia privada, como é o caso do Direito de Família.”¹⁶ Em sentido contrário, tem-se os influxos do direito público no direito privado, em especial na publicização do direito privado e no dirigismo contratual,¹⁷ o que inclusive veio a ensejar a desconstrução e, *a posteriori*, a reconstrução da autonomia privada, sobretudo dos limites do conteúdo contratual, ou seja, da liberdade contratual.

Não obstante a dicotomia entre direito privado e direito público, daí se extrai a recíproca influência dos ramos jurídicos, desenvolvendo um método de compreensão, apreensão e aplicação do fenômeno jurídico, que, não rara as vezes, acaba por ser portador de um denominador comum.

Criou-se, voltando-se aos princípios norteadores do regime jurídico administrativo (a indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público sobre o privado), o poder discricionário, por meio do qual a Administração Pública afere a conveniência e a oportunidade no seu conduzir. Então, ao conceder os títulos jurídicos de outorga de uso

¹⁵ SEABRA FAGUNDES, Miguel. Da contribuição do Código Civil para o direito administrativo. *Revista de direito administrativo*, v. 78, pp. 1-25, 1964, p. 1.

¹⁶ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo...*, p. 40.

¹⁷ Atribuem-se outros nomes a esse movimento de intervenção estatal na autonomia e vida privadas, tais como moralização, democratização e socialização do direito privado. (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo...*, pp. 42-43).

privativo¹⁸ de bem público por particular prepondera, como regra, a vontade estatal¹⁹, que possui posição de prevalência em relação ao particular. Inclusive ela pode vir a restringir a autonomia dos particulares em face das prerrogativas que lhe são conferidas.

Ora, a constitucionalização prospectiva do direito privado busca, ao fim e ao cabo, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que busca a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais. Resignificando as figuras jurídicas para concretizar o projeto de vida da pessoa, através da igualdade material, cidadania e dignidade.

Rente a reunião dessas ideias, neste trabalho visa a investigar se a constitucionalização prospectiva de institutos de direito privado é apta a influenciar as figuras jurídicas do direito público, perquirindo assim as suas consequências, pressupostos e limites. Em termos mais palpáveis, é investigar se a constitucionalização prospectiva do loteamento de acesso controlado de fato implica direito subjetivo à associação de moradores consistente na exigência de expedição de título de outorga de uso privativo de bens públicos em face da Administração Pública(?), a partir das consequências, dos pressupostos e dos limites a serem tracejados frente à dinamicidade dos fatos.

¹⁸ “Não existe, nem no direito brasileiro nem no direito estrangeiro, terminologia uniforme para designar as modalidades de uso privativo de bens públicos por particulares. A confusão terminológica existe na doutrina e no direito positivo e alcança também os títulos jurídicos de outorga, como se verá adiante (item 2.4). Isso, contudo, não pode constituir obstáculo aos doutrinadores para a sistematização da matéria.

Zanobini denomina o uso privativo de *uso excepcional*; Manuel Maria Diez e Rafael Bielsa falam em *uso especial*; Marcelo Caetano e Diogo Freitas do Amaral referem-se a *uso privativo*.

No direito brasileiro, José Cretella Júnior fala em *uso privativo*; Hely Lopes Meirelles emprega a expressão *uso especial*, definindo-o como ‘todo aquele que, por um título individual, a Administração atribui a determinada pessoa para fruir de um bem público com exclusividade, nas condições convencionadas’. E acrescenta que ‘é também *uso especial* aquele a que a Administração impõe restrições ou para o qual exige pagamento, bem como o que ela mesma faz de seus bens para execução dos serviços públicos, como é o caso dos edifícios, veículos e equipamentos utilizados por suas repartições’.

Alguns autores, porém, reservam a designação de *uso especial* para terceira modalidade de utilização de bens públicos por particulares. [...].

Além das divergências doutrinárias em torno de seu conceito, a expressão *uso especial* deve ser evitada para designar a utilização privativa, por ter, no direito positivo brasileiro, outro significado que decorre do artigo 99, II, do Código Civil, onde é empregada para qualificar os bens aplicados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias. Abrange, portanto, a utilização feita pela própria entidade pública em cuja dominialidade se integra o bem, e em consonância com a sua afetação.

Em razão disso, a denominação de *uso privativo* revela-se mais adequada para designar essa modalidade de utilização de domínio público por particular, além de que o vocábulo *privativo* tem sentido próprio do qual já deflui o traço de exclusividade que caracteriza o instituto.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 27-29).

¹⁹ A suposta busca pelo atendimento do interesse público vem a nortear os títulos de outorga de uso privativo dos bens públicos. Com isso, na autorização, permissão, concessão, concessão de direito real de uso, cessão de uso e outras formas de direito privado vige a discricionariedade administrativa em conceder ou não o título jurídico, enquanto na concessão de uso especial para fins de moradia, uma vez estabelecidos os requisitos estabelecidos na lei, a parte interessada terá direito subjetivo à outorga.

1.2.1 Do ineditismo

Com o intuito de demonstrar a ineditismo da tese, sobretudo da forma como se enfrenta o tema - um novo olhar sobre este -, procedeu-se à busca, seja *in loco*, seja virtualmente, de temas idênticos ao ora tratado.

A consulta de portais eletrônicos, como Google Acadêmico (<https://scholar.google.com.br/>), Google Livros (<https://books.google.com.br/>), Portal de Periódicos da Capes (<https://periodicos.capes.gov.br/>), Domínio Público (www.dominiopublico.gov.br), e bem assim no catálogo de teses e dissertações da Capes (<https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#/>), apresentara a temática submetida a investigação na área de conhecimento do direito, geografia, arquitetura e urbanismo, planejamento e tecnologia e engenharia civil.

O enfoque atribuído ao tema relaciona-se com a aferição da sua legalidade²⁰, com o rateio das despesas comuns²¹, com a privatização dos bens públicos ou segregação dos municípios²² ou ainda com aspectos dogmáticos, na medida em que buscam repassar pura e simplesmente o conhecimento a respeito do assunto.²³ Modificando o parâmetro de pesquisa, em vez de utilizar a expressão loteamento fechado, vale-se da expressão loteamento de acesso controlado²⁴, percebe-se que o objeto de investigação restringe-se ainda ao olhar que era atribuído anteriormente quando se denominava loteamento fechado.²⁵ Isto é, evidencia-se a

²⁰ Por exemplo: BENÍCIO, Hercules Alexandre da Costa. *A dinâmica relação entre autonomia e interdependência dos entes federados em matéria de ordenamento territorial urbano: a validade da regulação municipal de loteamentos fechados e de condomínios urbanísticos*. 2016. 228 f. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito. Universidade de Brasília: Brasília; CASTEJÓN, Fabio Simões. *A legalidade dos loteamentos fechados à luz do direito positivo*. 2005. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo; MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. *Apontamentos sobre a juridicidade dos “condomínios fechados” sob a ótica da função social da propriedade urbana*. 2014. 278 f. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais: Belo Horizonte; FREITAS, José Carlos. *Da legalidade dos loteamentos fechados*. <https://academia.irib.org.br/xmlui/handle/123456789/2162>, 2002. Acesso em: 25 de out. 2022.

²¹ VALESI, Raquel Helena. *O loteamento fechado e o rateio das despesas comuns*. 2006. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo; DE JESUS–BAHIA, Antônio. *Legalidade da cobrança de taxa de manutenção nos loteamentos fechados (“condomínios de fato”) em Santo Antônio de Jesus – Bahia*. A FACEMP, pp. 118-170.

²² HERNANDEZ, Isa Raquel Silva Ota. *A privatização dos espaços públicos nos loteamentos fechados em Uberlândia*. 2011. 188 f. Dissertação (Mestrado em Geografia). Universidade Federal de Uberlândia: Campus Santa Mônica; CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. Tradução de Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. 3. ed. São Paulo: Editora 34; Edusp, 2011.

²³ KERN, Marinho Dembinski. *Condomínio de lotes e loteamentos fechados*. São Paulo: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil - IRIB, 2019.

²⁴ Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979, com a redação atribuída pela Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017.

²⁵ CABRAL, Karoline Salves Monteiro. *Loteamentos de acesso controlado: proposta de protocolo municipal de governança*. 2020. 108 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito). Universidade Salvador - Unifacs; SCORZATO, Tatiana Galardo Amorim. *A Lei n. 13.465/2017 e a ordenação do solo urbano brasileiro: análise dos loteamentos de acesso controlado e dos condomínios de lotes*. 2018. 157 f. Dissertação (Mestrado em Ciência

questão da legalidade, aí se inclui a competência para legislar acerca do assunto, o estabelecimento de parâmetros mínimos para a sua caracterização, questão do rateio das despesas comuns ou a segregação dos municípios.

Isso posto, o olhar original sobre o tema (loteamento de acesso controlado) dá-se pela inserção da expressão “de fato”, a fim de demonstrar que o controle de acesso ao interior do aludido loteamento não decorre de instrumentos jurídicos, como a autorização, a permissão ou a concessão de uso, e sim por ato dos moradores. Assim, passa a tratar do tema loteamento de acesso de controlado de fato, aferindo, junto da dinamicidade dos anseios sociais, a sua constitucionalização.

E ainda seguindo à tentativa de demonstrar a originalidade e a novidade do tema (ineditismo, pois), investiga se a constitucionalização do instituto em questão enseja ou não influxos nos institutos e nas categorias do direito público, em especial nos títulos de outorga de uso privativo de bem público por particular (do discricionário ao vinculado).

Então o enfoque ora empreendido não reside na legalidade ou ilegalidade do loteamento de acesso controlado; ao contrário, parte-se da premissa de que se cuida de instituto cujos fundamentos se coadunam com o ordenamento jurídico. Se considerar o instituto como legal, a própria discussão a respeito das contribuições para o rateio das despesas em comum ganha contornos de acessoriedade, a não merecer tratamento neste trabalho, a não ser mediata ou indiretamente (apenas com o intuito de tecer críticas a respeito da forma como a matéria é cuidada pelos Tribunais e pelos operadores do direito).

Também não se volta, ao menos diretamente, o olhar para a questão da segregação da população, com o fechamento, seja de direito, seja de fato, do perímetro do loteamento. De igual modo, não se cuida da privatização de bens públicos no sentido de operar a transmutação da natureza do bem (de público a privado). O enfoque que se dá a temática é diverso até então dos ora demonstrados.

Em conclusão, diante do tema escolhido (loteamento de acesso controlado de fato, repita-se), o olhar que sobre ele recai consiste na aferição da sua constitucionalização prospectiva e, a partir de então, nos influxos que esta exercerá sobre as figuras jurídicas de direito público (outorga de títulos de uso privativo de bens públicos por particular), de modo a implicar ou não, nos pressupostos e limites investigados, direito subjetivo a tanto, em especial

Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí – Univali; CROMWELL, Adriana Carla Souza. *Os loteamentos urbanos de acesso controlado e seus impactos no uso de espaços públicos segregados, no município de Manaus*. 2018. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental). Universidade do Estado do Amazonas - UEA.

ao particular. Esse modo de enfrentar a temática parece, tendo em vista o atual estado de conhecimento, dar-se pela primeira vez.

1.3 DA OPERACIONALIZAÇÃO DO PROJETO

Tem-se como operacionalização os “procedimentos e passos que deverão ser adotados para verificar a hipótese, ou seja, para verificar em que medida as variáveis determinam a ocorrência e conformação do fenômeno. Especificar a operacionalização significa dizer o que é necessário fazer para se provar a hipótese.”²⁶

Com efeito, tendo em vista a necessidade de compreensão prévia do intérprete do fenômeno fático-jurídico, havendo ainda como pano de fundo a norma que irá se concretizar, opta-se por um problema concreto a resolver. É o que se denominará de caso paradigma ou padrão, na medida em que a tese que daí vier a brotar servirá de moldura para os demais casos de idêntico objeto, ou seja, para o porvir.

Assim, a investigação do objeto de pesquisa tem como ponto de partida um caso concreto, cujas razões pela escolha do aludido caso, e não de outro, serão adiante demonstradas. E se tem como pertinente a escolha, pois através da concretude fática tende-se a oxigenar a sociedade com novas ideias e debates. Não haverá o engessamento do ordenamento jurídico de outrora, quando nele havia a pretensão totalizante e exauriente. Com a adoção do caso concreto, entre este e o texto existirá certa comunicação, pois, junto à interpretação, vem os fatos. E, decerto, o direito está a serviço da vida, aproximando-se da realidade. Então, como método opta-se pelo fenomenológico-hermenêutico, na medida em que se permite esse esquadriñar interpretativo, sem que se atribua ao resultado deste o caráter de derradeira palavra/significado/sentido. Assim:

[...] o método fenomenológico, pelo qual se reconstrói o problema jurídico a partir de sua história institucional, para, ao final, permitir que ele apareça na sua verdadeira face. O Direito é um fenômeno que se mostra na sua concretude, mas sua compreensão somente se dá linguisticamente. Por isso, compreender o fenômeno jurídico significa compreendê-lo a partir de sua reconstrução. Não existem várias realidades; o que existe são diferentes visões sobre a realidade. Isto quer dizer que não existem apenas relatos ou narrativas sobre o Direito. Existem, sim, amplas possibilidades de dizê-lo de forma coerente e consistente. Assim, cada caso jurídico concreto pode ter diferentes interpretações. Mas isso não quer dizer que dele e sobre ele se possam fazer quaisquer interpretações. Fosse isso verdadeiro poder-se-ia dizer que Nietzsche tinha razão quando afirmou que ‘fatos não existem; o que existe são apenas interpretações’. Contrariamente a isso, pode-se contrapor que, na verdade, somente porque há fatos é

²⁶ GALUPPO, Marcelo Campos. *Da idéia à defesa: monografias e teses jurídicas*. 2. ed. atual. conforme as normas NBR 6.023:2003, NBR 6.034:2004, NBR 12.225:2004 e NBR 14.724:2005. Belo Horizonte: Mandamentos, pp. 111-112.

que existem interpretações. E estes fatos que compõem a concretude do caso podem – e devem – ser devidamente definidos e explicitados.²⁷

Como metodologia de procedimento, procederá, a despeito de ser pacífico nas demais ciências sociais não constituir pesquisa acadêmica (é etapa fundamental desta)²⁸, à análise da literatura, contextualizando as figuras jurídicas e, na medida do possível, realizando um estudo crítico que sobre elas recaía. O que nos conduz a uma metodologia de abordagem denominada teoria crítica da realidade (linha crítico-metodológica).

Ao fim, com o descasque do fenômeno fático-jurídico que lhe é posto a investigação, com revisitação dos institutos e das categorias jurídicas tendo como pano de fundo os referenciais teóricos abaixo referidos, pretende reconstruir o sentido do texto normativo, chegando à confirmação ou à refutação da hipótese. Este é o provável ponto de chegada.

1.4 DA MOTIVAÇÃO PELA ESCOLHA DOS REFERENCIAIS TEÓRICOS

Com a promulgação da Constituição de 1988, veio a reforçar no direito privado e, em especial, no Código Civil um olhar sobre o interesse social. Os institutos e as categorias do direito privado devem estar conectados com o texto e o contexto constitucional. Ao invés de voltar ao individualismo e ao patrimonialismo oitocentista até então dominantes, buscaram-se afetar os instrumentos jurídicos do direito privado a interesses transindividuais. O exercício do direito privado não era mais vocacionado a pura e simplesmente satisfação do interesse pessoal. Não era nem é mais egoístico. O seu exercício é voltado para a satisfação pessoal, porém com pitadas de observância de interesses sociais, coletivos.

Como produto desse modo de compreender, interpretar e aplicar as figuras jurídicas do direito privado e, a reboque, com a evolução social e o aumento da complexidade fática, têm-se movimentos jurídicos que enxergam os instrumentos do direito, sobretudo o privado, vocacionados à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual se busca a concretização da igualdade material, da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Grosso modo, pode-se dizer que consiste no ideário de que os institutos e as categorias de direito privado são meios para alcançar determinado fim, que, ao cabo, resume no projeto de vida da pessoa humana; no desenvolvimento de sua personalidade.

²⁷ STRECK, Lenio. Parecer. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/manifestacao-politica-juizes-nao-punida.pdf>. Acesso em 30 mai. 2023.

²⁸ CARVALHO, Salo de. *Como (não) se faz um trabalho de conclusão...*, p. 47.

Rente a esse modo de compreensão, é de se considerar que o direito acaba por ser reflexo da sociedade, ainda mais se considerar que ele se encontra mergulhado dentro de determinado contexto. E, nos dias atuais, não restam dúvidas de que o contexto é permeado pelos fundamentos e objetivos fundamentais da Constituição de 1988.

À luz desse horizonte trazido pela Constituição de 1988, leva-se em conta como referencial teórico a constitucionalização do direito privado, isso, dentre outras hipóteses, porque:

O direito civil sempre forneceu as categorias, os conceitos e classificações que serviram para a consolidação dos vários ramos do direito público, inclusive o constitucional, em virtude de sua mais antiga evolução (o constitucionalismo e os direitos públicos são mais recentes, não alcançando um décimo do tempo histórico do direito civil). Agora, ladeia os demais na mesma sujeição aos valores, princípios e normas consagrados na Constituição. Daí a necessidade que sentem os civilistas do manejo das categorias fundamentais da Constituição. Sem elas, a interpretação do Código e das leis civis desvia-se de seu correto significado.²⁹

Desconsiderar, sob a perspectiva da normatividade da Constituição de 1988, a influência que esta vem a exercer nas figuras do direito privado é menoscar os objetivos buscados na sociedade brasileira. Assim, essa forma de enxergar o fenômeno jurídico privado é apto a buscar, além das respectivas ressignificações, influências nos instrumentos de direito público. São as influências recíprocas do direito privado e do direito público.³⁰

Essa releitura dos institutos do direito privado³¹, não os considerando mais apenas sob a ótica formal-dogmática, é conduzida, em especial, pelos grupos de pesquisas instituídos na Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ, Universidade Federal de Alagoas - UFAL,

²⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de informação legislativa*, v. 141, pp. 99-109, 1999, p. 100.

³⁰ “Como resultado dessa ‘indústria de institutos jurídicos, o Direito Civil tem sido uma fonte contínua de soluções para o sistema de Direito Público. Na *Primeira Parte* da tese, ofereceu-se uma miríade de exemplos dessa influência privatística no sistema, como a *interpretação conforme* (aplicação da doutrina da conversão substancial) e as *teorias interna-externa* (decorrentes dos estudos sobre o abuso do direito e a função social da propriedade). Salientar tais influências externas não significam atribuir foros de superioridade de uma disciplina. Cuida-se apenas de desconstruir a ideia de que não é possível existir interferências recíprocas entre o Direito Civil e o Direito Constitucional e suas respectivas espécies normativas.” (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo...*, p. 347).

³¹ “O Direito Civil Constitucional é uma metodologia de estudo, de pesquisa e de aplicação do Direito Civil. Não há, portanto, que se falar em competição, a partir de uma visão distorcida, que contestadores apressados fazem do Direito Civil Constitucional. Segundo eles, o Direito Civil Constitucional teria deixado para trás toda a evolução do Direito Civil, bem como as categorias históricas e fundamentais que o singularizam. Na verdade, o Direito Civil Constitucional representa a ressignificação dessas categorias, desses conceitos fundamentais, criados ao longo de milênios, para atender a uma sociedade em mudanças e fazer com que o Direito Civil encontre sua vocação histórica, que é de ser um Direito de todo o povo, e não apenas de um segmento do povo.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Metodologia do direito civil constitucional. Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovisky; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceanne Bezerra de (coordenadores). Florianópolis: Conceito Editorial, pp. 19-27, 2014, p. 20).

Universidade Federal do Paraná - UFPR, Universidade Federal de Pernambuco - UFPE e Universidade de São Paulo - USP. Os líderes dos grupos de pesquisa são os professores Gustavo José Mendes Tepedino (UERJ), Paulo Luiz Netto Lôbo (UFPE e UFAL), Luiz Edson Fachin (UFPR) e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (USP). Em nível internacional, destacam os professores italianos Pietro Perlingieri e Stefano Rodotà. Todos esses autores buscando, por um meio ou outro, a criação do direito perante as necessidades concretas da pessoa e por construção duma sociedade igualitária, solidária e digna.

Como fio-condutor opta-se pela metodologia desenvolvida pelo professor Luiz Edson Fachin denominada constitucionalização prospectiva do direito, mas isso não representa a ausência de invocação dos demais autores, sobretudo naquilo em que houver a possibilidade de estabelecer diálogo entre eles. Essa releitura dos instrumentos jurídicos do direito privado representa, sem dúvidas, movimento bem sucedido no Estado brasileiro.

A fim de não transitar e até mesmo estacionar pelas supostas fragilidades atribuídas a constitucionalização do direito privado³², conduzirá a investigação tendo como pano de fundo a crítica hermenêutica do direito - CHD. Ao analisar o fenômeno jurídico rente à constitucionalização do direito privado, não é atribuir o sentido que quiser ao texto. Não é o sujeito decidir de acordo com a sua própria consciência, e sim revolver “o chão linguístico em que está assentada a tradição, reconstruindo a história institucional do fenômeno. É como se o fenômeno fosse ‘descascado’”.³³ Preserva, no que couber, o construído no passado, absorvendo os anseios e as necessidades sociais do presente, traçando um caminho para o futuro, permitindo-se uma resposta adequada à Constituição.³⁴ Evita, na mesma toada, o objetivismo e o subjetivismo, já que a resposta adequada não precede à pergunta. Por isso que Streck estabelece:

³² São, em suma, essas as objeções à constitucionalização do direito civil (aplicáveis, por este constituir ramo comum, ao direito privado): (i) aumento dos casos difíceis; (ii) a carência metodológica; (iii) a trivialização da dignidade humana; (iv) excesso de paternalismo estatal; (v) problema institucional (as determinações legislativas vinculam?); e (vi) a expansão dos limites do direito (por que separar o raciocínio jurídico do raciocínio moral?). (LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. Seis objeções ao direito civil constitucional. *Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS*, 2015).

³³ STRECK, Lenio. *Hermenêutica e jurisdição: diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 101.

³⁴ “O direito fundamental a uma resposta correta (constitucionalmente adequada à Constituição) não implica a elaboração sistêmica de respostas definitivas, porque isso provocaria um congelamento de sentidos. Respostas definitivas pressupõem o sequestro da temporalidade. E a hermenêutica praticada pela Crítica Hermenêutica do Direito é fundamentalmente dependente da temporalidade. O tempo é o nome do ser. Ou seja, a pretensão a respostas definitivas (ou verdades apodíticas) sequer teria condições de ser garantida. A decisão (reposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do Direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do Direito, a partir de uma detalhada fundamentação.” (STRECK, Lenio. *Hermenêutica e jurisdição ...*, p. 257).

Perguntas implica estabelecimento de critérios para encontrar respostas adequadas. O conjunto de critérios indagativos a serem feitos pode começar pela verificação, a contrário *sensu*, de quando o Poder Judiciário é obrigado a aplicar uma lei (ato normativo *lato sensu*). Assim, um juiz somente pode deixar de aplicar uma lei em seis hipóteses: (i) quando a lei for inconstitucional, ocasião em que deve ser aplicada a jurisdição constitucional difusa ou concentrada; (ii) quando estiver em face dos critérios de antinomias; (iii) quando estiver em face de uma interpretação conforme a Constituição; (iv) quando estiver em face de uma nulidade parcial com redução de texto; (v) quando estiver em face da inconstitucionalidade com redução de texto; (vi) quando estiver em face de uma regra que se confronte com um princípio constitucional, entendido este como um padrão, do modo como explicitado em *Verdade e Consenso* (2014b; 2017). Fora dessas hipóteses, o juiz tem a obrigação de aplicar, passando a ser um dever fundamental.

Do mesmo modo, em determinadas situações, o juiz deverá responder a três indagações fundamentais: se está diante de um direito fundamental com exigibilidade, se o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado, quer dizer, concedido às demais pessoas e se, para atender aquele Direito, está-se ou não fazendo uma transferência ilegal-inconstitucional de recursos, que fere a igualdade ou a isonomia. Com essas três perguntas será possível verificar se o ato judicial é ativista ou está apenas realizando, contingencialmente, a judicialização da política. Sendo uma das três perguntas respondida negativamente, estar-se-á, com razoável grau de certeza, em face de uma atitude ativista.

Na busca da resposta correta (adequada a Constituição), existem, ainda, os cinco princípios/padrões que são fundantes da decisão jurídica, que estão explicitados em *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica, Comentários a Constituição do Brasil* (Introdução – Princípios da Interpretação da Constituição) e *Verdade e Consenso*. São eles: (i) Princípio um: a preservação da autonomia do Direito; (ii) Princípio dois: o controle hermenêutico da interpretação constitucional - a superação da discricionariedade; (iii) Princípio três: o respeito à integridade e à coerência do Direito; (iv) Princípio quatro: o dever fundamental de justificar as decisões; (v) Princípio cinco: o direito fundamental a uma resposta adequada (STRECK, 2013, 2014b; 2017). Esses princípios se fundem com as seis hipóteses - explicitadas anteriormente - pelas quais o judiciário pode deixar de aplicar uma lei, na medida em que são intercambiáveis. Também ocorrerá a necessidade de se fazer as três perguntas fundamentais antes referidas, para filtrar e afastar atitudes/decisões de caráter ativista.³⁵ (grifo do autor)

Abstratamente, pode-se vislumbrar suposto sincretismo de referenciais teóricos, na medida em que Fachin adota a ponderação como instrumento para resolver conflito no qual exista colisão de princípios, concepção essa afastada pelo Streck em face do repúdio à discricionariedade judicial. Com o escopo de afastar essa mixagem indevida, é de se considerar, para fins deste trabalho, princípios como aptos ao fechamento interpretativo, tendo em vista que “são normas e têm um sentido deontológico [...] que introduzem o mundo prático no direito...”³⁶ Frota, ao tratar da “interpretação do direito privado: o direito civil constitucional prospectivo em diálogo com a crítica hermenêutica do direito”, chega-se à seguinte conclusão:

Como exposto neste texto, existe possibilidade de diálogo entre o DCCP e a CHD, ajustando-se a ideia de princípio do DCCP como padrão de comportamento deontológico e não como mandado de otimização, a permitir que a ressignificação dos institutos jurídicos presente na vertente prospectiva se realize sem riscos de

³⁵ STRECK, Lenio. *Hermenêutica e jurisdição* ..., p. 259.

³⁶ STRECK, Leni. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. 4. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021, p. 168.

arbitrariedades ou de subjetivismos no momento de efetivação de uma resposta adequada ao caso concreto. Isso porque ambas as construções, embora com algumas diferenças, se amparam no “paradigma da intersubjetividade, a necessidade do outro para compreender o mundo, impede-se de nos bastarmos (exclusivamente) em nós mesmos. De mesmo modo, o direito deveria ser experienciado como um empreendimento coletivo”.³⁷

É de se acrescentar que a opção pelo referencial da constitucionalização prospectiva do direito privado, a despeito de os demais ramos jurídicos também serem constitucionalizados, inclusive os de direito público, deu-se pelo fato de partir da premissa de que o fenômeno jurídico (no caso outorga administrativa de uso privativo de bem público) será revolvido, assegurando, sobretudo, a história institucional do que veio a se intitular discricionariedade administrativa, a fim de verificar se ainda permanece o contexto no qual se constituíra tal discricionariedade ou a necessidade de reler a referida categoria rente ao atual ambiente. Noutros termos e de modo simplificado, esse instituto de direito administrativo formou-se provavelmente com esboço na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, bem como na indisponibilidade do interesse público, será que o interesse privado de outrora é idêntico ao atual para manter a aludida supremacia, sem considerar a intersubjetividade e a constitucionalização do interesse privado?

Portanto, esses aportes teóricos darão ensejo à construção de uma resposta constitucionalmente adequada à inquietação jurídica proposta, na medida em que colabora para uma (re)interpretação constitucional das figuras jurídicas ora em tratamento sob a perspectiva da alteridade.

1.5 PALAVRAS JURÍDICAS: MULTIPLICIDADES CONCEITUAIS FACE À FORMA TEXTUAL ABERTA

Neste trabalho, ao invocar palavras/categorias jurídicas que pressupõem abstratamente mais de um significado (pluralidade de significados), atribuir-lhe-á o significado concreto, isto é, o sentido obtido face às circunstâncias fáticas e teóricas nas quais elas se encontram inseridas. Assim, toda palavra/categoria avaliatória, cuja forma textual seja aberta, será, de antemão, densificada rente ao caso concreto, atribuindo-lhe sentido, na medida em que este é “o significado adicionado do contexto do uso da palavra.”³⁸

³⁷ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Interpretação do Direito Privado: o Direito Civil Constitucional prospectivo em diálogo com a Crítica Hermenêutica do Direito...*, pp. 309-329, 2019, p. 326.

³⁸ SGARBI, Adrian. *Introdução à teoria do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 31.

Isso porque o agir do operador jurídico, frente ao tensionamento permanente de interesses sociais, não se torna possível, tampouco aconselhável, se valer exclusivamente do método de subsunção, pelo qual o caso concreto se enquadra no texto jurídico como simples ato de automatismo. Diga-se que “o silogismo, como operação puramente racional, lógico-dedutiva, não apresenta sensibilidade, é calculista, matemático, impróprio como instrumento a ser empregado em julgamento.”³⁹, o que pode implicar resultado indesejado à luz do Estado Democrático de Direito.

Pode-se dizer que “há, na cultura jurídica, uma certa idéia sobre a aplicação do direito: aplicar normas é adequar, subsumir fatos dados a elas, de forma quase que mecânica ou matemática, no pressuposto de que os textos normativos possuam sentidos objetivos.”⁴⁰, concepção essa que não pode ser transportada para categorias/palavras jurídicas avaliatórias, na medida em que o seu sentido é obtido do contexto no qual ela se encontra imersa.

Em face disso, por questão de linguagem, sobretudo a respeito de palavras jurídicas com textura maleável/aberta, apresentará a sua apreensão conceitual concreta, a fim de operacionalizar o objeto de pesquisa rente a essa referência e fixar o alcance da norma jurídica trabalhada. O que ocorrerá, por exemplo, com direito subjetivo, discricionariedade, boa-fé objetiva, funcionalização do direito etc., tendo em vista que o direito é construído, destruído e reconstruído pela força constitutiva advinda da realidade social.

1.6 DO CASO CONCRETO/PARADIGMÁTICO

O direito é construído, destruído e reconstruído rente às peculiaridades do caso concreto. Ele floresce diante do problema e para a sua resolução. Embora adotemos, como regra, o sistema da *civil law*, impossível o legislador prever todas as situações fáticas viáveis de regulamentação. Já se dizia que, entre o preto e o branco, há ao menos cinquenta tons de cinza. As peculiaridades do caso concreto são aptas a criar uma resposta constitucionalmente adequada e, na mesma toada, essa resposta vem a servir de replique aos casos cujo pano de fundo seja idêntico ou similar ao ora retratado. É reaplicar ao porvir. O que se procura é evitar que, a partir de determinado entendimento doutrinário ou jurisprudencial⁴¹, seja ele reproduzido acriticamente ou destoante com o seu contexto histórico, social ou econômico fundante.

³⁹ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 40 ed, rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 223.

⁴⁰ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 31.

⁴¹ Faz-se remissão ao termo jurisprudência neste trabalho com o sentido coloquial de decisão de caso padrão que sirva para o julgamento de casos similares. Sirva para o porvir, já que “Se pensarmos em jurisprudência, por

À vista disso, o direito será relido (ou estudado) a partir de problemas, o que parece ser retratado no caso a ser descrito. Não raras as vezes, esse caso demonstra a situação da titularidade proprietária no Estado brasileiro, sobretudo o constante tensionamento entre a realidade fática e o ordenamento jurídico posto.

Dessa forma, em 17 de maio de 2005 o titular proprietário Novo Norte Empreendimentos Imobiliários Ltda. prenotou⁴² requerimento de registro de loteamento denominando-o de Residencial Porto Seguro (matrícula⁴³ n. 15.462 do Registro de Imóveis de Inhumas), acostando aos autos os documentos exigidos pela Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979, restando ao final o registro de 144 (cento e quarenta e quatro lotes), 1 (uma) área pública, 3 (três) áreas verdes e 8 (oito) ruas que compõem o sistema viário. O registro veio a se concretizar, após o devido trâmite, em 22 de junho de 2005.

Em ato contínuo, ao implementar as obras de infraestrutura do loteamento, o titular proprietário veio a cercar parte do sistema viário e uma das áreas verdes, de modo a controlar o acesso de pessoas ao interior dos lotes ali existentes. O cercamento veio a abranger seis ruas (da PS3 à PS8), deixando no seu bojo originariamente 103 (cento e três) lotes, os quais foram alienados sob essa perspectiva de controle, recebendo o nome de Condomínio Porto Seguro.

Com o intuito de demonstrar a especificidade desse caso, ora considerado como paradigma, extraem as seguintes peculiaridades: (i) o cercamento de fato de parte do sistema viário e da área verde operou-se, ao menos, desde junho de 2005 e permanece até os dias atuais

exemplo, nos termos dos precedentes da *Common Law*, não faria sentido utilizar esta forma de adjetivação. Um precedente existe ou não existe, ou seja, ou há um caso que serve de norte para a solução de casos semelhantes a ele ou não há. O mesmo se poderia dizer se houver um padrão decisório praticado por um determinado tribunal em relação a casos semelhantes. Nestas duas hipóteses, qual seria a necessidade de falar e citar a ‘jurisprudência’ de forma ‘torrencial’, ‘copiosa’ ou dizer que ela é ‘pacífica’? Bastaria fazer referência ao caso ou ao padrão interpretativo para solucionar a questão.” (RODRIGUES, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 60). Em decorrência disso, é possível destacar que inexistente no ordenamento jurídico brasileiro jurisprudência tal como se dá, por exemplo, no sistema anglo-saxônico (inglês e americano), tendo em vista que “os operadores do Direito no Brasil, em vez de agrupar as decisões sobre determinado assunto para, da análise dos julgados, apontarem a jurisprudência, invertem a lógica. Primeiro, propõem um entendimento e, posteriormente, coletam decisões que comprovem seu entendimento.” (CANÁRIO, Pedro; VASCONCELLOS, Marcos. *Crítico da jurisprudência, Fachin tem a chance de transformá-la*. Consultor Jurídico - Conjur, 2015. <https://www.conjur.com.br/2015-abr-17/critico-jurisprudencia-fachin-chance-transforma-la>. Acesso em 25 de mai. 2023).

⁴² “A prenotação do título é o marco inicial do processo registral, que se exaure, em regra, com a inscrição definitiva. A prenotação, ao fixar a prioridade de registro tabular, ‘confere um direito posicional indicativo de preferência’, manifestando uma função cautelar e preparatória no registro imobiliário. O termo ‘prioridade’, em âmbito registral, remete à expressão ‘prior in tempore, potior in iure’, que significa ‘o primeiro no tempo é o de melhor direito’. Essa prioridade é determinada pelo protocolo - também designado prenotação - que tem por efeito justamente impedir o registro de outro título contraditório apresentado, posteriormente, ao fôlio real.” (KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Ferrari. *Dicionário notarial e registral*. 1. ed. São Paulo: YK Editora, 2022, p. 154).

⁴³ “Inaugurada pela Lei n. 6.015/1973, a matrícula corresponde ao suporte físico, no qual constam - de forma concentrada e cronológica - todos os registros e averbações relevantes para o status jurídico-real do imóvel a que se refere.” (KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Ferrari. *Dicionário notarial e registral...*, p. 128)

(2022), o que demonstra o transcurso de mais de 17 (dezesete) anos; (ii) desde a aprovação⁴⁴ do loteamento em questão até os dias atuais, o município de Inhumas transitou por 9 (nove) administrações diversas, incluindo duas interinidades⁴⁵, sem que houvesse oposição ao aludido cercamento; (iii) não houve meios judiciais nem extrajudiciais de impugnação a tal cercamento, seja por parte do cidadão, seja por parte do órgão de execução do Ministério Público; (iv) a segurança pessoal e patrimonial dos seus moradores é por eles mantida através da contratação de sociedade empresária de segurança privada; (v) a limpeza do sistema viário sempre ficou a cargo dos moradores; (vi) a coleta e o transporte até certo ponto dos resíduos domésticos também é de responsabilidade destes; (vii) a implementação de parte do sistema de saneamento básico, tais como a implementação do esgoto e a coleta das águas pluviais, ocorrera por iniciativa dos moradores; (viii) a manutenção do sistema de iluminação interno está a cargo dos moradores; (ix) a revitalização da área verde é de responsabilidade destes; (x) o novo asfaltamento deu-se mediante recursos dos titulares proprietários.

Essas peculiaridades demonstram a dificuldade de se proceder ao enquadramento dos fatos às figuras jurídicas preconcebidas. Elas demandam, no mínimo, às respectivas releituras, na medida em que o direito está a labor da vida.

Por isso que se inquieta com a invocação pura e simples das características dos bens públicos ao sistema viário, rente ao fato de o artigo 22 da Lei n. 6.766/79 transferir, *ex vi legis*, a titularidade do bem de privado para público com o registro do loteamento, mas que nunca existiu a real afetação aos interesses do Poder Público. É de se por em xeque a classificação dos bens públicos ou até mesmo a noção conceitual que vem a ser reiteradamente dita? E também é de se questionar a ausência de oposição a tal fechamento de fato, sobretudo pelo fato de existirem governos com ideários⁴⁶ diferentes no período em que ele se mantém fechado, traz ou não segurança jurídica. Pode-se ainda questionar se a categoria de moradia digna traz consigo a infraestrutura mínima e segurança patrimonial e pessoal ou são instrumentos jurídicos necessariamente cindíveis.

Portanto, essas peculiaridades extraídas do caso paradigma, que certamente são repetidas no Estado brasileiro, seja pela sua dimensão, seja pela sua própria ineficácia, servem de premissas fáticas para, a partir da constitucionalização do direito, proceder à revisitação de

⁴⁴ Decreto municipal n. 155, de 29 de novembro de 2004, que autoriza a expedição de alvará de aprovação de loteamento.

⁴⁵ <https://pt.wikipedia.org/wiki/Inhumas>. Acesso em 15 nov. 2022.

⁴⁶ A título de exemplo o prefeito Dioji Ikeda (2013 a 2015) veio a perder a eleição para a oposição encabeçada por Aberlardo Vaz Filho (https://sig.tse.jus.br/ords/dwapr/seai/r/sig-eleicao-resultados/resultado-da-elei%C3%A7%C3%A3o?p0_municipio=INHUMAS&session=106711743600013). Acesso em 15 de nov. 2022).

instrumentos jurídicos existentes no ordenamento brasileiro, sobretudo àqueles que fundam na suposta supremacia do interesse público sobre o privado.

1.6.1 Do termo de permissão de uso de bem público: possível variável?

Retornando ao problema: a constitucionalização prospectiva do loteamento de acesso controlado de fato implica direito subjetivo à associação de moradores consistente na exigência de expedição de título de outorga de uso privativo de bens públicos em face da Administração Pública(?), a partir das consequências, dos pressupostos e dos limites a serem tracejados frente à dinamicidade dos fatos.

Em 5 de agosto de 2022, o município de Inhumas veio a outorgar termo de permissão⁴⁷ de uso gratuito e precário da área pública municipal (APM-03) e das vias públicas internas (PS3 a PS8), com sucedâneo na Lei nacional n. 13.465, de 11 de julho de 2017, regulamentada pelo Decreto n. 9.310, de 15 de março de 2018, e Lei municipal n. 3.298, de 6 de dezembro de 2021⁴⁸, pois, nos seus dizeres, o loteamento de acesso controlado do Condomínio Porto Seguro foi implantado irregularmente.

Essa possível interferência no objeto de pesquisa, qual seja, a modificação da qualificação de loteamento de acesso controlado de fato (ou irregular na terminologia municipal) para loteamento de acesso controlado de direito (ou regular), não consiste em óbice para a confirmação ou não da hipótese com a qual trabalha, eis que não envolve a sua essência, isto é, o direito subjetivo à outorga de uso privativo de bens públicos, suas consequências, pressupostos e limites. O título outorgado é precário frente à análise da conveniência e oportunidade da Administração Pública, e não é esse o objetivo principal da pesquisa em linhas gerais.

⁴⁷ Como esclarecimento e à linha do que já vinha sendo feito pelos seus moradores, veio o município a traçar como obrigações do permissionário: a) manutenção de arborização e jardinagem, com a respectiva poda quando necessário; b) manutenção das vias de circulação, áreas verdes e de lazer correspondentes à concessão; c) manutenção das rampas de acessibilidade, guias e sarjetas e calçadas internas e externas; d) remoção do lixo interno e resíduos sólidos em geral, de acordo com as normas dos órgãos municipais, para entrega ao serviço de limpeza pública nos locais indicados pelo Poder Público; e) manutenção da rede de iluminação pública interna; f) execução dos serviços de segurança dentro dos limites do condomínio; g) implantação e manutenção da sinalização viária e informativa nos limites do condomínio; h) manutenção da rede de água e esgoto; i) acesso livre para os órgãos de fiscalização municipal, estadual e federal; j) permitir acesso a pedestres ou a condutores de veículos, não residentes, devidamente identificados ou cadastrados; outros serviços que se fizerem necessários, conforme se extrai da cláusula sexta do referido termo de permissão.

⁴⁸ <https://inhumas.go.gov.br/wp-content/uploads/2021/12/3-LEI-N-3.298-Dispoe-sobre-Regularizacao-Fundiar-Urbana-de-Interesse-Social-e-de-Interesse-Especifico.pdf>. Acesso em 15 de nov. 2022.

Pode-se dizer que, se houver ou se houve a constitucionalização prospectiva do loteamento de acesso controlado de fato e a hipótese for confirmada, é a demonstração de que o agir do município não corresponde com o resultado da investigação. É, grosso modo, agir distinto.

Conclui-se, então, que a ocorrência dessa circunstância, qual seja, outorga precária após o transcurso de 17 (dezesete) anos de fechamento de fato, não implica perda da essência do objeto de investigação, sobretudo pelo fato de a outorga como direito subjetivo ser ontologicamente distinta da outorga precária. Pode-se, ao contrário, ser um elemento para comprovar ou não à hipótese de trabalho, além de servir a outras situações idênticas ou similares. É o porvir.

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO PROSPECTIVA DO DIREITO

O objetivo deste capítulo consiste na investigação do lócus referencial ora adotado e, como consequência, o estabelecimento de limites e pressupostos a sua adequada compreensão. Na atualidade, são demonstrados vários caminhos para apresentar o que se entende por constitucionalização do direito, o que, não raras vezes, implica sincretismos conceituais e conduz o intérprete a certa dose de subjetivismo.

Para efeito desta tese, adota-se, pois, a constitucionalização prospectiva do direito⁴⁹ levada a efeito e ao cabo por Fachin⁵⁰. Contudo, não se descure, à medida que convergir para a confirmação ou não da hipótese de investigação, de trazer a esclarecimento noções do referencial em questão levantadas pela doutrina e pelas decisões judiciais, traçando, na medida do possível, o elo fático e jurídico que se estabelece entre as ideias desse lugar de fala.

Desse modo, ao perquirir a constitucionalização do direito, sobretudo a que sirva de bússola ao porvir, procura trazer ao leitor os limites e os pressupostos à formulação de uma adequada - e portanto constitucional - resposta à inquietação inicialmente formulada. Consiste, assim, no estabelecimento de premissas norteadoras da aplicação da aludida teoria.

2.1 ESCORÇO HISTÓRICO

É complicado e, certamente, difícil descrever aspectos históricos acerca de determinado fenômeno, especialmente quando isso não advém de historiador. Não obstante tal colocação, assim se fará pelo fato de ser recomendável contextualizar o conhecimento clássico-tradicional para compreender o saber contemporâneo, de sorte a demonstrar o caminho trilhado. É esta a convergência entre este subtópico e a pretensa resposta à inquietação jurídica formulada, isso porque “para conhecer a situação atual de um sistema jurídico, ainda que em suas grandes linhas, é necessário ter uma idéia de seu desenvolvimento histórico, das influências que lhe marcaram as soluções no curso dos tempos.”⁵¹

⁴⁹ A despeito de as referências bibliográficas fazerem remissão à constitucionalização do direito civil, é sabido que as premissas desta são extensíveis ao direito privado, especialmente pelo fato de o ramo jurídico em questão ser o centro irradiador de efeitos aos demais ramos privados, tais como o direito do consumidor e o direito do trabalho.

⁵⁰ FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988. ___ *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. ___ *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2021. ___ *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

⁵¹ SILVA, Clóvis Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão do futuro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: v. 25, n. 97, p. 163 (jan./mar. 1988).

Noutros dizeres, para reconstruir o saber jurídico, é preciso, de antemão, compreendê-lo e, quiçá, destruí-lo, para chegar ao estado ora vigente. É o que se deu, que se dá e que se dará com a constitucionalização prospectiva do direito. Revê o passado, vive o presente e estabelece as linhas do futuro, de acordo com os anseios e as modificações sociais. Caracteriza-se por ser uma teoria em constante transformação e, assim, não enclausurada em saberes prontos e acabados.

O direito civil, e a mesma ideia aplica-se ao direito privado, erigiu-se como o centro do ordenamento jurídico. Era considerado um saber exauriente e hermético. Procurava esmiuçadamente traçar o caminho da pessoa natural desde o nascimento até após a morte. Tencionava regular todos os aspectos sociais. Não era à toa que o Código Civil francês de 1.804 (Código de Napoleão) era considerado o impulso inicial da era moderna do direito, servindo de ponto de partida para codificações de outros países.⁵²

O primeiro Código Civil brasileiro, produto, ao menos na ideologia predominante (liberalismo), do Código de Napoleão⁵³, era para onde convergia toda interpretação do direito privado. Assim, “adotado o Código como fonte única de Direito Civil, os autores construía toda a sua interpretação em torno de seus dispositivos, erigindo o mito do legislador todo poderoso, e a mística de sua vontade onisciente e onipresente.”⁵⁴ Tecnicamente, era tido como Código louvável, mas descurava da premissa de que o direito é produto cultural, portanto, vivo, não podendo restar engessado em dispositivos fechados, tidos como exaurientes.

Com a ideia de estabelecer noções conceituais prévias, abstratas e tidas completas, sobretudo lastreada no pensamento racional como fonte de conhecimento, dizia-se que:

O racionalismo jurídico está, assim, na própria base do Estado moderno, e suas manifestações intelectivas, como a construção de conceitos e dos sistemas, são expressões do predomínio de uma nova classe, a burguesia racionalista e calculadora, que vê como possível uma igualdade material de direitos, por meio da generalidade e da abstração das normas jurídicas, generalidade no sentido da indeterminação dos sujeitos, e abstração como universalidade dos casos a que se aplica a lei, atributos esses decorrentes do princípio da igualdade formal do modelo jurídico do liberalismo. O racionalismo marca, assim, a ciência jurídica moderna, cuja nota específica e a

⁵² FONSECA, Antônio Cezar Lima da. O Código Civil francês, origens e sistemas. In: MENDES, Gilmar Mendes. STOCO, Rui. [Org]. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais: direito civil, parte geral, v. 2, pp. 811-823, p. 811).

⁵³ Amaral diz que “esse Código é produto de sua época, com formação eclética e influência do Direito Francês e da técnica do Código Alemão. Feito por homens identificados com a ideologia dominante, representa o sistema normativo de um capitalismo colonial no campo das relações civis.” (AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. In: MENDES, Gilmar Mendes. STOCO, Rui. [Org]. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais: direito civil, parte geral, v. 2, pp. 995-1011, p. 1003).

⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código napoleão. In: MENDES, Gilmar Mendes. STOCO, Rui. [Org]. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais: direito civil, parte geral, v. 2, pp. 837-848, p. 843).

exatidão. Sua realização máxima são os códigos e as constituições: razão, direito e política. O pensamento sistemático invade a ordem jurídica.⁵⁵

Embora produto apto a divulgar e a transmitir o conhecimento jurídico, o referido Código traz a reboque o aprisionamento do direito em suas estruturas formais e abstratas. Não existem pontos de oxigenação no seu âmbito. Ele é hermético, sobretudo por lastrear numa lógica puramente dedutiva e numa cognição ampla e exauriente.

O Código de então era individualista e com nítido caráter patrimonial, acrescente-se. A pessoa, tendo em vista a igualdade formal, era considerada no seu aspecto abstrato. As suas particularidades, de regra, não eram levadas em consideração. “Numa oração, garantias abstratas, teóricas, expostas sob suposta neutralidade, enfim, conceitualismo puro e simples.”⁵⁶ Ao estabelecer noções gerais e abstratas, houve o seccionamento entre o direito e a realidade, descurando do fato de que o direito está a serviço da vida.⁵⁷ Talvez esse pensar fosse adequado para o início da codificação, mas não sobreviveria aos anseios e às modificações sociais.

A instituição família, como exemplo, recebera no Código Civil de 1916 contornos de ser apenas a que decorresse do casamento (forma singular de família). Só era tida como família a casamentária e, além disso, casamento esse que fosse entre homem e mulher. O homem era considerado o condutor familiar, isto é, o chefe da família. No Código em questão inexistia fresta para aspirar desejos brotados com a evolução da sociedade. Família era a derivada do casamento e ponto. Discussão e diálogo com o outro ou consideração por este acabadas de pronto, já que a noção conceitual de família se encontrava pronta e acabada.⁵⁸

A odiosa adjetivação de filhos bastardos, adulterinos, incestuosos etc. consiste no resultado do referido Código Civil rente à proteção exclusiva dos filhos gerados na constância do casamento. No campo do direito das famílias brota situações em que o Código Civil de 1916 encontrava-se preocupado com o que vem a ser determinado instituto ou categoria jurídica, porém se mantinha distante do para que serve estes. Ele era bem técnico, na medida em que se preocupava com o que é, porém destituído de justeza a não se preocupar com o que para serve. Bem estruturado, mas pouco ou nada funcionalizado.

Esse domínio do que é em relação ao para que serve resta evidente em várias partes do revogado Código. Em sua parte geral, o negócio jurídico era nulo de modo a inexistir, de regra,

⁵⁵ AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. In: MENDES, Gilmar Mendes. STOCO, Rui. [Org]. *Direito civil...*, p. 999).

⁵⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil...*, p. 17.

⁵⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil...*, p. 26.

⁵⁸ É de se ressaltar que “a família transcende a sua própria historicidade, pois suas formas de constituição são variáveis de acordo com o seu momento histórico, social e geográfico.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões*: ilustrado. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 319).

a possibilidade de extrair a mínima carga eficaz ainda que de acordo com o contexto no qual ele se encontrava inserido. Os atributos da titularidade proprietária eram noções fechadas, acabadas, não recebendo os influxos sociais. Os institutos protetivos, tais como a tutela e a curatela, eram voltados mais à proteção do patrimônio do que do vulnerável. No campo das sucessões, não se reconhecia direitos sucessórios dos companheiros, na medida em que a união estável não era tida como entidade familiar. E são inúmeras situações que retratam o quanto o revogado Código era hermético.

O modelo de legislar levado a efeito no Século XIX recebia o colorido de generalidade e abstração. A pessoa era abstrata. O método era lógico-dedutivo. A realidade de então era enclausurada em esquemas jurídico-formais.⁵⁹ Esse color advinha da ideologia predominante à época. O Iluminismo dotava de cores o elaborar do direito, sobretudo quando considerava o homem como sujeito livre, igual e apto a adquirir titularidades. É racionalização da vida, conduzindo “ao desenvolvimento da ciência jurídica, com seus conceitos abstratos, suas operações lógicas e o caráter sistemático de ordem jurídica.”⁶⁰

Pode-se dizer:

O Código Civil de 1916 era um código de sua época, elaborado a partir da realidade típica de uma sociedade colonial, traduzindo uma visão do mundo condicionado pelas circunstâncias histórica, física e étnica em que se revela. Sendo a cristalização axiológica das ideias dominantes no seu tempo, principalmente nas classes superiores, reflete as concepções filosóficas dessas classes, detentoras do poder político e social da época, por sua vez determinadas, ou condicionadas, pelos fatores econômicos, políticos e sociais.

Era um código conciso, com apenas 1.807 artigos, número bem inferior do francês de 1804 (2.281), ao do alemão de 1896 (2.383), ao do italiano de 1865, ao do português de 1867 (2.334). Tecnicamente, um dos mais perfeitos, quer na sua estrutura dogmática, quer na sua redação, esmerada, segura, precisa.

Do ponto de vista ideológico, consagrava os princípios do liberalismo, defendido por uma classe média conservadora que absorvia tradições já existentes entre a burguesia mercantil, defensora da mais ampla liberdade de ação, e a burguesia agrária, receosa dos efeitos desse liberalismo. Individualista por natureza, garantiu o direito de propriedade característico da estrutura político-social do país e assegurou ampla liberdade contratual, na forma mais pura do liberalismo econômico.

[...]

O Código Civil de 1916 era, assim, produto da sua época e das forças sociais imperantes no meio em que surgiu. Feito por homens identificados com a ideologia dominante, traduzia o sistema normativo de um regime capitalista colonial.⁶¹

⁵⁹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional...*, p. 137.

⁶⁰ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 10 ed. revista e modificada. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 214.

⁶¹ AMARAL, Francisco. *Direito civil...*, p. 226-227.

O citado Código era um diploma do seu tempo, já dizia França,⁶² tempo esse que veio a refletir os interesses do capitalismo de produção.⁶³ E, de certa forma, atingiu o desenvolvimento pretendido na sociedade brasileira, sobretudo sob os auspícios da outrora denominada autonomia da vontade, que acabava, ao fim e ao cabo, por restringir a liberdade do outro quando o Estado não impusesse limites ao seu exercício. Realçava as titularidades e os negócios jurídicos.

E esse pano de fundo não sobreviveu no decorrer do tempo. À medida que a sociedade evolui, a complexidade surge, os interesses contrapostos brotam e os conflitos clamam por soluções adequadas ao contexto social, político, jurídico e econômico. O direito deve-se adequar a este, e não o contrário.

O individualismo e o patrimonialismo ideários da codificação oitocentista acabaram, adiante, por vir de encontro aos movimentos sociais, econômicos e políticos, que buscavam, ao cabo, melhores condições de vida na sociedade. O produto dessas manifestações exterioriza-se, por exemplo, com as promulgações das Constituições sociais do México (1917) e de Weimar (1919), as quais vieram a incorporar direitos sociais e trabalhistas no seu bojo. Por consequência, o Código deve ou deveria adequar às modificações sociais, sob pena de ser apontado como ineficaz.

Da “não intervenção do Estado no âmbito privado, a fim de que o indivíduo possa valer-se de todas as possibilidades para realizar suas conquistas pessoais.”⁶⁴ à ingerência estatal com o intuito de assegurar liberdade e titularidade àqueles que não conseguiriam tais bens sem intervenção de terceiros. Nas palavras de Soares “houve a mudança de paradigmas: do Estado liberal (marcado pela ideia de limitação ao poder) para o constitucionalismo social (caracterizado pela participação no poder).”⁶⁵

Como se percebe, a ideia que permeava o Código Civil de 1916 começava a ruir no limiar do Século XX. O liberalismo voltava-se à igualdade formal, de sorte a obstar, de regra, a intervenção estatal, inclusive nas relações em que houvesse menoscabo aos direitos das minorias. Agregue-se, ainda, que objetivava englobar todas as situações fático-jurídicas num único documento e de modo abstrato, adotando a fórmula da subsunção. O Código era

⁶² FRANÇA, Rubens Limongi. O código civil brasileiro. In: MENDES, Gilmar Mendes. STOCO, Rui. [Org]. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais: direito civil, parte geral, v. 2, pp. 1237-1249, p. 1247).

⁶³ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 31.

⁶⁴ SOARES, Mário Lúcio Quintão Soares. *Teoria do estado: novos paradigmas em face da globalização*. 5. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 163.

⁶⁵ SOARES, Mário Lúcio Quintão Soares. *Teoria do estado...*, p. 171.

hermético, sem frestas para receber a oxigenação advinda dos anseios e das modificações sociais da sociedade cada vez mais plural e complexa.

Percebeu-se que

O individualismo liberal desprezou a antiga tradição, que vinha da ética social de Aristóteles, da equivalência material das prestações, para o que contribuíram a ética da liberdade e da responsabilidade de Kant e Savigny, a recusa do liberalismo em relação a uma relativização das obrigações assumidas pelas alterações de valor verificadas no mercado, e a expectativa da previsibilidade da evolução da economia. No Estado social houve o alargamento da responsabilidade solidária das partes e da competência do juiz para revisão dos negócios jurídicos, em razão da mutação funcional do ordenamento normativo numa sociedade dominada pela solidariedade social. As três características básicas dessa mudança são: a) a relativização dos direitos privados pela sua função social; b) a vinculação ético-social desses direitos; e c) o recuo do formalismo do sistema de direito privado clássico do século XIX.⁶⁶

Vê-se que o fechamento das regras inseridas no aludido Código, com a pretensa completude, não era apto ao atendimento dos desejos sociais. Os componentes da sociedade são munidos de interesses diversos, não raras as vezes conflitantes. Novos interesses surgem, os quais não estão protegidos pelo Código em questão. Os modos de viver são diversos. A forma de enxergar o meio é variável entre os indivíduos. Esse contexto implica pluralidade e complexidade social. O Código fora formatado para atender determinado tipo de sociedade, não possibilitando aberturas normativas para atender ao porvir.

A reboque, as normas inseridas nas Constituições da época eram destituídas de eficácia. Eram meras exortações ao legislador infraconstitucional. Fatores esses que fortaleciam a inviabilidade de o Código atender aos anseios sociais.

Portanto, o ideário da codificação oitocentista ruía aos poucos à medida que o pano de fundo político, social e econômico se modificava.

2.2 DAS PREMISSAS METODOLÓGICAS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO PROSPECTIVA

Pretende, como objeto de investigação, demonstrar o modo e o caminho pelos quais a teoria da constitucionalização prospectiva do direito vem a decidir as inquietudes jurídicas, os casos jurídicos que lhe são submetidos.⁶⁷ E isso se torna relevante, na medida em que se procura

⁶⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil-constitucional. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coordenadores.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, pp. 35-58, 2011, p. 43.

⁶⁷ Neste contexto, o significado a que se dá a palavra metodologia é o de “construção científica do direito, que compreende a elaboração de princípios, conceitos e sistemas (metodologia da ciência do direito)”. E é óbvio que, através dessa construção, busca a realização do direito, que também consiste num significante da palavra metodologia. (AMARAL, Francisco. *Direito civil...*, p. 99).

demonstrar, rente à complexidade e pluralidade da atual sociedade, a superação do paradigma da completude do ordenamento jurídico, sobretudo o privado.

O legislar do Século XIX, cunhado como sistemático, conceitual e positivista, não demonstra adequado às pretensões contrapostas que surgem atualmente na sociedade. O que se ora procura é a perquirição das premissas condizentes à realização do direito de acordo com as peculiaridades do caso concreto⁶⁸, e não a simples aplicação do direito diante do método de subsunção, pois a riqueza fática da vida é ilimitada, não podendo ser enclausurada num corpo legislativo.

2.2.1 Do transpor: das noções conceituais exaurientes - fechadas - à porosidade conceitual

Como resultado da luta política da burguesia contra o Estado absolutista, surge a necessidade de estabilidade nas relações sociais. A categoria segurança jurídica brota como forma de evitar as frequentes intervenções do monarca nas relações jurídico-patrimoniais travadas pelos seus súditos. Evitaria a discricionariedade.⁶⁹

Esse ideário liberal visava à certeza, pelo que se buscava o estabelecimento de leis gerais, abstratas e exaurientes⁷⁰. Era o modo de legislar oitocentista, que mergulhava no contexto histórico da época e a ele se prendia, sem a possibilidade de, figurativamente, obter uma liberdade provisória ou progressão de pena. Ao discorrer sobre o afastamento entre o direito e os fatos sociais, inclusive perceptível no Código Civil brasileiro de 1916, Fachin estabelecia o seguinte:

Um sistema pretensamente neutro, calcado em abstratas categorias jurídicas, destinado a um ser impessoal, praticamente inatingível e com pretensões à perenidade,

⁶⁸ “A doutrina romanista pode e deve desenvolver um papel decisivo para reconduzir os estudos e o ensino à problemática, liberando-os das dificuldades do tecnicismo e das superestruturas da dogmática, de forma a se emancipar da acusação de ser mais técnica do que ciência, uma <<técnica sem teoria e sem história>>. Poder-se-ia aduzir, ao contrário, que justamente a tecnicidade, conjugada à constante busca da casuística completa, contribui para configurar o direito dos romanos como caracterizado pela cautela em relação a reformismos legislativos improvisados, que se concretiza ao se dar tempo de amadurecer as reformas, realiza-las e verifica-las na jurisprudência.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional...*, pp. 67-68).

⁶⁹ SOARES, Mário Lúcio Quintão Soares. *Teoria do estado...*, p. 165.

⁷⁰ “O Código Civil exercia esse papel de corpo normativo único das relações patrimoniais privadas e atendia plenamente à preocupação – que se tornou um verdadeiro mito – da completude, como forma de oferecer segurança à sociedade burguesa quanto às chamadas regras do jogo. O juiz tem que julgar todos os casos que lhe são submetidos, e, em seu julgamento, deve se basear na lei, que por sua vez trata de todas as possíveis situações em que o sujeito de direito se vê em conflitos. [...] Esse dogma, representando pela completude, na ideologia do liberalismo, fazia com que, de um lado, tivéssemos o Código Civil como norma exclusiva, levando-se ao extremo o monopólio estatal da produção legislativa.” (TEPEDINO, Gustavo. *Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da constituição da república*. (SYN) THESIS, v. 5, n. 1, pp. 15-21, 2012, p. 15.)

desenhou a formulação mais acabada do projeto ideológico de sustentação do direito civil nos últimos dois séculos.

O direito do homem sozinho, centrado numa hipotética auto-regulamentação de seus interesses privados, e conduzido pela insustentável igualdade formal, serviu para emoldurar o bem acabado sistema jurídico privado.

Conciliando liberdade formal e segurança, a base da teoria geral das relações privadas foi o que sustentou, no domínio econômico, o *laissez faire* da Escola Liberal.⁷¹

Em decorrência desse modo de legislar⁷², era natural que viesse a estabelecer noções conceituais herméticas. O dizer das categorias e dos institutos jurídicos era pronto e acabado. Não admitia abertura semântica, o que implica a seguinte crítica:

É conhecida a posição do autor, em linha com o pensamento de Orlando de Carvalho, de que a redução de mundo a conceitos gerais, abstratos e supostamente neutros e pretensão de exatidão científica escamoteia a realidade do fenômeno jurídico e produz artificial simplificação, que, ao fim e ao cabo, desemboca na negação de direitos.⁷³

Ao prender a noção conceitual de determinado instituto ou categoria jurídica a certo espaço e tempo, estar-se-á obstando que os seus significados sejam modificados à medida que o contexto histórico vem a mudar. “Signos se mantêm, mas seus significados se modificam historicamente.”⁷⁴

Como pano de fundo dessa ideia, basta pensar na ressignificação de família. Já se dizia que o absurdo de hoje é o plausível de amanhã. No início dos anos 90 não era viável falar em casamento entre pessoas do mesmo sexo, o que veio a ser permitido anos depois. Conclui-se pela inviabilidade do engessamento de noções conceituais. Estas devem ser porosas, de modo a permitir o fluxo e o refluxo dos anseios e das modificações sociais, ensejando uma constante releitura.

A constitucionalização prospectiva do direito não deixa de laborar com as noções conceituais. Estas sim são importantes para o alcance dos seus objetivos. O que ela vem a afastar são noções conceituais abstratas, neutras, gerais e com pretensão de completude, sobre as quais não recaíam qualquer juízo axiológico, sobretudo porque:

[...] a racionalidade codificadora que permeia o Código Civil em tela é ainda formada pela lógica binária do reducionismo entre inclusão e exclusão, em que pesem, em

⁷¹ FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 27, 1992, pp. 49-69, pp. 50-51.

⁷² “O sistema jurídico da racionalidade clássica, assentada na ideia de codificação, se edificou seccionando o direito da realidade, e o fez mediante conceitos gerais e abstratos.” (FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil...*, p. 26)

⁷³ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A metodologia do direito civil no pensamento de Luiz Edson Fachin. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths (coordenadores). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, pp. 27-35, 2019, p. 31.

⁷⁴ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A metodologia do direito civil no pensamento de Luiz Edson Fachin. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths (coordenadores). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição...*, p. 31.

termos pontualmente positivos, as janelas abertas pelas cláusulas. A exclusão é proceder que pode gerar ofensa a direitos fundamentais decorrentes da cega aplicação da “solução” positivada no modelo ou, mesmo, da ausência de modelos, excluindo a possibilidade de reconhecimento de direitos onde estes se fazem necessários. É um dos modos pelos quais o próprio Direito pode provar vítimas, afastando-se de uma direção emancipatória. São as exclusões que ainda marcam o final do século XIX, perduram no século pretérito, e vinculam a racionalidade codificadora assim inspirada.⁷⁵

Eis o iluminar da teoria em tela. O fechamento da noção conceitual, *a priori* e abstrata, poderá ensejar, diante das peculiaridades do caso concreto, a retirada de direitos, especialmente das minorias.

Portanto, o que se busca é a adoção de noção conceitual aberta⁷⁶, porosa, a despeito de existir a essência do seu significado, de modo a ser permitida a sua (re)construção de acordo o contexto social, econômico e político no qual a realização do direito vier a ocorrer. Não é enclausurá-lo no tempo e no espaço, formando noção inflexível, na medida em que o direito é manifestação social e dialética.

2.2.2 Do caminhar entre a estrutura à função

Por força do formalismo jurídico predominante na codificação oitocentista, atribuíam-se demasiada ou, até mesmo, exclusiva importância apenas à estrutura do direito. Importava o que é o direito sob a perspectiva do sistema legislativo, e não para que servia o direito em relação aos seus destinatários.

Percebia-se esse pano de fundo rente ao reduzir do direito a normas repressivas ou negativas, tendo em vista que “o Estado assume a função de guardião da ordem pública, o direito se resume, pouco a pouco, ao direito penal; e uma das características do direito penal é, precisamente, ser composto, sobretudo, de normas negativas.”⁷⁷

A abordagem empreendida à época dedicava-se “muito mais em saber ‘como o direito é feito’ do que ‘para que o direito serve’.”⁷⁸ E isso se tornava palpável na teoria de Kelsen, diante da premissa de que ela não deveria preocupar-se com a função a ser exercida e, sim, com

⁷⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil...*, p. 52.

⁷⁶ “Os conceitos não são tomados, na metodologia de Luiz Edson Fachin, como lugares de clausura, mas, sim, como elementos técnicos dotados de ductibilidade, que, permeados pela axiologia derivada da tríplice constitucionalização do direito civil - a ser mais adiante explicitada -, permite a construção técnica de sentido para a norma em seu sentido hermenêutico.” (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *A metodologia do direito civil no pensamento de Luiz Edson Fachin*. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths (coordenadores). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição...*, p. 32).

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri-SP: Manole, 2007, p. 4.

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função...*, p. 53.

os seus elementos estruturais. Procedia-se a exclusão da função⁷⁹ em favor da estrutura. Vê-se que essa rígida separação desconsidera os fins almejados pelo ordenamento jurídico, prendendo a sua análise ao ordenamento por si só.

O direito era reduzido à descrição dos fatos, cuja aplicabilidade dava-se pelo método lógico-formal. A subsunção recebia colorido especial. Não consideravam fatores exógenos ao direito. Era descrição rígida. O seu perquirir se dava apenas internamente. Ele era hermético, o que, diante do caso concreto, poderia implicar injustiça. O direito era justificado pela sua origem - poder legiferante -, e não legitimado pelos seus fins.

Ao contrário desse pensar, as categorias e os institutos jurídicos não são construídos pura e simplesmente. Não se caracterizam como produtos de uma ordem jurídica estática. Eles são voltados a contributos previstos no ordenamento jurídico, “eis que o direito deve ser considerado como subsistema do sistema social e o seu estudo implica a necessária análise do fator social e de sua relevância no âmbito das relações jurídicas.”⁸⁰

Novos rumos surgem com o recebimento de influxos de diversas matizes, inclusive de ciências outras, tais como a filosofia, a sociologia e a antropologia. O direito passa a ser lido e relido perante as influências externas. Insuficiente, rente à atual sociedade, o tracejar puro e acrítico do que vem a ser o direito. O novo modo de pensar enseja a demonstração de como os institutos e as categorias da ciência jurídica venham a contribuir para o atendimento dos fins estatais. O direito justifica-se a partir de seus fins, de suas funções, de seus objetivos, e não se concentrando na sua mera descrição (origem, diga-se).

Sob essa perspectiva, Schreiber estabelece a seguinte passagem:

A funcionalização dos institutos de direito civil à realização de valores sociais está longe de ser coisa nova. León Duguit, Maurice Hariou e tantos outros autores célebres já defendiam, na segunda metade do século XIX, o reconhecimento de uma “função social” como modo de substituir ou temperar os contornos individualistas do direito subjetivo.

A partir daí, a doutrina civilista passaria a distinguir a estrutura (como funciona) e a função (para que serve) dos institutos jurídicos, reconhecendo neste último aspecto a

⁷⁹ Adota-se aqui as terminologias função e funcionalização como sinônimas. Contudo, tem-se ciência de que há quem proceda a seguinte distinção: “[...] para encontrar a *função* de um determinado instituto, é necessária a identificação dos interesses que o legislador pretendeu tutelar por meio dele. Dessa forma, a função é ‘a razão genética do instrumento, e a razão permanente do seu emprego, sito é a sua razão de ser.’” Enquanto “pela funcionalização, é dever do intérprete aplicar as normas de direito civil tendo em vista sua justificativa no sistema, ‘potencializando a sua função de realização dos valores superiores que foram positivados na Constituição.’” (SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; MENDES, Eduardo Heitor. Função, funcionalização e função social. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coordenadores). *Direito civil constitucional*. 1 ed. São Paulo: Atlas, pp. 97-124, 2016, pp. 99-101).

⁸⁰ AGUIRRE, João Ricardo Brandão; PEGHINI, Cesar Calo. Função social da propriedade e estatuto jurídico do patrimônio mínimo: o contributo essencial de Luiz Edson Fachin. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (coordenadores). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, pp. 295-308, 2019, p. 296.

verdadeira justificativa da sua proteção pelo ordenamento. Na conhecida lição de Salvatore Pugliatti, a função é a “razão genética do instituto” e, por isso mesmo, seu real elemento caracterizador. A função corresponde ao interesse que o ordenamento visa a proteger por meio de um determinado instituto jurídico e, por isso mesmo, predetermina, nas palavras do Professor de Messina, a sua estrutura.

A sofisticada construção obriga os juristas, e especialmente os civilistas, a se perguntarem: qual o papel que o ordenamento reserva a cada instituto jurídico? Por que a ordem jurídica atual o preserva? Abandona-se, com essas indagações, a postura sonolenta que tomava os institutos jurídicos como colocados à livre disposição do sujeito de direito. Evidencia-se a necessidade de que o exercício dos direitos atenda a uma finalidade maior que a simples vontade individual. Daí a consagração do termo “função social”, que produziu verdadeira revolução no tratamento dispensado pelo direito civil à propriedade privada, e que, hoje, se espraia para a empresa, para o contrato e para outros institutos.⁸¹

O intuito, sem prejuízo de outros, seria extirpar do ordenamento jurídico o aprisionamento trazido pelo exercício de situações jurídicas subjetivas sem que houvesse a imposição de limites. Era o caso, por exemplo, da outrora denominada autonomia da vontade, que vinha a prender a pessoa numa relação jurídico-contratual ainda que esta viesse a ser lesiva a sua honra ou até mesmo contrária a sua dignidade. A ideologia liberal permitia a utilização de instrumentos jurídicos na busca desenfreada por interesses particulares, descurando, pois, da realização do projeto de vida da pessoa humana, sobretudo daquele que adviesse da solidariedade, da dignidade e da igualdade material.

Tanto a estrutura como a função são essenciais ao ordenamento. O que se procurou, por meio do caminho entre a estrutura à função, consiste na demonstração de que o afastamento da ciência jurídica de quaisquer ideologias, que não fossem relacionadas à estrutura, poderia implicar desmandos, injustiças e incompreensões. Por isso que “a ciência jurídica não é axiologicamente neutra em relação aos valores que caracterizam o sistema jurídico, mas sofre influência das escolhas de fundo do ordenamento.”⁸²

Assim, o perfil estrutural do direito, ou seja, que é o direito, é analisado em conjunto com a sua funcionalização, ou seja, para que serve o direito, rente ao que “os institutos do direito civil deixam de ser fins em sim mesmo, merecedores de tutela por sua própria estrutura, e passam a ser identificados como instrumentos destinados a realizar finalidades maiores, consagradas estas no texto constitucional.”⁸³

Portanto, “conceitos e normas têm substrato axiológico e, à luz desse substrato, projetam-se funcionalmente. Vale dizer: são forjados e reconstruídos hermeneuticamente para

⁸¹ SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 19-20.

⁸² SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; MENDES, Eduardo Heitor. Função, funcionalização e função social. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coordenadores). *Direito civil constitucional...*, p. 100.

⁸³ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 28.

a realização de dados contributos[...].”⁸⁴ À esteira do lugar de fala adotado, o direito está a serviço da vida, de modo que ele vem a ser, rente a sua pré-compreensão, interpretado e aplicado de acordo com os anseios e as modificações sociais. A realidade molda-o, especialmente por meio das influências que sobre ele recaem, de modo que “a funcionalização das titularidades irá arrostar essa abstração [da pessoa] e reclamar a presença da pessoa concreta, em sua dimensão de existencialidade e de necessidade.”⁸⁵

2.2.3 Da constitucionalização formal, da constitucionalização material e da constitucionalização prospectiva

Como premissa do referencial ora adotado, fala-se em tríplice constitucionalização do direito. Isto é, a dimensão da constitucionalização do direito perpassa pela constitucionalização formal, substancial e prospectiva.

A ideia de constitucionalização formal relaciona-se com a força normativa da Constituição. Noutros dizeres, ela se caracteriza como instrumento jurídico cuja observância se impõe aos particulares e ao Poder Público. Não se caracteriza, como outrora, em mera carta de intenções. Ao cuidarem da força normativa da Constituição de 1988, Nery Jr. e Abboud estabelecem que:

A força normativa da Constituição faz com que seu texto não seja visto apenas como uma carta de intenções, isso porque ele efetivamente vincula particulares e Poder Público. Toda atuação do Poder Público que esteja em dissonância com o texto constitucional é ilegítima, porque é inconstitucional, logo, deverá ser rechaçada, em última instância, pelo próprio Poder Judiciário.⁸⁶

E isso se torna importante na medida em que a norma constitucional era destituída de eficácia jurídica, sobretudo, em terras brasileiras, nos períodos ditatoriais. Caracterizava-se apenas como documento de cunho político, cujo fito era apenas estimular o legislativo e a Administração a cumpri-la. E o agir desses órgãos dava-se com certa dose de discricionariedade. Ao Poder Judiciário, ressaltou-se, não era concedido o papel de realizar os seus preceitos.

⁸⁴ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *A metodologia do direito civil no pensamento de Luiz Edson Fachin*. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths (coordenadores). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição...*, p. 33.

⁸⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil...*, p. 15.

⁸⁶ NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. *Direito constitucional brasileiro...*, p. 133.

Barroso, dedicando ao resgate do caráter normativo do direito constitucional, especialmente da Constituição de 1988, de modo a superar a fase constitucional dita como meramente retórica, destaca que:

Em âmbito jurídico, não há avanço maior do que o de assegurar efetividade ao texto constitucional, com a realização concreta dos seus comandos no mundo dos fatos. E isto pela constatação óbvia de que o legislador constituinte é, invariavelmente, mais progressista que o legislador ordinário. Daí por que se devem esgotar todas as potencialidades interpretativas do texto constitucional, sem ficar no aguardo dos agentes infraconstitucionais.⁸⁷

Demonstra que a Constituição não deve ser um amontoado de promessas vagas, conselhos ou até mesmo orientações, cujo implemento depende do bel-prazer do legislador infraconstitucional. Inconcebível tratá-la como documento que clama para ser efetivado. Ao contrário, percebe-se que, em especial no decorrer dos anos 80, a norma constitucional passou a ser vinculativa e obrigatória ao ser interpretada e aplicada. Isso se dá em todos os Poderes da República.

Inexistindo no plano teórico a mudança de paradigma, isto é, Constituição: de instrumento retórico a instrumento normativo, a premissa metodológica da constitucionalização prospectiva restaria frustrada. É de se ressaltar, portanto, que essa vertente da constitucionalização (formal) caminha de mãos dadas com as outras duas vertentes adiante apresentadas (substancial e prospectiva), já que, nos dizeres de seu autor, o Código Civil “não nasce Código, mas se faz Código”, estendendo tal ideário à Constituição, razão pela qual esta não nasce assim, e sim se faz Constituição rente aos fatos sociais. Isto é, a força destes é apta a construir, destruir e reconstruir tais instrumentos jurídicos.

A constitucionalização substancial consiste, diga-se, no produto dos fatos sociais. Figurativamente, é o seu espelho. “A força constitutiva dos fatos é o que dá conteúdo a essa constitucionalização substancial.”⁸⁸ Isso porque a Constituição formal seleciona os valores, enquanto o viés substancial da constitucionalização permite, à medida que a sociedade evolui, a seleção de novos valores e, invocando-os como substrato teórico subjacente, possibilita a releitura de institutos e de categorias jurídicas independentemente de novas roupagens formais.

À esteira dessa perspectiva, o direito é dúctil, maleável, encontrando-se num processo constante de modificação diante dos anseios sociais, não deixando enclausurar-se em conceitos

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito Administrativo*, v. 197, p. 30-60, 1994, p. 31.

⁸⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A metodologia do direito civil no pensamento de Luiz Edson Fachin. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths (coordenadores). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição...*, p. 34.

prontos e acabados. Parte, de início, do problema, cujo fim será a criação da resposta (solução) adequada a partir de um referencial, mas, ao mesmo tempo, não descarta da normatividade da Constituição e dos Códigos, razão pela qual se diz que essas perspectivas da constitucionalização (formal e substancial) andam juntas (mãos dadas).

A fim de não laborar em equívoco, não se confunde a constitucionalização substancial com o sentido que Lassalle⁸⁹ veio a atribuir a Constituição real. Para o referido autor, ao cuidar de sua essência, a Constituição real caracterizaria como a soma dos fatores reais do poder que regem um país, tais como a monarquia, a aristocracia e os banqueiros. Contudo, a variante da constitucionalização substancial perquirida envolve os fatores sociais, pelo que é adequado destacar:

A constitucionalização substancial, na visão de Lassalle, determina a própria realidade da Constituição formal. Alteradas as relações de poder, nova Constituição formal irá refleti-la.

Diversamente, no pensamento de Fachin, a constitucionalização substancial não se situa nas relações reais do poder econômico, político, militar, mas na realidade das relações sociais das quais, em sua complexidade, emergem demandas por respostas do direito, além de uma multiplicidade de valores que, devidamente filtrados pela porosidade dos princípios da Constituição formal, integram a construção normativa. Por isso, acabam por se expressar na jurisprudência da Corte Constitucional e nos princípios constitucionais implícitos.⁹⁰

O fio condutor da constitucionalização substancial recai sobre a força vinculante dos fatos, e não sobre os fatores reais do poder, pelo que, com esse pensar, é viável invocar preceitos constitucionais em face de abusos perpetrados pelos últimos⁹¹.

Ao fim, tem-se a constitucionalização prospectiva, cuja essência consiste “[n]a ação permanente e contínua, num sistema jurídico aberto, poroso e plural, de ressignificar os sentidos dos diversos significantes que compõem o discurso jurídico das relações sociais, isto é, propriedade, contrato e família.”⁹²

⁸⁹ LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Pillares, 2016.

⁹⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A metodologia do direito civil no pensamento de Luiz Edson Fachin. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths (coordenadores). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição...*, p. 34.

⁹¹ Vem à mente um exemplo aparentemente absurdo, mas que em si traz o retrato do aqui quer expor. A Constituição de 1988 proíbe, de regra, a pena de morte, salvo no caso de guerra declarada nos termos do artigo 84, inciso XIX, segundo se depreende do artigo 5.º, inciso XLVII, alínea ‘a’. Em determinada sociedade, imaginemos que prepondera, como fator real do poder, o critério econômico. E nesta organização social a manutenção do preso traz custo financeiro elevado ao cofre estatal, enquanto o aplicar da pena de morte é bem menos oneroso. Então, tendo em vista o fator real de poder em questão, seria preferível a pena de morte à manutenção do preso, de modo que estaria o direito curvando perante o critério econômico (não está a falar que não pode receber influência, está a vedar a submissão pura e simples). Como pano de fundo a constitucionalização substancial, é possível invocar o direito individual de não aplicar a pena de morte, ainda que tal direito venha a ir de encontro ao fator real de poder vigente. Portanto, a aludida constitucionalização relaciona-se direta e imediatamente com a força dos fatos sociais, na medida em que o direito está a serviço da vida.

⁹² FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 7.

Propõe, rente a complexidade e pluralidade da atual sociedade, o dissecar, o interpretar e o aplicar do direito de forma a realizar o projeto de vida de seus membros. Ciente de que esse projeto de vida não é linear; ao contrário, é dotado de múltiplos fins, pelo que a existência de um direito poroso permite a sua contínua reconstrução frente às modificações e aos anseios sociais.

2.3 DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO CONTEÚDO DA POSSE

O ordenamento jurídico brasileiro é apto a afetar os institutos e as categorias jurídicas ao fim consagrado no âmbito da sociedade. O exercício deles encontra-se voltado à satisfação dos anseios sociais. E por igual raciocínio, o exercício de um dos atributos da propriedade, isto é, da posse resta por delineado aos objetivos estatais e sociais.

É preciso então construir novas abordagens a respeito do que se deve ter como função social da posse, de sorte a não inviabilizar a aplicação da legislação ora vigente, mas compatibilizá-la com a constitucionalização do direito. Considerá-la, rente a esse marco constitucional, como elemento apto a imprimir novo colorido nas tomadas de decisão, seja administrativa, seja judicial, sobretudo nas situações em que envolvem a tensão entre a posse e a propriedade.

A visão da posse como categoria individualista e patrimonialista veio a sofrer abalos no transpor entre a estrutura e a função do direito. A reconstrução dessa situação jurídica, tais como outras situações, tornou-se essencial no atual Estado Democrático. Houve ressignificação do seu papel perante a sociedade, aproximando-a desta até mesmo mais do que o exercício da titularidade proprietária⁹³. O exercício da posse deverá ser vocacionado ao atendimento dos direitos fundamentais.

Em vez de considerar abstratamente a pessoa que conduz o exercício da posse, deve-se ter em mente as peculiaridades daquele que vem assim se portar. A consideração dessas características vem a colaborar com o desenvolvimento da personalidade, a realização do seu projeto de vida e, de igual modo, o realçar de sua dignidade. Grosso modo, do abstrato ao concreto.

Pontua-se o seguinte:

[...] torna-se evidente que o instituto da posse não pode deixar de receber esse influxo constitucional, adequando as suas regras à ordem constitucional vigente como forma de cumprir a sua função de instituto jurídico, fruto do fato social em si, verdadeira

⁹³ GIL, Antônio Hernández. *La posesion*. Obras Completas. Madri: Espasa-Calpe, 1987. V. II, p. 87.

emanação da personalidade humana e que, por isso mesmo, é ainda mais comprometido com os próprios fundamentos e objetivos do Estado Democrático e a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.”⁹⁴

Percebe-se que esse ideário independe se a posse é real, obrigacional ou fática⁹⁵. Essa ideia se aplica a qualquer modo como ela ingressa no cenário jurídico. Considerar a função social da posse representa certamente a ruptura com o individualismo oitocentista. Torna-se instrumento jurídico vocacionado à implementação da igualdade material, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, de sorte a estabelecer um elo entre a complexidade social e o Estado brasileiro. Ao cabo, é “o caminhar rumo a um efetivo Estado democraticamente organizado, afastando-se da dogmática estruturada na ficção da igualdade formal.”⁹⁶

Tem-se assim a posse como instituto autônomo, isto é, descolado do direito real de propriedade. Relevante para o decidir nos conflitos multitudinários, sobretudo se considerar que

“[...] a posse somente ganha trânsito jurídico quando se apresenta funcionalizada, quando é instrumento de funcionalização da propriedade. Dessa forma, tal qual a posse se apresenta autônoma em face da propriedade, há de se reconhecer a autonomia da função social da posse em relação à função social da propriedade, tal qual a dignidade e igualdade se apresentam como noções autônomas.”⁹⁷

A posse merece proteção por ser um fim em si mesma. O critério a ser observado pelo operador jurídico é o funcional, e não o estrutural.⁹⁸ A feição da posse é concreta, de

⁹⁴ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira de. *Da função social da posse*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. XVI.

⁹⁵ Essa classificação tem como lugar de fala a forma como a posse ingressa no ordenamento jurídico. Dessa forma, se a posse ingressar neste por meio de um direito real, estar-se-á perante a posse real; se o ingresso se der por meio de uma relação obrigacional (contrato de locação, por exemplo), vê-se a posse obrigacional; alfin, quando a posse não mantém relação jurídica subjacente, seja real, seja obrigacional, tem-se a posse fática, também conhecida como posse natural. (FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direitos reais*. 18. ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2022, p. 75)

⁹⁶ GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. *A posse como direito autônomo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 269.

⁹⁷ ARRONE, Ricardo. *Propriedade e domínio*. A teoria da autonomia. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 206.

⁹⁸ Nesse sentido: RECURSO ESPECIAL. POSSE. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. BEM PÚBLICO DOMINICAL. LITÍGIO ENTRE PARTICULARES. INTERDITO POSSESSÓRIO. POSSIBILIDADE. FUNÇÃO SOCIAL. OCORRÊNCIA.

1. Na ocupação de bem público, duas situações devem ter tratamentos distintos: i) aquela em que o particular invade imóvel público e almeja proteção possessória ou indenização/retenção em face do ente estatal e ii) as contendas possessórias entre particulares no tocante a imóvel situado em terras públicas.

2. A posse deve ser protegida como um fim em si mesma, exercendo o particular o poder fático sobre a res e garantindo sua função social, sendo que o critério para aferir se há posse ou detenção não é o estrutural e sim o funcional. É a afetação do bem a uma finalidade pública que dirá se pode ou não ser objeto de atos possessórios por um particular.

3. A jurisprudência do STJ é sedimentada no sentido de que o particular tem apenas detenção em relação ao Poder Público, não se cogitando de proteção possessória.

4. É possível o manejo de interditos possessórios em litígio entre particulares sobre bem público dominical, pois entre ambos a disputa será relativa à posse.

5. À luz do texto constitucional e da inteligência do novo Código Civil, a função social é base normativa para a solução dos conflitos atinentes à posse, dando-se efetividade ao bem comum, com escopo nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

acordo com os anseios e as modificações sociais. Daí advém o substrato para a sua proteção, pelo que ela deve “expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela”, conforme se deduz do Enunciado n. 492 da V Jornada de Direito Civil (2011).

Dantas, a reconhecer a autonomia das funcionalizações da posse e da propriedade, propõe ainda que a função social da propriedade caracteriza-se como a função social da posse exercida pelo titular proprietário, de modo que tal raciocínio assume papel relevante para a solução dos conflitos fundiários, de modo que a solução destes a partir da função social da propriedade pressuporia a reboque a análise da função social da posse, o que, ao fim e ao cabo, concretizaria os direitos fundamentais.⁹⁹

Com esse pensar subjacente, é possível rever as adjetivações atribuídas à posse ou até mesmo a sua não caracterização, especialmente quando vier a falar em detenção. Há influência do poder de ingerência socioeconômico sobre o bem se tal ingerência vier ao encontro dos interesses da sociedade.¹⁰⁰ O seu desenvolver será direcionado/modulado de acordo com os interesses abarcados pelo ordenamento jurídico brasileiro, tais como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a moradia, a segurança e o trabalho.

O Código Civil de 2002, à linha do paradigma da socialidade, vem em certos dispositivos reconhecer a funcionalização da posse, especialmente a posse-trabalho. É que se vê, por exemplo, no do artigo 1.228, § 4.^{o101}, ao estabelecer o conceito jurídico indeterminado

6. Nos bens do patrimônio disponível do Estado (dominicais), despojados de destinação pública, permite-se a proteção possessória pelos ocupantes da terra pública que venham a lhe dar função social.

7. A ocupação por particular de um bem público abandonado/desafetado - isto é, sem destinação ao uso público em geral ou a uma atividade administrativa -, confere justamente a função social da qual o bem está carente em sua essência.

8. A exegese que reconhece a posse nos bens dominicais deve ser conciliada com a regra que veda o reconhecimento da usucapião nos bens públicos (STF, Súm 340; CF, arts. 183, § 3º; e 192; CC, art. 102); um dos efeitos jurídicos da posse - a usucapião - será limitado, devendo ser mantido, no entanto, a possibilidade de invocação dos interditos possessórios pelo particular.

9. Recurso especial não provido. (grifo nosso) (STJ, REsp n. 1.296.964-DF, 4.ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, data do julgamento: 18.10.2016, local e data da publicação: *DJe* 07.12.2016). (grifo nosso).

⁹⁹ DE CARVALHO DANTAS, Marcus Eduardo. Da função social da propriedade à função social da posse exercida pelo proprietário: uma proposta de releitura do princípio constitucional. *Revista de informação legislativa*, v. 52, n. 205, p. 23-38, 2015.

¹⁰⁰ “A incidência do Direito Constitucional pode levar a que, excepcionalmente, na dinâmica do caso concreto em que haja disputa pela posse de um bem entre um proprietário não possuidor e um possuidor não proprietário, este último seja vencedor da demanda, ainda que esta tenha como causa de pedir a propriedade. A melhor posse não seria, assim, a que vem acompanhada de um justo título como se mostrava no direito anterior, mas sim a que cumpre ao cânone da utilização do bem com a função social, tema que será revisitado por ocasião da análise do § 1.º do art. 1.228 do Código Civil.” (SCHREIBER, Anderson... [et al.]. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 952).

¹⁰¹ Art. 1.228 - O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem a injustamente a possua ou detenha.

[...]

interesse social e econômico relevante. O operador jurídico, rente à dinâmica dos fatos, modulará a relevância da noção de obras e serviços de interesse social e econômico, extensa área e considerável número de pessoas, para que a consequência da privação da titularidade proprietária venha a se materializar.¹⁰² E não há nada de inconstitucionalidade nesse agir, na medida em que se reler o instituto da posse à luz de preceitos constitucionais. Com esse raciocínio, tem-se o Enunciado n. 82 da I Jornada de Direito Civil, pelo qual “é constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4.º e 5.º do art. 1.228 do novo Código Civil.”

Ganha contornos de importância ao objeto de investigação desta tese o questionamento a respeito se é possível ou não a aplicação do instituto em análise aos bens públicos. Inicialmente, tendeu-se pela sua inaplicabilidade sob o fundamento de que implicaria, reflexamente, usucapião de bens públicos¹⁰³⁻¹⁰⁴. Contudo, os institutos são diversos, já que o ora tratado, previsto no Código Civil, pressupõe indenização devida ao titular proprietário (artigo 1.228, § 5.º), ao passo que na usucapião não se fala em indenização. Esse foi o pano de fundo para a edição do Enunciado n. 83 do Conselho da Justiça Federal, o qual possui os seguintes dizeres: “Nas ações reivindicatórias propostas pelo poder público, não são aplicáveis as disposições constantes dos §§ 4.º e 5.º do art. 1.228 do novo Código Civil.”

Farias e Rosenvald expuseram:

“Cremos que a motivação do enunciado foi o receito de uma hermenêutica que inspirasse a usucapião dos bens públicos por meio transversos. Em princípio, os bens

§ 4.º - O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nele houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

¹⁰² É o grande desafio do operador jurídico nesta sociedade multifacetada a aplicabilidade do instituto em questão, na medida em que é “fundado em diversos conceitos abertos, haverá de ter sua finalidade social bem compreendida para que possa ser adaptado às variantes circunstanciais de cada caso concreto.” (ZAVASCKI, Teori Alvinio. A tutela da posse na Constituição Federal e no projeto do Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 852.).

¹⁰³ Embora seja doutrina minoritária, existe a defesa de ser possível a usucapião de bens públicos, exclusivamente nos adjetivados dominicais. O cerne da discussão gira em torno do tensionamento entre o princípio da função social e a regra proibitiva da usucapião de bens públicos, regra essa prevista nos artigos 183, § 3.º e 191, parágrafo único, da Constituição da República, bem assim no artigo 102 do Código Civil. Nesse sentido: BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 1990, pp. 239-240. FREITAS, Juarez. Da necessária reclassificação dos bens públicos. *Estudos de direito administrativo*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editora, 1997, p. 75. ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função social da propriedade pública*. São Paulo: Malheiros Editora, 2005, pp. 147-159.

¹⁰⁴ Di Pietro formula a essa proibição a seguinte crítica: “A Constituição de 1988, lamentavelmente, proibiu qualquer tipo de usucapião de bem público, quer na zona urbana (art. 183, § 3.º), quer na área rural (art. 191, parágrafo único), com o que revogou a Lei n. 6.969/81, na parte relativa aos bens públicos. Essa proibição constituiu um retrocesso por retirar do particular que cultiva a terra um dos instrumentos de acesso à propriedade pública, precisamente no momento em que se prestigia a função social da propriedade.” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. A gestão jurídica do patrimônio imobiliário do Poder Público. *Cadernos Fundap*, ano 9, n. 17, São Paulo, 1989, p. 60).

públicos a que alude o art. 99, do Código Civil, são submetidos a regras jurídicas próprias, postos destinados à satisfação de finalidades coletivas. Nada obstante, na senda da MP 2.220/01, que instituiu a concessão de direito real de uso para fins de moradia, cremos que o terreno público dominical – abandonado ou devoluto – que não recebe utilização e não cumpre a sua destinação não pode servir de meio de exclusão de acesso à moradia. O bem é formalmente público, mas não materialmente público, eis que carecedor de função pública. O titular do direito subjetivo à moradia pode invocá-la contra o Estado, como contra qualquer particular. Não é crível supor que nos dias atuais prevaleça o axioma da “superioridade do interesse público sobre o privado”, quando bens públicos são privados de legitimidade e merecimento por não serem direcionados a sua missão constitucional de prover o bem comum.”¹⁰⁵

Três questões essenciais são daí extraídas, quais sejam, (i) os bens públicos são afetados ao interesse da coletividade/sociedade, isto é, possuem função social; (ii) o ordenamento jurídico reconhece a possibilidade de os particulares usarem bens públicos ou até mesmo de os adquirirem, o que viabilizaria a utilização de instrumentos processuais; e (iii) o dogma da supremacia do interesse público sobre o privado deve ser revisitado.

Num desenvolver do pensar, houve a edição do Enunciado n. 304 do Conselho da Justiça Federal cujo conteúdo é o seguinte: “São aplicáveis as disposições dos §§ 4.º e 5.º do art. 1.228 do Código Civil às ações reivindicatórias relativas a bens públicos dominicais, mantido parcialmente o Enunciado n. 83 da I Jornada de Direito Civil no que concerne às demais classificações de bens públicos.”.

Isso porque não há óbice para operar a transmissão de bens dominicais. A sua transferência opera-se com a observância de dispositivos legais, especialmente os previstos no artigo 17 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. E no procedimento em questão existe, ao fim, a transferência compulsória do bem público a outrem, mediante o pagamento da respectiva indenização. A compensação financeira pela perda da propriedade é elemento apto a diferenciar da usucapião.

O que está a fazer é reconhecer o direito subjetivo de posse e, na mesma tacada, vir adequá-lo aos interesses coletivos e sociais. Larga-se do viés estritamente individualista desse direito, e passa a considerá-lo rente aos interesses sociais. O que, por si só, não se tem como contradição.¹⁰⁶

Do ordenamento jurídico brasileiro tem-se como exemplo de funcionalização da posse o instituto da legitimação (da posse). Se visualizar a trajetória da legitimação de posse, perceberá que a formatação, desde tempo, dos requisitos essenciais a tanto relaciona-se com o ideário de exercício da posse voltado ao atendimento de interesses coletivos. A Lei n. 6.383, de

¹⁰⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direitos reais*. 18. ed..., p. 91.

¹⁰⁶ GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, pp. 120-123.

7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o processo discriminatório de terras devolutas da União, e dá outras providências, vem a exigir, como pressuposto para a legitimação de posse, a comprovação da morada permanente e da cultura efetiva (artigo 29, inciso II), meios essenciais à demonstração da produtividade da terra pública obtida a partir do trabalho do ocupante e de sua família.

À esteira de reconhecimento da função social da posse pelo ordenamento jurídico nacional, as Leis ns. 11.428, de 31 de março de 2007, 11.977, de 7 de julho de 2009, e 13.465, de 11 de julho de 2017, vieram a reconhecer a posse sobre terras públicas, com base no direito social à moradia. Com o sentido de funcionalização da posse, percebe-se que ela “está no suporte fático da usucapião (ao lado de outros componentes de fato subjetivos e objetivos). Encontra-se também no suporte fático para a reintegração de posse, do interdito proibitório, da manutenção da posse [...]”¹⁰⁷

O que pugna e se percebe é a nítida autonomia entre a posse e a propriedade¹⁰⁸. O exercício possessório, portanto, deverá ser realçado pela função social, isso porque:

“[...] toda interpretação jurídica é interpretação sistemática, de modo que toda a exegese há de ser uma interpretação conforme a Constituição. A Constituição Federal é a matriz axiológica de todo o ordenamento jurídico, de modo que a tessitura normativa é por ela alicerçada teleologicamente para o alcance do programa constitucional de promover um Estado Social e Democrático de Direito.”¹⁰⁹

Com isso, por meta constitucional, existe o dever de funcionalizar o exercício possessório, ainda mais quando a considera, desde tempos imemoriais, como ponto inicial da titularidade. A posse é decorrência natural das necessidades da pessoa humana, ao passo que a titularidade proprietária se caracteriza como criação do direito, rente ao que, inclusive, é possível a sua extirpação do ordenamento.

Ao cabo e ao fim, a posse é instrumento jurídico, com moldura democrática, de acesso aos bens, de sorte a servir tanto a uma função individual, como a uma função coletiva. É de se ressaltar que:

A doutrina tem distinguido a função social da posse em duas situações: (1) quando a posse está integrada à propriedade; (2) quando a posse é autônoma. Na primeira situação, a função social da posse coincide com a da propriedade, pelo exercício desta.

¹⁰⁷ RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social da posse: trinta anos depois. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coord.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição*: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, pp. 559-569, 2019, p. 564.

¹⁰⁸ O teor da Súmula n. 84 do Superior Tribunal de Justiça - STJ demonstra essa autonomia ao assim estabelecer: “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovida de registro.”

¹⁰⁹ ARRONE, Ricardo. *Propriedade e domínio*. A teoria da autonomia. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 202.

Quando a posse é autônoma, entende Gustavo Tepedino (2011b, p. 57) que sua função social mostra-se essencialmente dúctil e define-se *a posteriori*, dependendo do direcionamento do exercício possessório a valores protegidos pelo ordenamento (dignidade da pessoa humana, solidariedade social, igualdade, moradia, trabalho), que a legitimem e justifiquem sua proteção legal, inclusive contra o proprietário.¹¹⁰

Portanto, o exercício possessório deve direcionar-se à implementação dos preceitos constitucionais, de modo a colaborar com a construção/desenvolvimento do Estado Democrático e Social de Direito. Importante também é ter essa cláusula geral de função social da posse como mecanismo jurídico digno de concretizar o projeto de vida da pessoa humana, e bem assim de empreender o desenvolvimento de sua personalidade. Materializar, alfim, os direitos existenciais.

2.3.1 Noções introdutórias do lócus de fala a respeito da posse

O objetivo deste tópico consiste na demonstração do lócus de fala a respeito da posse. Apresenta, pois, a referência atinente à posse, com o intuito de demarcar metodologicamente este fenômeno.

Há tempo se discutia, e ainda se exerce esse juízo reflexivo acerca do tema, se posse consiste em fato ou em direito, assim como se para definir posse é necessário apenas o elemento *corpus* ou lhe acrescenta a intenção (*animus domini*).

O que se tem como porto seguro está no reconhecimento de que a posse almeja a apropriação de bens, cujo fim é a satisfação das necessidades humanas. É o concreto. A posse é, inclusive, anterior à propriedade, cuja abstratividade predomina. Ela decorreu e decorre naturalmente das necessidades humanas. A propriedade é criação do direito, diga-se.

O exercício possessório possui previsão no artigo 1.196 do Código Civil, pelo qual se considera possuidor aquele que vem a exercer um ou mais dos atributos da propriedade. Noutros termos, o sujeito que vem a usar, fruir, dispor ou reaver o objeto possuído está, na dicção legal, exercendo posse. Esse ato de apreensão da coisa, materializado pelos atributos da propriedade, recebe caráter de situação fática. É exercício fático desenvolvido pela pessoa sobre a coisa.¹¹¹

¹¹⁰ LÔBO, Paulo. *Direito civil: coisas...*, p. 129.

¹¹¹ Com esse pensar, posse “é a instituição de maior densidade social porque exprime de maneira primária a proteção do homem em direção do exterior.” (GIL, Hernández. *La función social de la posesión...*, p. 105). Ou ainda “a posse exprime uma situação na qual uma pessoa tem o controlo material de uma coisa.” (CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *A posse: perspectivas dogmáticas actuais*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 7.).

Inexiste consenso se a posse seria fato ou direito¹¹². E entre aqueles que entendem cuidar-se de direito, necessário se faz alocar a posse dentro de direito real ou de direito pessoal.

Pela redação atribuída ao artigo 1.196 do Código Civil, percebe o reforço ao exercício de fato de um dos atributos da titularidade proprietária. O trecho “tem de fato o exercício” imprime a ideia de situação de fato. Demonstra que a posse é fato. Fato esse, é de se destacar, protegido pelo ordenamento jurídico, sobretudo nos interditos possessórios¹¹³, nas ações de usucapião¹¹⁴, na percepção dos frutos¹¹⁵, na retenção por benfeitorias¹¹⁶ e em outros instrumentos jurídico-processuais, tais como ação de nunciação de obra nova, ação de dano infecto, embargos de terceiro, ação de imissão de posse e ação publiciana.

Por isso que, neste quadrante, se tem como escorreito dizer que a posse é situação fática protegida pelo ordenamento jurídico, tendo em vista o pano de fundo da segurança jurídica e da estabilidade das relações jurídicas. Protege-se a posse porque, ao final de contas, está a proteger a pessoa, e não a propriedade.

Nesse sentido, Fachin, ao cuidar da eterna dicotomia entre as teorias subjetiva e objetiva, descreveu:

Examinando a doutrina nacional e estrangeira que tratou da matéria é possível estabelecer pontos fundamentais de distinção entre a teoria subjetiva e a teoria objetiva. Nesta, em Jhering, tudo gira em torno da propriedade, enquanto naquela o fulcro é a pessoa; para Savigny a posse é obtida á custa de uma vontade qualificada com “*animus domini*”, a partir da detenção, enquanto que Jhering a posse não é detenção qualificada, pois posse e detenção não se distinguem pela vontade mas sim pelo Direito, por um elemento normativo objetivo. Em Savigny, a posse reúne o *corpus*, o contato físico, e o elemento intencional, o *animus domini*. Para Jhering, a detenção é o contato físico sobre o qual incide disposição legal que impede a existência da posse em certas relações.¹¹⁷

O cerne da questão, a despeito da importância da eterna dicotomia entre as teorias acima, consiste no reconhecimento da autonomia da posse em relação à propriedade e na capacidade de considerá-la como situação fática tendente a acarretar outras situações jurídicas, sempre com os olhos voltados à possibilidade ou até mesmo à necessidade de ingerência social, econômica e ambiental.

Compreende-se, portanto, a posse numa perspectiva autônoma em frente aos direitos reais, sobretudo, o da propriedade, merecedora de respeito e proteção, especial e

¹¹² MOREIRA ALVES, José Carlos. *Posse*. Estudo dogmático. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. II, t. I, pp. 69-137.

¹¹³ Código Civil, artigo 1.210 e ss.; Código de Processo Civil, artigo 554 e ss.

¹¹⁴ Código Civil, artigo 1.238 e ss.; Constituição da República, artigos 183 e 191; Lei n. 6.001/73; Lei n. 6.969/81; Lei n. 10.257/01; Lei n. 13.465/17.

¹¹⁵ Código Civil, artigo 1.214 e ss.

¹¹⁶ Código Civil, artigo 1.219; Lei n. 8.245/91, artigos 35 e 36.

¹¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea...*, p. 27.

exclusivamente se vier inserida dentro de uma moldura cujos contornos são os preceitos constitucionais (solidariedade social, igualdade material, dignidade da pessoa humana, segurança, moradia e trabalho), de sorte a fortalecer o Estado brasileiro. Não se caracteriza num ângulo individualista e patrimonialista, e sim sob uma perspectiva do paradigma da socialidade. É, ao fim e ao cabo, uma visão da posse como fato protegido pelo direito, o qual lhe concederá a proteção devida se ela estiver funcionalizada rente aos interesses e às modificações sociais.

2.3.2 A necessária funcionalização da posse: a trilha para a transformação do sujeito em pessoa

O direito civil (leia-se o direito privado) foi orquestrado à base do ideário liberal. O individualismo e o patrimonialismo vieram a predominar no Século XIX, diante da premissa de assegurar aos cidadãos a igualdade formal. A pessoa humana era considerada na sua abstratividade, de modo neutro. Isso pelo fato de a sociedade da época buscar a menor ou até mesmo a inexistência de intervenção estatal.

Preocupava-se essencialmente com o que era o direito. Isto é, com o aspecto estrutural. O perquirir da finalidade do direito, ou seja, para que serve o direito não era, como regra, objeto de investigação àquele período. O direito era neutro, acrítico e a-histórico. Por isso, a utilização dos instrumentos jurídicos (institutos e categorias jurídicas) poderia implicar ao indivíduo redução dos seus atributos essenciais, sobretudo ao considerá-lo despido de suas peculiaridades, nuances. Nenhum é igual ao outro, ainda que em contextos culturais, históricos e sociais diversos.

A abstratividade de que se fala torna evidente no princípio da autonomia privada.¹¹⁸

Pereira retrata esse pensar no seguinte trecho:

Depois que o individualismo prosperou no século XVIII, proclamando a liberdade e a igualdade política, o homem do direito procurou defender a plenitude da liberdade jurídica no século XIX. Daí adveio a ideia de mais ampla liberdade de contratar, traduzida no princípio da autonomia da vontade, que Demogue ainda eleva a termos demasiadamente amplos. Proclamou-se que cada um tem o direito de proceder livremente, contratando ou deixando de contratar; ajustando toda espécie de avenças; pactuando qualquer cláusula; e que o juiz não pode interferir, ainda quando do contrato resulte para uma das partes a ruína completa. O contrato, como expressão da

¹¹⁸ Também conhecido como autonomia da vontade. Opta-se por autonomia privada rente a duas peculiaridades: (i) a autonomia é da pessoa, e não da vontade; (ii) atualmente, essa autonomia é tida, grosso modo, como a aptidão de a pessoa autorregurar as suas relações jurídicas nos limites impostos pelo ordenamento jurídico (ordem pública, soberania, dignidade da pessoa humana, igualdade material etc.), pelo que não pode considerá-la mais como ilimitada, sem contornos jurídicos.

liberdade individual, seria incompatível com as restrições que se oponha a esta liberdade.¹¹⁹

Considerar a pessoa de modo abstrato, sem ter em mente as suas distintivas, é conceder abertura à possibilidade de desrespeito aos seus atributos essenciais. É desrespeitar o seu modo de portar, a sua forma de ser. Consiste, ao término, na predominância do patrimonial sobre o existencial.

No palco do direito privado deve-se substituir o sujeito pela pessoa. Do abstrato ao concreto, ensejando uma inversão na ordem de preferência entre o patrimonial e o existencial. Tepedino esclarece:

A dignidade da pessoa humana constitui princípio remodelador das estruturas e da dogmática do Direito Civil brasileiro. Promove a funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais, realizando assim processo de inclusão social, com a ascensão à realidade normativa de interesses coletivos, direitos da personalidade e renovadas situações jurídicas existenciais, desprovidas de titularidades patrimoniais, independentemente destas ou mesmo em detrimento da vida, é a pessoa humana, na experiência brasileira, que se encontra no ápice do ordenamento devendo a ela se submeter o legislador ordinário, o intérprete e o magistrado.

Nessa perspectiva, a releitura do Direito Civil, com a passagem de seus princípios fundadores do Código à Constituição, revela processo de profunda transformação social, em que a autonomia privada passa a ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na noção de ordem pública. O indivíduo, elemento subjetivo basilar e neutro do Direito Civil codificado, deu lugar, no cenário das relações de Direito Privado, à pessoa humana, para cuja promoção se volta a ordem jurídica como um todo.¹²⁰

Com efeito, o indivíduo passa a ser apreciado rente às suas características pessoais, demonstrando assim suas diferenças, as quais também serão levadas em conta no processo de compreensão, interpretação e aplicação do direito. O instituto jurídico, cuja aplicação era empreendida de modo neutro, passa a ser vocacionado a interesses transcendentais ao individualismo e ao patrimonialismo oitocentista. É o desafio a ser enfrentado.

O laborar do operador jurídico voltado à travessia do percurso entre o sujeito e a pessoa parte da premissa de que os institutos e às categorias jurídicas devem potencializar “a sua função de realização dos valores superiores que foram positivados na Constituição.”¹²¹, na medida em que “os institutos de direito civil deixam de ser fins em si mesmo, merecedores de

¹¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* - vol. III. Atual. Caitlin Mulholland. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 25.

¹²⁰ TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, GUSTAVO; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 1.

¹²¹ KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: UERJ, 2009, p. 21.

tutela por sua própria estrutura, e passam a ser identificados como instrumentos destinados a realizar finalidades maiores, consagradas estadas no texto constitucional.”¹²²

A posse dotada de nítido caráter patrimonial deve ser exercida de maneira a concretizar situações existenciais. À pessoa exercente de atos possessórios não lhe cabe desenvolvê-los pura e simplesmente com o viés econômico e egoístico. Compreende-se o exercício funcionalizado da posse com a ingerência social, ambiental e econômica, fortalecendo assim situações existenciais.

A reboque desse ideário, afetar o exercício dos institutos jurídicos aos fins consagrados pelo ordenamento jurídico, sobretudo os estabelecidos na Constituição de 1988, estar-se-á empreendendo uma transformação do sujeito abstrato à pessoa humana, cuja análise concreta permite colocar o direito a serviço da vida, e não o contrário, estabelecendo “um diálogo permanente entre seres humanos que não deve cessar jamais.”¹²³

2.3.3 Da resignificação de eventual ocupação de bem público pelo particular: efeitos a serem observados

O ordenamento jurídico brasileiro tem como premissa alocar no campo da ilegalidade qualquer tipo de apossamento de bem público. Em nível constitucional, veda-se a usucapião de bens públicos, independentemente de sua adjetivação (comum, especial ou dominical), segundo artigos 183, § 3.º e 191, parágrafo único. Esse fato vem a ser corroborado pelo disposto no artigo 102 do Código Civil.

Em decorrência dessa vedação, há ainda o enunciado n. 619 de orientação interpretativa para inquietações jurídicas do Superior Tribunal de Justiça que assim estabelece: “A ocupação indevida de bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões ou benfeitorias.”

Essa maneira de ver a ocupação de bem público como detenção tem como fio condutor, se assim não fosse, a viabilidade de enfraquecer a dominialidade pública, a malversação do princípio da boa-fé objetiva, a possibilidade de invasões e construções ilegais, bem como o cabimento de apropriação privada do espaço público.¹²⁴ Isso porque, entender de modo diverso, implica atribuir os efeitos da posse à mera detenção, eis a *ratio decidendi*.

¹²² KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos...*, p. 28.

¹²³ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil...*, p. 3.

¹²⁴ STJ, REsp n. 945.055-DF, 2.ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, data do julgamento: 02.06.2009, local e data da publicação: *DJe* 20.8.2009.

Contudo, se considerar detenção “como a situação fática de uma pessoa que apenas serve ao verdadeiro possuidor, tendo em vista a sua relação de subordinação para com aquele”¹²⁵ ou aquele “que se encontra com o bem por mero ato de tolerância ou precária permissão do verdadeiro possuidor”¹²⁶, o pano de fundo da decisão pode ser ressignificado.

Não se pode, primeiro, tratar como fundamento generalizante que toda a ocupação levada a efeito por particular em bem público venha a caracterizar detenção. Os bens públicos também estão submetidos a determinada vocação. Os comuns estão voltados ao uso comum do povo; enquanto os especiais são vocacionados ao serviço ou ao estabelecimento da administração federal, estadual, distrital ou municipal, inclusive de suas autarquias; por fim, os bens dominicais são os pertencentes ao patrimônio do Poder Público, mas destituídos de afetação prévia a certo fim, podendo, obedecidos os requisitos legais, serem alienados. Estes últimos caracterizam-se como patrimônio disponível do Poder Público.

O que se deve considerar é que os bens públicos, não obstante a função que os qualifica em comuns, especiais e dominicais, devem observar a função social.¹²⁷ É de se ressaltar que “o fim obrigatório que informa o domínio público não acarreta sua imunização aos efeitos emanados do princípio da função social da propriedade, de modo que o princípio da função social da propriedade incide sobre o domínio público[...]”¹²⁸. Pressupõe o interesse público sob duas vertentes, quais sejam, o primário e o secundário, certo de que o primeiro relaciona-se com o interesse comum, e não o interesse patrimonial do Estado.

Então, os bens públicos devem estar a serviço do interesse coletivo, sejam observando a ordenação do solo urbano, sejam atendendo a outros interesses públicos relevantes, tal como “a possibilidade de utilização privativa, desde que seja compatível e não prejudique o fim principal a que o bem se destina.”¹²⁹

¹²⁵ SCHREIBER, Anderson... [et al.]. *Código civil comentado...*, p. 952.

¹²⁶ SCHREIBER, Anderson... [et al.]. *Código civil comentado...*, p. 952.

¹²⁷ Existe doutrina que entende que o bem público, a princípio, não tem função social, tendo em vista que ele é função social, e não tem função social. Agrega-se a isso o fato de a função social ser aplicável aos bens privados, na medida em que apenas a propriedade privada deve observar os contornos estabelecidos por essa cláusula geral. (LOPEZ Y LOPEZ, Angel M.. *La disciplina constitucional de la propiedad privada*. Madri: Tecnos, 1988, p. 82). Com esse pensar, “[...] a idéia da *função social* como vínculo que atribui à propriedade conteúdo específico, de sorte a moldar-lhe um novo conceito, só tem sentido e razão de ser quando referida à *propriedade privada*. A alusão à função social da *propriedade estatal* qualitativamente nada inova, visto ser ela dinamizada no exercício de uma *função pública*. E a referência à função social da *propriedade coletiva*, como vínculo a tangê-la, consubstanciaria um pleonasma. Não obstante, embora a afirmação da *função social da propriedade* compreenda, prévia – porém não declarada, explicitamente – afirmação da *propriedade privada*, umas tantas vezes a primeira afirmação foi e permanece sendo, tida como ‘revolucionária’.” (EROS, Roberto Grau. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica). 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 211).

¹²⁸ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função social da propriedade pública...*, p. 159.

¹²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular...*, p. 248.

Diante da coerência e da integridade do ordenamento jurídico, sobretudo a evitar uma interpretação constitucional em tiras¹³⁰, a atribuição de fins, serviços ou finalidades aos institutos de direito público, sobretudo a propriedade, deve ser observada e, para tanto, invoca o seguinte arremate:

Pelo exposto se conclui que a ideia de função social, envolvendo o dever de utilização, não é incompatível com a propriedade pública. Esta já tem uma finalidade pública que lhe é inerente e que pode e deve ser ampliada para melhor atender o interesse público, em especial aos objetivos constitucionais voltados para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e à garantia do bem-estar de seus habitantes.

Com relação aos bens de uso comum do povo e bens de uso especial, afetados, respectivamente, ao uso coletivo e ao uso da própria Administração, a função social exige que ao uso principal a que se destina o bem sejam acrescentados outros usos, sejam públicos ou privados, desde que não prejudiquem a finalidade a que o bem está afetado.

Com relação aos bens dominicais, a função social impõe ao poder público o dever de garantir a sua utilização por forma que atenda às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, dentro dos objetivos que a Constituição estabelece para a política de desenvolvimento urbano.

Se a função social da propriedade pública impõe para o poder público um dever, significa para os cidadãos um direito de natureza coletiva exigível judicialmente, em especial pela via de ação popular e ação civil pública.¹³¹

A partir da referência de que a titularidade proprietária só se legitima, sobretudo nos conflitos entre titulares e não titulares, quando houver o exercício possessório funcionalizado pelo titular. A propriedade não se legitima por si só. Ela é o exercício da posse funcionalizada. O efetivo exercício dos atos possessórios sobre os bens públicos deve estar direcionados à concretização do projeto constitucional, sobretudo os consagrados nos fundamentos e objetivos fundamentais da Constituição de 1988.

Com essas ideias, reporta-se novamente à afirmação de que eventual ocupação de bens públicos por particulares não deve ser tachada genericamente de mera detenção. A dinâmica dos fatos pode conduzir à conclusão diversa. Os bens públicos, objeto de ocupação por particulares, podem estar destituídos dos fins previamente traçados pelo ordenamento, o que faz com que eles sejam formalmente públicos, mas não materialmente públicos. Só públicos na forma, porém na essência não os são.

O poder público não concede função social ao bem público. O particular pode atribuir, tal como se vê em situações em há legitimação de posse ou concessão de direito real de uso.

¹³⁰ “Aqui devo salientar, contudo, inicialmente, que, assim como jamais se interpreta *um texto normativo*, mas sim *o direito*, não se interpretam textos normativos constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição, no seu todo. Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços.

A interpretação de qualquer norma da Constituição impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dela - da norma - até a Constituição.” (EROS, Roberto Grau. *A ordem econômica na Constituição de 1988...*, p. 150).

¹³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular...*, pp. 254-255.

Assim, dizer que há desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva, não é adequado tecnicamente. Parece que a inobservância a essa cláusula geral advém do próprio Poder Público, já que, não raras as vezes, se queda por inerte, acarretando a outrem a legítima expectativa a respeito de um direito, e depois vem a agir de modo diverso. O portar da Administração não condiz com a lealdade, probidade e honestidade. Regra de conduta incompreensível na multifacetada sociedade.

Se um dos fundamentos do decidir seja a possibilidade novas invasões, construções ou apropriação do espaço público, tem-se que o adequado é o Poder Público exercer rígida e imediatamente o poder de polícia de modo a evitar tais situações. É não deixar transcorrer por razoável período que venha a criar legítima expectativa nos ocupantes. Essa atuação pode dar-se administrativa ou judicialmente.

É de se destacar que não está a incentivar a particularização do bem público. O que se busca é proceder a uma resignificação dos efeitos surgidos quando houver ocupação de bem público por particular, sobretudo se o ente estatal não tiver funcionalizando o bem público. Também não pretende realizar uma releitura da proibição de usucapir bem público rente à função social da titularidade proprietária, mas sim possibilitar efeitos outros condizentes ao exercício funcionalizado dos atos possessórios, tais como retenção por benfeitorias, indenizações e revisitação da discricionariedade administrativa em outorgar ou não o uso privativo do bem.

Portanto, a ocupação de bem público por particulares não se caracteriza, *a priori* e genericamente, como indevida pelo simples fato de inexistir autorização formal do poder público. Os anseios e as modificações sociais são elementos aptos a conformar o direito, eis que este é, à exaustão, posto a serviço da vida. Se sobre o bem público, especialmente o dominical, não houver efetivo e concreto desenvolver da função social, e se o apossamento deste bem pelo particular trazer a reboque uma afetação destinada a concretizar os preceitos constitucionais (dignidade da pessoa humana, solidariedade social, igualdade material, moradia, segurança e trabalho), construindo um Estado Democrático e Social de Direito, o não titular proprietário deverá beneficiar-se dos efeitos processuais e materiais da proteção possessória. O bem formalmente público, mas não materialmente, não merece provimento protetivo do ordenamento.

2.4 DA FUNCIONALIZAÇÃO E DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Com base nos ideais do Iluminismo, a titularidade proprietária era tida como direito absoluto. Este não no sentido de ser oponível *erga omnes*, mas sim com o sentido de que o exercício da titularidade proprietária poderia ser levado ao cabo e ao fim ainda que em sentido contrário aos interesses da coletividade. Era a essência do individualismo e do patrimonialismo de então. Nos Séculos XVIII e XIX houve o estabelecimento dos contornos da propriedade clássica.

Essa visão da titularidade era produto dos influxos econômicos, políticos e sociais da época. O aspecto religioso também era apto a conformá-la. Em verdade, era “uma legislação feita para o marido, para o pai, para o patrão, para o credor e para o proprietário.”¹³²

Ao sujeito lhe era dado manifestar, como regra e ilimitadamente, a sua aptidão de autorregramento. O exercício mais amplo de sua autonomia; sua liberdade. A propriedade era reflexo da liberdade. Isso porque:

A Revolução Francesa decretou a destruição do feudalismo e a supressão da propriedade parcelada, criando um modelo proprietário de feição liberal-individualista que tem um significado histórico de destruição dos institutos feudais que a imobilizavam e de construção de um sentido de livre acesso e livre circulação da propriedade. Esse modelo encontra-se suas raízes teóricas no jusnaturalismo racionalista e na filosofia liberal. O jusracionalismo teve seu momento máximo na Ilustração, mas suas bases vinham se formando de há muito, e permitiu a visualização da propriedade como um direito natural e inato ao homem. O liberalismo permitiu que todos os interesses do indivíduo – inclusive sua liberdade pessoal – fosse articulados na linguagem da propriedade. Por isso é que se pode dizer que pensadores como HOBBS, LOCKE e KANT colaboraram, de uma forma ou de outra, e apesar de eventuais discordâncias de pensamento, para a conformação do moderno direito de propriedade.

Sob forte influência de tais idéias, a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 iria conceituar a propriedade como um direito inviolável e sagrado, do qual ninguém poderia ser privado, salvo se por necessidade pública comprovada e mediante a devida indenização. Esse núcleo ideológico (inviolabilidade e sacralidade) vai constituir o novo conceito de propriedade, convertido em peça essencial do credo jurídico burguês.¹³³

O retrato da propriedade daí decorrente foi lançado na moldura codificadora oitocentista. Além da pretensão abstrata e totalizante, veio a consagrar a titularidade proprietária no seu ápice.

¹³² NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil, volume IV: direitos patrimoniais e reais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 215.

¹³³ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 92-94.

À linha do Código Civil francês, os demais Códigos, fundados numa concepção liberal, atribuíram ao exercício da titularidade proprietária um caráter individualista, afastando, de regra, “as possibilidades de apropriação comunitária ou coletiva.”¹³⁴ Cabe destacar que “É o Código de Napoleão que, além de fixar em termos legais o nascimento da propriedade moderna, vai coloca-la como um modelo extensível a toda a sociedade organizada nas fronteiras da atividade mercantil/capitalista.”¹³⁵

A codificação brasileira de 1916, inspirada no modelo francês e tendo como pano de fundo a ideologia que o marcou¹³⁶, não conceituou a propriedade. O que se fez consiste no reconhecimento dos atributos desta. Enfatizou, em vez da noção conceitual, o conteúdo da titularidade. Ou seja, os poderes do titular proprietário.

À época, sob a influência do contexto histórico, o exercício desses poderes era, em princípio, ilimitado, incondicionado e absoluto.¹³⁷ A utilização desses poderes poderia inclusive acarretar o abuso do direito. O seu exercício poderia ser antissocial e antieconômico, o que não ensejava juízo de valor negativo por parte do ordenamento jurídico. A limitação era pura e simplesmente a que adviesse da lei.

O reconhecimento da propriedade da forma como se deu vem ao encontro da construção de uma sociedade liberal, individualista e patrimonialista. Não podia, ainda que atualmente se possa causar certa perplexidade, ser diferente. A maneira pela qual alcançaria os fins liberais era, além de realçar a autonomia da vontade, conceder à propriedade esse viés ilimitado.

A propriedade, tal como o direito, é fruto da cultura, diante do que ela se transforma de acordo com a modificação do contexto histórico. A titularidade proprietária é o traçar de seu tempo.

Bem ou mal, percebeu-se que a liberdade e a igualdade formais poderiam implicar desconforto, sobretudo por considerar a pessoa humana sua abstração. E a reboque, surgiu a necessidade de perquirir a pessoa rente às suas características, e não de modo generalizante.

¹³⁴ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso da propriedade e suas rupturas...*, p. 97.

¹³⁵ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso da propriedade e suas rupturas...*, p. 99.

¹³⁶ [...] o Código Civil, bem se sabe, é fruto das doutrinas individualista e voluntarista que, consagradas pelo Código de Napoleão e incorporadas pelas codificações do século XIX, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu o nosso Código Civil de 1916. Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo.” (TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. Temas de direito civil*, v. 3, p. 1-22, 2004, p. 2).

¹³⁷ “[...] fixam-se os poderes que podem ser exercidos de forma absoluta, salvo as restrições legais. Tais restrições funcionam como limitações, e não como delimitações, dos poderes proprietários e residem, via de regra, no direito administrativo.” (CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso da propriedade e suas rupturas...*, p. 107).

Como efeito dessa percepção, surgida no decorrer da construção de um novo contexto histórico, passa-se a entender que os poderes do proprietário devem ser exercidos, ao lado da concretização da individualidade, de acordo com os interesses comuns/sociais. As duas funções (individual e social) andam lado a lado e de mãos dadas.

Rocha, ao trabalhar com a função social da propriedade, destaca ser “tema presente no pensamento social da Igreja Católica Apostólica Romana, que enxerga a propriedade como um direito subordinado à realização do bem comum.”¹³⁸ À linha do exposto, Ferraz destaca:

A doutrina social da Igreja católica é apontada pelos estudiosos como fonte de inspiração para noção jurídica da função social da propriedade. Para além da já citada encíclica *Rerum Novarum* (1891), também as Encíclicas *Mater et Magistra*, do Papa João XXII (1961), *Populorum Progressio*, do Papa Paulo VI (1967) e *Centesimus Annus*, do Papa João Paulo II (1991) dedicaram-se, direta ou indiretamente, a consagrar a propriedade privada como direito fundamental, porém submetido às limitações impostas pela função social.¹³⁹

A ideologia trazida demonstra que o uso da propriedade não se encontra voltada ao mero capricho da pessoa. Não se condiz com uso egoístico. O exercício de seus atributos direciona-se à satisfação dos interesses da humanidade, sem descurar para o aspecto de que ele serve também à realização do projeto de vida, do desenvolvimento da personalidade, da pessoa.

Além dessas manifestações de cunho religioso, Léon Düguit manifestava-se no sentido de socializar a propriedade se houvesse o exercício de seus poderes de modo a realçar o uso da terra e a sua efetiva morada.¹⁴⁰ Destaca-se a funcionalização da propriedade e, retira-se de certa forma, o protagonismo da propriedade como direito subjetivo ilimitado, incondicionado.

Destaca-se que a propriedade permanece capitalista, porém com pitadas funcionais, sobretudo porções de respeito aos interesses metaindividuais, coletivos e difusos. Observando-lhes. Não significa dizer que a funcionalização do direito de propriedade consiste na “conversão da propriedade particular em propriedade coletiva”¹⁴¹, sob pena de, se assim fosse, estaria a se adotar o ideário socialista. E não é esse o seu fim. É compatibilizar, ao fim e ao cabo, o direito de propriedade ao exercício em que se observe tanto a satisfação individual, como os interesses coletivos. É possível denominar o uso como múltiplo, na medida em que se observa os interesses individual e coletivo, os quais exercem ingerências recíprocas.

¹³⁸ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função social da propriedade pública...*, p. 70.

¹³⁹ MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. *Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2014, p. 295.

¹⁴⁰ MUÑOZ, Jaime Rodrigues-Arana. Sobre las transformaciones de derecho público de León Düguit. *Revista Interesse Público*, ano 16, n. 84, p. 150, Belo Horizonte. Fórum, abr.-mar., 2014.

¹⁴¹ MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. *Tratado de direito administrativo...*, p. 291.

Ao garantir o direito de propriedade, sobretudo por entender ser ele essencial à subsistência do ser humano, era (é) comum a elevação de direito dessa natureza a assento constitucional, bem assim sua afetação ao uso coletivo. As constituições mexicana (1917)¹⁴² e de Weimar (1919)¹⁴³ assim fizeram. No ordenamento jurídico brasileiro “a função social da propriedade ganha projeção nos textos constitucionais a partir da Constituição Federal de 1934 que, no art. 113, § 17, no título destinado à Ordem Econômica e Social, garantia o direito de propriedade, mas vedava o seu exercício contra o interesse social ou coletivo [...]”¹⁴⁴ Em 1937, a Constituição então outorgada não cuidou da matéria, ao passo que as próximas Constituições vieram a condicionar o conteúdo a ser exercido pelo titular proprietário a uma finalidade social.

Ora se vê a Constituição de 1988 assegurando, com nítida essência de direito fundamental e alocação no título que trata como tal, a propriedade, atribuindo-lhe contornos sociais, conforme se verifica nos artigos 5.º, incisos XXII e XXIII, 170, inciso III, 182, § 2.º e 186, o que pressupõe compreensão, interpretação e aplicação sistemática. São dispositivos que se completam, de sorte a possuírem influxos recíprocos, assegurando a todos a existência digna e colaborando com a construção e o desenvolvimento do Estado Democrático e Social brasileiro.¹⁴⁵

¹⁴² “Art. 27. A propriedade da terra e da água, dentro dos limites do território nacional, originalmente pertence à Nação, que teve e tem o direito de transmitir a propriedade aos indivíduos, constituindo propriedade privada. Esta não pode ser desapropriada, exceto no caso de utilidade pública e mediante o pagamento de uma indenização. A nação terá em todos os momentos o direito de impor a propriedade privada limitações ditadas pelo interesse público, assim como o regular aproveitamento de elementos naturais suscetíveis de apropriação, para fazer uma distribuição equitativa da riqueza pública e para cuidar de sua preservação. Com este objetivo serão adotadas as medidas necessárias ao fracionamento dos latifúndios. Para o desenvolvimento da pequena propriedade; para a criação de novos centros população agrícola para a terra e água que lhes sejam indispensáveis; para a promoção da agricultura e para evitar a destruição dos elementos e os danos que a propriedade pode sofrer em prejuízo da sociedade.” (MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. *Tratado de direito administrativo...*, p. 294).

¹⁴³ “Art. 153. A propriedade é garantida pela Constituição. Leis determinarão seu conteúdo e limitação. A desapropriação só pode ser declarada com base nas leis vigentes e com a finalidade de bem-estar público. Ela tem de ser executada com a indenização adequada, salvo indicação em contrário por lei. Quanto ao montante da indenização, o curso nos tribunais gerais do direito tem de ser mantida aberto no caso de uma controvérsia, a menos que as leis especifiquem o contrário.

A desapropriação contra os estados, comunidades ou organizações de caridade só pode ser executada se for acompanhada de uma compensação adequada. A Propriedade obriga. A sua utilização simultaneamente deve servir ao bem comum.” (MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. *Tratado de direito administrativo...*, p. 294).

¹⁴⁴ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função social da propriedade pública...*, p. 77.

¹⁴⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 5. ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 39/2002. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 191.

2.4.1 A propriedade sob o viés de relação jurídica complexa¹⁴⁶

Constitui pensar comum o de que a funcionalização social da propriedade implica limite externo aos exercícios de seus atributos. Mas não merece prosperar tal pensamento. Extraem-se os poderes-deveres da propriedade, os quais não são limitados pela função social. Esta não possui viés negativo. Na verdade, ela tem contornos positivos aptos a afastar a ideia de que a propriedade constitui essencialmente direito subjetivo absoluto, a ser exercitado com a observância dos interesses individuais, egoísticos não rara as vezes, do seu titular.¹⁴⁷

Com base na constitucionalização prospectiva do direito, sobretudo o privado, a função de um instituto jurídico é apta a pré-determinar a sua estrutura. Ou seja, o para que serve (função) o instituto jurídico, rente aos interesses abraçados pela sociedade, dita o quadrante dentro do qual o que é (estrutura) propriedade deve-se inserir.

Ao tratar da cuidar da mudança de olhar sobre a propriedade, isto é, da estrutura à função do direito de propriedade, Schreiber descreve:

Na concepção individualista do direito de propriedade, definido como o direito de usar e dispor das coisas "de la manière plus absolue", parece evidente que a função do domínio correspondia unicamente à proteção dos interesses do proprietário. O titular do direito de propriedade era dotado de um direito quase absoluto, cuja amplitude esbarrava apenas em limitações de caráter negativo, obrigações de não fazer que lhe eram impostas pelo Poder Público. E mesmo essas obrigações negativas eram consideradas excepcionais e estranhas ao instituto da propriedade.

A tudo isso veio se opor a ideia de função social. A crise de legitimação da propriedade privada e o movimento solidarista evidenciaram a necessidade de se tutelar, com o instituto da propriedade, não apenas os interesses individuais e patrimoniais do proprietário, mas também interesses supra-individuais, de caráter existencial, que poderiam ser prejudicados pelo irresponsável exercício do domínio (e.g., preservação do meio ambiente e bem-estar dos trabalhadores). Altera-se, assim, drasticamente a função da propriedade, que passa a abarcar também a tutela de interesses sociais relevantes.

Como se vê, a modificação é essencialmente de função, mas a inserção de interesses sociais no elemento funcional gera, por via reflexa, uma remodelação da estrutura do direito de propriedade. A propriedade passa a ser vista não mais como direito absoluto ou "poder inviolável e sagrado" do proprietário, mas como situação jurídica subjetiva complexa em que se inserem direitos, deveres, ônus, obrigações. Esses deveres não equivalem àqueles de caráter negativo, considerados externos ao domínio e impostos ao proprietário em nome do interesse público ou do poder administrativo de polícia. São deveres de caráter também positivo atribuídos ao titular do domínio como consequência do próprio direito de propriedade; sua origem não se situa em um fator

¹⁴⁶ “Não obstante a doutrina mais tradicional ser contrária à aplicação do conceito de relação com referência ao instituto de propriedade, este, como qualquer situação subjetiva, a pressupõe.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional...*, p. 929). Em decorrência disso e pelo próprio fim da relação jurídica, opta-se metodologicamente em manter a titularidade como relação jurídica complexa.

¹⁴⁷ “Como a função social é um elemento essencial definidor do próprio direito de propriedade, e não uma técnica jurídica limitativa do exercício dos poderes proprietários, pode-se afirmar que não há propriedade sem função social. Equivale dizer: o proprietário que não faz cumprir a função social da propriedade não merece a tutela que é atribuída ao proprietário que utiliza sua propriedade de forma adequada ao interesse social.” (CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso da propriedade e suas rupturas...*, p. 184).

externo qualquer que justifique a limitação do exercício do direito, mas, ao contrário, encontra sua gênese no interior do próprio instituto, mais precisamente em seu elemento funcional.¹⁴⁸

Esse novo olhar a respeito do instituto jurídico da propriedade, faz-se com que a sua funcionalização atribua novo colorido a sua estrutura. Modula o seu conteúdo. Pode-se então dizer que, ao lado dos tradicionais atributos da propriedade (usar, gozar, dispor e reaver), existe a função social. Eles são exercidos harmonicamente, na medida em que a função social não tem o condão de eliminar o direito de propriedade, e sim conceder um plexo de situações jurídicas a formatá-la, tais como direitos, ônus, obrigações e deveres.

O exercício do direito subjetivo de propriedade consiste apenas numa face da moeda. Na outra existe o direito subjetivo da coletividade. Assim, o direito de exigir do titular proprietário de que terceiros não obstem o exercício escorreito dos atributos da titularidade corresponde, na mesma intensidade, ao direito subjetivo da coletividade de que o titular venha a exercer a função social. Da titularidade da situação jurídica patrimonial extraem-se complexo de direitos, obrigações, deveres, ônus e encargos aptos a modulá-la, isso porque “a função social exige a compreensão da propriedade privada já não como verdadeiro monólito passível de dedução nos códigos oitocentistas, mas como um pluralidade complexa de situações jurídicas reais, que englobam, concomitantemente, um complexo de situações jurídicas subjetivas.”¹⁴⁹

Desse vínculo que se estabelece entre o titular proprietário e os não titulares a respeito da situação jurídica patrimonial (propriedade) decorrem poderes e deveres atribuíveis a todos os sujeitos. O titular proprietário podendo exercer o interesse individual, enquanto os não titulares são possuidores do interesse coletivo. São poderes e deveres estabelecidos com a finalidade de tutelar um interesse.

É de se ressaltar que o fundamento ideológico desta relação jurídica complexa não reside no individualismo. O plexo de situações jurídicas deriva de sua funcionalização, na medida em que várias relações se mesclam, sobretudo os interesses individual e coletivo, o que justifica a pluralidade de direitos e deveres existentes na propriedade.

Num sentido amplo, do fato jurídico propriedade decorrem direitos, ônus, encargos, obrigações etc. para os partícipes da relação jurídica proprietária, seja para o seu titular, sejam para os não titulares. Aquele não pode mais exercer os atributos da titularidade de modo ilimitado, pelo simples fato de ser o dono. No vínculo se misturam, se condicionam

¹⁴⁸ SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira. SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, pp. 243-266, 2013, pp. 246-248.

¹⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. Saraiva, 2002, p. 148.

reciprocamente, os interesses individual e coletivo. Ao lado dos tradicionais atributos, temos o vocacionar o instituto ao bem-estar social. Nesse sentido:

[...] uma vertente ou dimensão objectivo-institucional (derivada da função social que cada categoria de bens se encontra obrigada a cumprir) e, simultaneamente, um vertente subjectiva-individual que integra o conteúdo essencial deste direito. Estas duas vertentes não se opõem uma à outra, antes pelo contrário, a determinação do aspecto objectivo não visa senão a reforçar o aspecto subjectivo do mesmo.¹⁵⁰

É com esse caminhar que se vê a propriedade como relação jurídica complexa, na medida em que será apta (i) a compreender o fenómeno jurídico tal como se apresenta e (ii) a buscar resposta para o caso concreto que venha a ser submetido à investigação.

Tendo em vista a repersonalização do direito privado e, a reboque, a sua despatrimonialização, a propriedade não constitui direito subjetivo absoluto, cujos atributos são exercidos livremente pelo seu titular, e sim situação jurídica vocacionada a realizar “uma função individual-social.”¹⁵¹ Sob esse aspecto, deve-se considerar, rente à atual sociedade, a propriedade como relação jurídica complexa¹⁵², vez que munida de um plexo de situações jurídicas direcionadas tanto ao titular proprietário como aos não titulares.

2.4.2 A função social da propriedade na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Em busca de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual a igualdade material e a dignidade da pessoa humana são vetores a serem buscados, a Constituição de 1988 veio a consagrar o direito de propriedade com o qualificativo de direito fundamental e, a fim de estabelecer seus contornos, determinou que ela (propriedade) viesse a atender a função social, consoante o artigo 5.º, incisos XXII e XXIII.

¹⁵⁰ FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. *Direito ao meio ambiente e propriedade privada*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 178.

¹⁵¹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional...*, p. 671.

¹⁵² “Não se pode negar que, nos últimos anos, a disciplina da propriedade sofreu grandes transformações, não somente pela condução política dos interesses do Estado e do todo social, mas também devido ao efeito das novidades legislativas inauguradas com a defesa dos interesses difusos e metaindividuais (proteção da flora, da fauna, limitação à caça, à pesca, concepção lógica de bens de interesse cultural e ambiental, atenção ao uso funcional da propriedade urbana e rural, bem como da expansão das construções civis nos núcleos urbanos), que acrescentaram fundamentos novos à expressão e ao conteúdo de *função social da propriedade*. Dentro do sistema de direito privado, essas inovações colheram e colhem institucionalização e acrescentam elementos mais abrangentes ao sentido de ‘propriedade’.”

Por esses influxos múltiplos que colhem o proprietário e o bem de sua titularidade num contexto próprio, de um feixe de *poderes e de deveres, direitos e obrigações*, ônus e faculdades, podemos dizer que a propriedade é situação jurídica complexa.” (NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: direito das obrigações*, volume II..., pp. 178-179).

Como se vê, o constituinte tutelou o trato individual da titularidade proprietária, mas também reconheceu que o seu exercício deve-se coadunar com o interesse coletivo, o bem-estar social, econômico e ambiental. São interesses afins, vez que buscam materializar o exercício duma situação jurídica patrimonial para a realização de situações jurídicas existenciais. É o ter voltado à concretização do ser. Consiste, nos dizeres de Tavares, na dupla dimensão da propriedade, já que cuida de direito individual (aspecto tradicional), quanto direito socioeconômico, servindo aos desideratos sociais/coletivos.¹⁵³

Não bastasse, ao cuidar dos princípios gerais da atividade econômica, a Constituição elevou a categoria de princípio a função social da propriedade (artigo 170, inciso III), reconhecendo-a, inclusive, como instrumento de implementação de políticas públicas¹⁵⁴, na medida em que a alocou na ordem econômica. É pertinente dizer que:

Na Constituição (art. 170), a função social da propriedade é ordenada para a realização da justiça social. Assim, quando a propriedade integra a atividade econômica, compondo-a ou sendo objeto de circulação, deve seu exercício realizar ‘os ditames da justiça social’. O princípio normativo da função social da propriedade (inciso III do art. 170) é, conseqüentemente, modo de realização da justiça social, que, por sua vez, tem por fito ‘assegurar a todos existência digna’, para o que é necessário ‘reduzir as desigualdades sociais’ (CF, arts. 3.º, III, e 170, VII). Desse modo, a existência digna de todos que sejam afetados pelo exercício da posse e da propriedade é a finalidade última da função social destas, e o meio para alcançá-la é a redução das desigualdades sociais.¹⁵⁵

Os artigos 182, § 2.º e 186, *caput*, da Constituição de 1988, ditaram as diretrizes, isto é, conceberam o regime específico para que se considere cumprida a função social da propriedade urbana e a rural, respectivamente.

Pode-se, em decorrência desses dispositivos, concluir que o constituinte de 1988 conduziu a titularidade proprietária à categoria de direito fundamental. Essa titularidade proprietária encontra-se a caminhar lado a lado com a função social, de sorte que não há que se falar de propriedade sem trazer a lume a sua funcionalização. São institutos jurídicos que devem ser compreendidos, interpretados e aplicados simultaneamente¹⁵⁶, isso porque na sociedade brasileira houve o reconhecimento da prevalência das situações existenciais em detrimento das situações patrimoniais. O paradigma da socialidade está a nortear o atual ordenamento jurídico, afastando-se do individualismo oitocentista. A titularidade só será protegida se ela estiver a serviço dos anseios sociais.

¹⁵³ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 582.

¹⁵⁴ EROS, Roberto Grau. *A ordem econômica na Constituição de 1988...*, p. 15.

¹⁵⁵ LOBO, Paulo. *Direito civil: coisas...*, p. 130.

¹⁵⁶ LOBO, Paulo. *Direito civil: coisas...*, p. 123.

2.4.3 Dos instrumentos postos à disposição do poder público para efetivação da função social da propriedade

A função social é diretriz que se impõe. Ela faz parte do conteúdo da propriedade. Como dito, não há propriedade sem função social. O seu descumprimento gera efeitos jurídicos sancionatórios, enquanto o cumprimento implica benefícios ao titular proprietário ou àquele que assim procede, tal como o possuidor não proprietário.

A Constituição de 1988, ao cuidar da política urbana (artigo 182, § 4.º), concedeu permissão ao legislador infraconstitucional para que determinadas áreas, estabelecidas em lei específica, fossem vocacionadas ao bem coletivo, à segurança e ao bem-estar dos cidadãos. E, se essas áreas caracterizassem como não edificadas, subutilizadas ou não utilizadas, poderiam, de acordo com o prefixado na lei nacional¹⁵⁷, aplicar as seguintes sanções: (i) parcelamento ou edificação compulsórios; (ii) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; e (iii) desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais, conforme incisos I, II e III do citado artigo.

Percebe-se que são instrumentos jurídicos postos à disposição do Poder Público municipal a fim de que exista o aproveitamento adequado do solo. Ao fim e ao cabo, que se cumpra a função social, ou seja, “realizar as chamadas funções urbanísticas de propiciar *habitação* (moradia), condições adequadas de *trabalho*, *recreação* e de *circulação* humana.”¹⁵⁸

Interessante notar que, para chegar ao ápice da sanção (desapropriação), o percurso é dificultoso, na medida em que necessita de (i) inclusão da área que pretende empreender certa funcionalização no plano diretor; (ii) aprovação de lei específica a fim de exigir do titular proprietário o uso adequado compulsório do solo; (iii) não parcelar nem edificar compulsoriamente; (iv) frustração na utilização da progressividade do imposto predial e territorial urbano. Transcorrido este *iter*, fala-se então em desapropriação urbanística sancionatória, pela qual haverá transferência compulsória do imóvel ao município, já que, após imposição de várias sanções para que cumprisse a sua funcionalização, não atendera ao chamado constitucional, qual seja, empreender situações jurídicas patrimoniais para a

¹⁵⁷ Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Esta Lei denomina-se Estatuto da Cidade, conforme seu parágrafo único do artigo 1.º.

¹⁵⁸ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro...*, p. 428

construção de uma sociedade justa, livre e solidária, na qual se busca a realização do projeto de vida da pessoa humana, moldurando-o à esteira da igualdade material e da dignidade da pessoa humana.

Corroborando com a ideia de que se aplica também aos bens públicos a função social, e não apenas aos particulares, uma vez incorporado o imóvel ao ente desapropriante, deverá este realizar o adequado aproveitamento do imóvel desapropriado.¹⁵⁹ Se o adequado aproveitamento caracteriza-se como ordenação do “pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana” (Estatuto da Cidade, artigo 1.º, *caput*), significa que ao Poder Público municipal aplica-se a necessidade de, ao exercer os poderes da titularidade, voltar-se às situações existenciais. Patrimônio existe para implementar situações existenciais. Eis a ideia que se tem como apta a afastar a afirmação de que bem público é função social, e não tem função social. Ora, se é função social, o disposto no Estatuto da Cidade (artigo 8.º, §§ 4.º e 5.º) seria inócuo, tendo em vista que o fato de o titular ser o Poder Público, por si só, já implicaria função social, o que parece não ser. Na visão do legislador infraconstitucional, o Município tem que dar função social ao bem desapropriado.

No âmbito constitucional, temos ainda a possibilidade de se proceder à desapropriação de imóvel rural que não esteja cumprido a função social (artigo 184), cujos requisitos estão previstos no artigo 186. Caracteriza-se, ao lado da destinação de terras públicas e aquisição por compra, como instrumento para obtenção de terras para reforma agrária, de sorte que imóvel rural que não cumpre a sua função social é retirado compulsoriamente do titular proprietário e destinado, mediante redistribuição, a pessoas vocacionadas, ao menos em tese, ao seu cumprimento (função social), visando à reestruturação da estrutura fundiária.¹⁶⁰ Em nível infraconstitucional, deve-se observar os preceitos estabelecidos para a aferição da função social da propriedade rural constantes no artigo 9.º¹⁶¹ da Lei n. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, que

¹⁵⁹ O Estatuto da Cidade dispõe o seguinte:

Art. 8.º - Decorridos cinco anos da cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.

[...]

§ 4.º - O Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco de cinco anos, contado a partir de sua incorporação ao patrimônio público.

§ 5.º - O aproveitamento do imóvel poderá ser efetivado diretamente pelo Poder Público ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, observando-se, nesses casos, o devido procedimento licitatório.

¹⁶⁰ MAIA, Cláudio; FIDELES, Júnior; MEDINA, Gabriel. Reforma agrária. *Agricultura Familiar em Goiás*, 2016, pp. 228-252.

¹⁶¹ Art. 9.º - A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo graus e critérios estabelecidos nesta lei, os seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

veio a regulamentar os dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição de 1988.

Ainda com o aspecto sancionatório, é possível extrair do Código Civil o que vem a ser denominado de desapropriação privada¹⁶² ou, com certa variação terminológica, desapropriação judicial privada, segundo consta no artigo 1.228, § 4.º. Por meio deste instituto, há reforço da ideia de que no conteúdo da propriedade existe uma funcionalização, de modo que percebe “permanente estímulo a que o proprietário dê à terra a sua inarredável função social.”¹⁶³ O direito não se coaduna com a propriedade ociosa. Isto é, o paradigma da socialidade que veio a nortear o Código Civil vigente, abeberando-se dos preceitos constitucionais, sobretudo a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a igualdade material, não permite a inércia do titular proprietário e, com maior repúdio, o uso contrário aos anseios sociais, à proteção ambiental e à inefetividade econômica, o que se pode denominar a tríplice funcionalização da titularidade (social, ambiental e econômica).

Ao cotejar a titularidade proprietária e a cidade, vislumbram-se instrumentos jurídicos, tributários e políticos voltados a efetivação da função social da propriedade urbana. É o rol, não taxativo, previsto no artigo 4.^o¹⁶⁴ do Estatuto da Cidade. Nery e Nery Junior destacam que a Lei

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

§ 1.º - Considera-se racional e adequado o aproveitamento que atinja os graus de utilização da terra e de eficiência na exploração especificados nos §§ 1º a 7º do art. 6º desta lei.

§ 2.º - Considera-se adequada a utilização dos recursos naturais disponíveis quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade.

§ 3.º - Considera-se preservação do meio ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas.

§ 4.º - A observância das disposições que regulam as relações de trabalho implica tanto o respeito às leis trabalhistas e aos contratos coletivos de trabalho, como às disposições que disciplinam os contratos de arrendamento e parceria rurais.

§ 5.º - A exploração que favorece o bem-estar dos proprietários e trabalhadores rurais é a que objetiva o atendimento das necessidades básicas dos que trabalham a terra, observa as normas de segurança do trabalho e não provoca conflitos e tensões sociais no imóvel.

¹⁶² Nesse sentido: ARAUJO NETO, Henrique Batista de. *A envergadura constitucional da posse qualificada na desapropriação privada*. 2012. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte; FREITAS, Rodrigo Cardoso. *A concretização dos direitos fundamentais de posse, propriedade e moradia por meio da desapropriação judicial privada indireta*. 2017. 358 f. Tese (Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais); SANTOS, Raphael Pereira dos; AGUADO, Juventino de Castro. Políticas públicas na implementação da moradia na desapropriação judicial privada por posse-trabalho. *Revista Paradigma*, n. 21, 2012; NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: direito das obrigações...*, p. 228, dentre outros.

¹⁶³ SCHREIBER, Anderson... [et al.]. *Código civil comentado...*, p. 980.

¹⁶⁴ Art. 4.º - Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

I – planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

II – planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões;

III – planejamento municipal, em especial:

a) plano diretor;

b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo;

c) zoneamento ambiental;

n. 11.888, de 24 de dezembro de 2008, que assegura o direito das famílias de baixa renda à assistência técnica pública e gratuita para o projeto e a construção de habitação de interesse social, constitui instrumento de efetivação da função social, na medida em que se busca concretizar o direito social de moradia.¹⁶⁵

Não se restringindo aos aspectos direcionados ao cumprimento da função social ou às consequências do seu não cumprimento, o ordenamento jurídico vem a prestigiar o seu cumprimento. É o que Bobbio denominou de sanções positivas¹⁶⁶, vez que consistem em reações boas ao implemento de uma obrigação originária, que, diante do afirmado, reside na função social.

Assim, valorizam-se a funcionalização social, econômica e ambiental, exemplificado por Melo:¹⁶⁷

“[...] em determinadas modalidades de usucapião imobiliária (arts. 1.238, parágrafo único, e 1.242, parágrafo único), no novo regramento das acessões artificiais (arts.

-
- d) plano plurianual;
 - e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual;
 - f) gestão orçamentária participativa;
 - g) planos, programas e projetos setoriais;
 - h) planos de desenvolvimento econômico e social;
 - IV – institutos tributários e financeiros:
 - a) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU;
 - b) contribuição de melhoria;
 - c) incentivos e benefícios fiscais e financeiros;
 - V – institutos jurídicos e políticos:
 - a) desapropriação;
 - b) servidão administrativa;
 - c) limitações administrativas;
 - d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano;
 - e) instituição de unidades de conservação;
 - f) instituição de zonas especiais de interesse social;
 - g) concessão de direito real de uso;
 - h) concessão de uso especial para fins de moradia;
 - i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios;
 - j) usucapião especial de imóvel urbano;
 - l) direito de superfície;
 - m) direito de preempção;
 - n) outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso;
 - o) transferência do direito de construir;
 - p) operações urbanas consorciadas;
 - q) regularização fundiária;
 - r) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos;
 - s) referendo popular e plebiscito;
 - t) demarcação urbanística para fins de regularização fundiária;
 - u) legitimação de posse.
 - VI – estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV).

¹⁶⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: direito das obrigações...*, p. 229.

¹⁶⁶ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função...*, p. 23 e ss.

¹⁶⁷ SCHREIBER, Anderson... [et al.]. *Código civil comentado...*, p. 980.

1.255, parágrafo único, 1.258 e 1.259), na utilização de critério para aferição do uso nocivo ou anormal da propriedade (art. 1.278), passagem forçada (1.285), passagem de cabos e tubulações (art. 1.286), no direito à utilização das águas (arts. 1.288 a 1.296), além dos institutos da superfície (arts. 1.369 a 1.377) e servidões prediais (arts. 1.378 a 1.389) [...]"

Ao fim, podem-se extrair instrumentos técnicos-jurídicos para que se faça cumprir a funcionalização da propriedade. O exercício dos atributos desta, numa perspectiva ambiental, deve-se direcionar ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cujo uso é comum do povo (Constituição de 1988, artigo 225). Retrata a busca da função socioambiental, incentivando a imposição de comportamentos positivos, e não predadores da função ecológica das titularidades ambientais. São, exemplificadamente, instrumentos civis para a tutela do meio ambiente e, indiretamente, para que se possa valer a função socioambiental, a ação popular, ação civil pública, ações de conhecimento e outras tutelas processuais e, ainda, meios administrativos, como a licença ambiental, a compensação ambiental, o cadastro de reserva legal e a compensação ambiental.

Pode-se concluir, então, que o ordenamento jurídico coloca à disposição das pessoas naturais e das pessoas jurídicas, sejam de direito privado, sejam de direito público, instrumentos jurídicos, tributários e políticos para que se efetive a tríplice funcionalização da titularidade proprietária. O que talvez efetivamente falte é a consciência de que a concretização desse perfil funcional colabora para a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, em que existirá maior densificação da igualdade material e da dignidade da pessoa humana. É o desapegar do resquício do individualismo proprietário do Século oitocentista, ainda impregnado no exercício das titularidades.

2.5 OS PODERES PÚBLICOS E A OBSERVÂNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO PROSPECTIVA DO DIREITO: UMA MEDIDA DE CONCRETIZAÇÃO DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

A atividade do poder público em todos os níveis deve observar, por força constitucional, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (artigo 37), sem prejuízo de outros previstos no ordenamento jurídico, sobretudo os que buscam à concretização dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil.

As ações, iniciativas e programas conduzidas pelo Poder Público são molduradas pelos preceitos constitucionais. E bem assim o uso dos bens públicos deve-lhe observância. Isso é diretriz cuja obediência se impõe. Funcionaliza-se também o exercício da atividade pública.

Alfim, o poder público não foge aos preceitos constitucionais, em especial no Estado de Democrático de Direito.

2.5.1 Das noções introdutórias

O fenômeno da constitucionalização, sobretudo a travessia entre que é para o que serve o direito (da estrutura à função), estende-se também aos Poderes Públicos. Os institutos e as categorias de direito público não se resumem à sua estruturação. Perante a dinâmica dos fatos sociais, ganha importância, de igual modo, o para que servem tais institutos. O ideário de que os institutos e as categorias jurídicas devem se encontrar afetados aos preceitos constitucionais, é fenômeno que se impõe pela própria força normativa da Constituição, já que não se concebe esta como mera recomendação.

O que se busca nos dias de hoje, que na essência vem a caracterizar verdadeira ressignificação do interesse público, é a justiça conciliativa aplicável ao poder público. De indisponível à disponibilidade regrada, sempre à busca de resultados preventivos de novas demandas.

Cabe citar a seguinte passagem:

Medida importante para harmonização das perspectivas individual e coletiva dos direitos sociais são os métodos consensuais, pois, partindo-se de prática dialógica, é possível construir solução que propicie a efetividade do direito reclamado de forma menos prejudicial à execução de outras políticas públicas. Isso se mostra essencial em um Estado que é devedor de prestações positivas de vários matizes e que tem o princípio da isonomia, direito fundamental individual, como limitador de suas ações.¹⁶⁸

Ainda que não se perceba, o Poder Público está a observar direta ou indiretamente a constitucionalização prospectiva do direito. Invoca, ao cuidar da desjudicialização das questões de política pública, o princípio da consensualidade. Compreende, interpreta e o aplica segundo os anseios e as modificações sociais. Procede a sua releitura, estendendo-o ao âmbito público, já que ele veio a ser concebido para possuir aplicação no âmbito das relações privadas.

Com a consagração do Estado Democrático de Direito e, a reboque, o reconhecimento dos direitos fundamentais, buscando reduzir as desigualdades sociais e jurídicas, proteger as minorias e os hipossuficientes e, também, possibilitar tutelas privadas em desfavor do Poder Público, é forçoso dizer que “cabe ao Estado promover o Bem Comum, mas isso não significa

¹⁶⁸ TOFFOLI, José Antonio Dias; PERES, Livia Cristina Marques. Desjudicialização conforme a constituição e tratamento adequado dos conflitos de interesse. *Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público*. Coordenadores Rita Dias Nolasco... [et al.]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, pp. 35-55, 2021, pp. 52-53.

a irrelevância ou a secundariedade da dignidade individual.”¹⁶⁹ Ora, esse diálogo entre a obrigatoriedade de agir estatal e a dignidade da pessoa humana é, de certa forma, constitucionalizar a atividade estatal. E esse agir acaba por constituir modelo ao porvir.

Barroso, ao cuidar da constitucionalização do direito administrativo, destaca:

Na quadra presente, três conjuntos de circunstâncias devem ser considerados no âmbito da constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: a) a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; b) a seqüência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos; c) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias desse ramo do direito. Todas elas se somam para a configuração do modelo atual, no qual diversos paradigmas estão sendo repensados ou superados.

[...]

Por fim, mais decisivo do que tudo para a constitucionalização do Direito Administrativo foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais — não apenas os específicos, mas sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Também aqui, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais.¹⁷⁰

Em vista disso, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado sofre constante revisitação, o administrador público no desempenho do seu múnus não observa apenas a legislação infraconstitucional; a sua compreensão, interpretação e aplicação dos institutos e das categorias administrativas devem perpassar necessariamente pelo filtro constitucional e, ao fim, possibilita ao Poder Judiciário realizar, sob determinados aspectos, o controle do mérito do ato administrativo. O fenômeno da constitucionalização ainda deve permitir a releitura da tradicional classificação dos bens públicos, com as consequências daí surgidas.

Portanto, os Poderes Públicos devem considerar, ao exercerem as atividades que lhe são incumbidas constitucional ou infraconstitucionalmente, que os instrumentos que lhe cabem são ou devem estar afetados à concretização dos preceitos constitucionais, sobretudo a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a igualdade material. O conciliar entre o individual e o coletivo, sem que exista prévia e abstratamente sobreposição de um sobre o outro, impõe-se inclusive nas relações públicas.

2.5.2 Moradia digna: adjetivação que se faz necessária

¹⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da administração pública. *Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática*. Coordenação: Gustavo Henrique Justino de Oliveira; organização: Wilson Accioli de Barros Filho. São Paulo: Almedina, pp. 33-62, 2020, p. 55.

¹⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, p. 31-63, 2012, pp. 47-49.

A contextualização do instituto jurídico moradia tende a formatar o que se entende como moradia digna. Procurar dizer como se dará a moradia digna é de extrema fluidez, tendo em vista que o que se entende por dignidade é variável de acordo com a sociedade em que a pessoa estiver inserida. E ainda existem elementos que são aptos a exercerem influências nessa concepção, tais como os critérios econômico, sanitário, de segurança pública e educacional.

Para determinado grupo de pessoas a possibilidade de recolherem para o lar e poderem descansar sem serem perturbados por terceiros, caracteriza-se como moradia digna. Sob a perspectiva da segurança pública, por exemplo, existem pessoas que devem armazenar o botijão de gás no interior da residência, pois se ele ficar ao lado de fora corre o risco de ser furtado. Para essas pessoas, muitas das vezes, digna moradia reside na possibilidade de descansar e levantar no início da manhã a fim de pegarem o transporte para chegarem ao serviço em tempo, sem que tenha ocorrido qualquer tipo de infração penal.

É ainda de se considerar que a dignidade de muitos reside na inclusão social por meio de instrumentos jurídicos.¹⁷¹ É a possibilidade de dizer isso que pertence. Aliás, na perspectiva de constitucionalização do direito privado ora adotada, o reconhecimento de situações jurídicas patrimoniais direciona-se à concretização de situações existenciais. Por meio de situações jurídicas patrimoniais chegar-se-ão aos fundamentos e aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

O direito à moradia caracteriza-se, assim, como direito fundamental, encontrando-se imbricado com a dignidade e a vida da pessoa humana. Veio a ser expressamente, por meio da Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000, reconhecido no texto constitucional (artigo 6.º, *caput*). Contudo, o reconhecimento puro e simples deste direito fundamental no dia a dia não é suficiente aos desideratos do Estado Constitucional. É preciso na prática, ao ser compreendido, interpretado e aplicado concretamente, designar o seu conteúdo.

A tarefa é árdua de estabelecer o seu conteúdo, inclusive o mínimo. Tais como as demais noções conceituais fluidas, sobretudo os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais, cabe ao operador do direito, rente à dinâmica dos fatos, materializar o seu conteúdo, e

¹⁷¹ Exemplo dessa inclusão foi o reconhecimento do direito de laje como direito real autônomo, o que veio a trazer segurança àqueles que, com permissão a tanto, viessem a construir sobre a laje de terceiros, normalmente os pais ou os sogros. Eles eram alijados de certos direitos dos titulares proprietários, tais como sucessão, tutela petitoria e transmissão. É de se destacar que se entende por direito de laje “a nova lâmina de propriedade criada através de cessão, onerosa ou gratuita, da superfície superior ou inferior de uma construção (seja ela sobre o solo ou já em laje) por parte do proprietário (ou lajeário) da mesma, para que o titular do novo direito possa manter unidade autônoma da edificação original.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; EL DEBS, Martha; DIAS, Wagner Inácio Dias. **Direito de laje:** do puxadinho à digna moradia. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 22).

bem assim o seu conseqüente. Obedecendo, isto sim, às regras do jogo, considerando o lugar, as condições e as características do outro, e não como uma visão subjetivista, na qual o olhar do operador jurídico nele se centra, sobretudo no seu íntimo.

Ao pesquisar documentos jurídicos, sobretudo documentos internacionais dos quais o Estado brasileiro é parte, Sarlet expõe:

Considerando o silêncio da nossa Constituição no que diz com a definição mínima de um conteúdo para o direito à moradia, assumem lugar de destaque as disposições contidas nos diversos tratados e documentos internacionais firmados pelo Brasil e já incorporados ao direito interno. Estes, naquilo em que versam sobre direitos fundamentais da pessoa humana, possuem hierarquia constitucional, na condição de direitos fundamentais em sentido material, integrando aquilo que se costuma também denominar – com inspiração na tradição jurídico-constitucional francesa - de bloco de constitucionalidade. Assim, em face da sua íntima conexão com a dignidade da pessoa humana, verifica-se, desde logo, que, na interpretação do conteúdo de um direito à moradia, há que considerar os parâmetros mínimos indispensáveis para uma vida saudável, nos termos das exigências postas pela Organização Mundial da Saúde, no sentido de um completo bem-estar físico, mental e social, já que uma vida com dignidade em hipótese alguma poderá ser menos do que uma vida com saúde, à evidência não restrita a mera existência e sobrevivência física.

É precisamente esta diretriz que parece ter norteado a determinação do conteúdo do direito à moradia no plano de sua proteção internacional, e que deverá também iluminar as autoridades legislativas, executivas e judiciárias nacionais. Se a nossa própria Constituição foi omissa neste passo, nada impede - pelo contrário, tudo impõe (inclusive a nossa Carta Magna) -, que se faça o uso da normativa internacional também nesta esfera. Justamente neste contexto, buscando estabelecer padrões internacionais, a Comissão da ONU para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais identificou uma série de elementos básicos a serem atendidos em termos de um direito à moradia:

- a) Segurança jurídica para a posse, independentemente de sua natureza e origem.
- b) Disponibilidade de infra-estrutura básica para a garantia da saúde, segurança, conforto e nutrição dos titulares do direito (acesso à água potável, energia para o preparo da alimentação, iluminação, saneamento básico, etc).
- c) As despesas com a manutenção da moradia não podem comprometer a satisfação de outras necessidades básicas.
- d) A moradia deve oferecer condições efetivas de habitabilidade, notadamente assegurando a segurança física aos seus ocupantes.
- e) Acesso em condições razoáveis à moradia, especialmente para os portadores de deficiência.
- f) Localização que permita o acesso ao emprego, serviços de saúde, educação e outras serviços sociais essenciais.
- g) A moradia e o modo de sua construção devem respeitar e expressar a identidade e diversidade cultural da população.¹⁷²

O que se pretendeu fazer é traçar o conteúdo mínimo do direito à moradia. Tem-se como insuficiente a mera aposição de um teto sob a cabeça da pessoa humana. A qualificação dessa moradia é medida que se impõe. São as diretrizes mínimas para que a moradia seja considerada adequada, digna, apta à realização do projeto de vida da pessoa humana. O direito à moradia

¹⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 46, pp. 193-244, 2003, pp. 210-211.

“entrelaça-se diretamente com o conceito de qualidade de vida, estando vinculado, igualmente, ao atendimento de condições adequadas de higiene, conforto e preservação da intimidade pessoal e a privacidade familiar.”¹⁷³

Pelas diretrizes expostas, o mínimo existencial aplicável à moradia é maleável no sentido de que se deve observar o contexto social, econômico e político de cada região do país, “já que é na realidade concreta de quem mora e onde mora que se pode aferir a compatibilidade da moradia com uma existência digna.”¹⁷⁴

Essa maleabilidade do direito, e no caso em análise de considerar diante do contexto o que se tem por moradia digna, condiz com a possibilidade de oxigenação do ordenamento jurídico sem a necessidade de intervenção do Poder Legislativo. Possibilita-se, tendo em vista a abertura do sistema, a adequação do direito às peculiaridades do caso concreto, pelo que é de se resguardar, inclusive, a moradia digna às comunidades étnicas, respeitando o modo de ser, a forma como eles se relacionam com a terra e com a natureza que os cercam. A adjetivação da moradia torna-se necessária para atender aos anseios e às modificações sociais. Como dito, o direito está a serviço da vida.

Portanto, a moradia digna é direito de todos, não é, pois, prerrogativa de determinada classe social, ela é direcionada a quaisquer pessoas. Por meio de seu conteúdo mínimo, o operador jurídico, embebido na ideia de que o direito é vivido na prática, deverá concretizá-la, observando o contexto¹⁷⁵ no qual está sendo demandado.

2.5.3 Da (re)leitura constitucionalizada dos institutos e das categorias do direito público

A despeito da divergência apontada, a qual consiste em saber se o bem público tem ou se é função social, é de se reconhecer que a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, na qual se busca a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais, almeja um olhar diferente a respeito dos institutos e das categorias do direito público. O perfil funcional do direito e os anseios sociais conduzem à

¹⁷³ ROLEMBERG, Sheila Santos. *A função social da propriedade pública e o direito à moradia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 127.

¹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *O direito fundamental à moradia na Constituição...*, p. 212.

¹⁷⁵ Sob esse olhar, o Superior Tribunal de Justiça veio a reconhecer como entidade familiar, ao menos para efeitos de impenhorabilidade do bem de família previsto na Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, a pessoa que vive só (solteira, separada ou viúva). Eis o conteúdo do verbete sumular n. 364: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.” Existe verdadeira promoção do direito à moradia, projeção da dignidade da pessoa humana.

revisitação destes, a fim de que o Estado Social e Democrático de Direito venha alcançar esse desiderato.

Com isso, os paradigmas clássicos do direito público, sobretudo do direito administrativo, devem ser relidos. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o princípio da indisponibilidade do interesse público, o princípio da legalidade, os elementos do Estado e o princípio da imprescritibilidade dos bens públicos, por exemplo, merecem uma nova leitura diante de desse novo lugar de fala.

Então, sob o caráter de dogma, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado veio a direcionar toda a atividade administrativa. A Administração Pública conduz o exercício de seu múnus à base dessa supremacia. Formata seus institutos e suas categorias tendo como pano de fundo tal dogma.

Ora, com a função promocional do direito, consagrada na Constituição de 1988, impertinente considerar abstratamente a supremacia do interesse público sobre o privado, sobretudo pelo reconhecimento dos direitos fundamentais em face do Estado. Justen Filho, ao dissertar acerca da dimensão delimitada da supremacia do interesse público, expõe o seguinte raciocínio:

Então, somente pode ser cogitada da “supremacia” do interesse público quando houver espaço jurídico para tanto. Não existe viabilidade de sacrifício de direito subjetivo privado, consagrado e protegido pela Constituição ou por norma infraconstitucional (inclusive regulamentar) em favor de um “interesse público”.

Essa afirmativa não envolve afirmar que os interesses privados prevalecem sobre os públicos, mas decorre do reconhecimento de que a tutela normativa a um direito subjetivo não pode ser eliminada por meio de ato administrativo concreto. A supremacia da Constituição e da Lei, que vinculam o ato administrativo, definem e determinam os limites e o conteúdo dos interesses públicos. Portanto, quando a Constituição ou a Lei (ou um Regulamento) reconhecerem a um sujeito privado um direito subjetivo determinado, existirá um impedimento normativo à invocação ao interesse público.

Dito de outro modo, a Administração Pública não é legitimada a invocar um interesse público para restringir, atenuar ou neutralizar imposições constantes da Constituição, da Lei e do Regulamento.¹⁷⁶

Significa, à esteira desse ideário, ser descabida a invocação prévia e abstratamente da supremacia do interesse público em face do particular.¹⁷⁷ O interesse público é aferível e, portanto, concretizado frente às circunstâncias fáticas e jurídicas verificadas pelo

¹⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse pública e a disponibilidade dos direitos subjetivos da administração pública..., p. 56.

¹⁷⁷ Nesse sentido: “a prevalência de um interesse público sobre o privado, na órbita judicial, somente pode ocorrer nos casos concretos, jamais de forma abstrata (enquanto princípio), absoluta, radical e inafastável, como, de resto, ocorre com o fenômeno jurídico nessa esfera.” (OSÓRIO, Fabio Medina. Supremacia do interesse público sobre o privado. *Revista de Direito Administrativo*, v. 220, p. 69-107, 2000, p. 101).

administrador, de modo a impor os contornos da sua atuação, o que, só por si, não implica supremacia. Basta pensar na eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Dá a entender que, em vez de falar numa eventual supremacia, existe verdadeiramente um tensionamento entre os interesses públicos e os interesses privados. E essa tensão poderá pender ora para um lado, ora para o outro, a depender da resposta constitucionalmente construída, que, ao fim, pressupõe “dados objetivos extraídos da realidade política, social, econômica e jurídica.”¹⁷⁸ O que está a defender, a partir de uma nova forma de investigar o fenômeno jurídico, é que o aludido princípio, com o intuito de ser adequadamente aplicado, deve considerar as peculiaridades do caso concreto, sejam privadas, sejam públicas.

A indisponibilidade do interesse público talvez seja o princípio no qual há maior incidência da ressignificação. Percebe-se que no Estado brasileiro a litigância meramente protelatória não tem razão de ser. Ao contrário, ela poderá trazer prejuízos à Administração Pública, e bem assim ser contrária aos princípios da moralidade e eficiência. Diante disso, é permitido que os entes públicos realizem transações nas demandas das quais sejam partes, isso porque “os direitos subjetivos, detenham ou não natureza patrimonial, envolvem poderes jurídicos que, em certas circunstâncias e observados mediante determinados pressupostos, podem ser objeto de renúncia, desistência ou sacrifício.”¹⁷⁹

E a observância desses preceitos constitucionais (moralidade e eficiência) por parte da Administração Pública acaba por funcionalizar o seu múnus à promoção da dignidade da pessoa humana e seus consectários, tais como a igualdade material, a solidariedade e a cidadania, fortalecendo o Estado brasileiro. Ora, inadequado, sob o manto da indisponibilidade, recusar a submissão da Administração à arbitragem, não permitir a transação, a renúncia, a anistia e o perdão.

Nos dias atuais quando se refere à legalidade pública¹⁸⁰ não reflete necessariamente o retrato de outrora de uma administração pública burocrática¹⁸¹, sobretudo com a reforma

¹⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse pública e a disponibilidade dos direitos subjetivos da administração pública..., p. 58.

¹⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse pública e a disponibilidade dos direitos subjetivos da administração pública..., p. 49.

¹⁸⁰ “Na essência, o princípio da legalidade administrativa se traduz na aderência da atuação da Administração à norma jurídica. Seabra Fagundes explicou o princípio da legalidade pela ‘integral submissão da Administração Pública à lei [...]’ (MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*. V. 1. Coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 288).

¹⁸¹ Administração essa voltada ao (i) princípio da legalidade, (ii) à relação de subordinação entre agentes, órgãos e entes, (iii) à seleção de pessoal por meio de concursos (competência técnica); (iv) à remuneração fixa, (v) ao controle dos fins e (vi) à observância a processos e ritos. (BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do serviço público*, v. 121, n. I, ano 47, jan.-abr. 1996),

administrativa levada a efeito pela Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, que veio a consagrar a administração pública gerencial, atribuindo maior prestígio ao resultado. Da lei ao resultado; da legalidade à eficiência, eis a mudança de paradigma. A administração pública é voltada para o cidadão, e não mais para o Estado em si.

Essa nova forma de enxergar as categorias e os institutos de direito público põe em xeque institutos clássicos do direito. E esse é o fim. É ponto comum dizer que o Estado, para a sua formatação, pressupõe de três elementos, quais sejam, (i) povo, (ii) território e (iii) poder soberano. Com o desenvolvimento das tecnologias virtuais (Facebook, Instagram, Telegram, metaverso etc.), é possível vislumbrar até a retirada desses elementos para a formação do Estado, pelo que é viável questionar a existência de Estado sem território, de direitos fundamentais sem Estado, de Estado sem Constituição, de Constituição sem poder etc. É a releitura frente às modificações sociais.

Por fim, o dogma da imprescritibilidade dos bens públicos, com pano de fundo nos artigos 183, § 3.º, e 191, parágrafo único, da Constituição de 1988, merece ser revisto. Hoje em dia se aplica de modo acrítico e avalorado a regra aí prevista. A questão a ser levantada é se o contexto histórico no qual a regra foi formatada ainda permanece idêntico ao atual. Caso não, não seria possível realizar uma releitura da referida regra, talvez a invocar uma mutação constitucional ou por meio de reforma da Constituição. A sociedade evoluiu, modificou-se; a referida regra atende os desideratos originais. Não é adequado, atualmente, vislumbrar certa distinção nos bens públicos, de acordo com a forma como eles estão afetados. Vale dizer, o fato de a titularidade ser pura e simplesmente do Poder Público não significa indubitavelmente estar vocacionado ao interesse social e/ou público. O bem pode ser formalmente público, mas não materialmente, ou seja, é de titularidade pública, mas não está vocacionado a uma finalidade pública. Às vezes não está nem vocacionado a finalidade alguma.

Portanto, o direito é fenômeno em constante modificação. Modificação essa que retrata os interesses sociais, de sorte que os institutos e as categorias jurídicas devem ser objeto de constante releitura, ainda mais se considerar que a Constituição é porosa e está em permanente processo de oxigenação.

3 PARCELAMENTO DO SOLO

Da titularidade proprietária extrai-se ao menos quatro atributos ou faculdades, quais sejam, usar, fruir/gozar, dispor (*jus utendi, fruendi et abutendi*) e reaver de quem a injustamente a detenha. É a essência obtida do *caput* do artigo 1.228 do Código Civil¹⁸². Esses atributos relacionam-se com o que se denomina conteúdo interno da titularidade, ensejando a noção de pertencimento retratada pelo ordenamento jurídico sobre uma coisa e atribuível a certa pessoa¹⁸³. É de se destacar que o exercício do conteúdo interno da titularidade encontra-se contornado positivamente pela sua funcionalização. Eis aí a moldura da titularidade proprietária, faculdades de usar, fruir/gozar, dispor e reaver moldadas positivamente pela funcionalização, social, econômica, ambiental, urbanística etc.

Com base no atributo de dispor, o titular proprietário é apto à alienação “a qualquer título (doação, venda, troca), oneração, locação, empréstimo, consumo, transformação, alteração e, até mesmo, destruição quando não implicar procedimento antissocial.”¹⁸⁴ Por isso que se pode repartir ou unir, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico, as porções de terra cujos limites são determinados ou determináveis. São, de acordo com interesse individual e o interesse público-social, alteráveis objetivamente os terrenos, de sorte que se modificam “a) pela união de dois ou mais, ou b) pelo parcelamento, ou c) pela união da parte de um, ou mais, que assim se modificam, a outro, que passa, também, crescendo, por modificação (adscrição).”¹⁸⁵

Cabe tratar apenas, rente ao objeto de pesquisa, do parcelamento, cujo objetivo consiste na formação de duas ou mais porções de terras devidamente delimitadas ou delimitáveis. Diga-se: é gênero conceitual, do qual são espécies adiante a serem vistas o loteamento, o desmembramento e o desdobro.

Distinguem-se o parcelamento material do parcelamento jurídico. O primeiro ocorre quando, de fato, o imóvel venha a ser dividido, seccionado, a despeito de essa situação não ter sido levada ao fôlio real¹⁸⁶ para a devida constituição, disponibilidade e publicidade. Enquanto

¹⁸² O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que a injustamente a possua ou detenha.

¹⁸³ GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Tradução Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 6.

¹⁸⁴ LOBO, Paulo. *Direito civil: coisas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 96.

¹⁸⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte Especial. Tomo XIII. Direito das coisas: parcelamento. Direitos de vizinhança. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2001, pp. 37-38.

¹⁸⁶ “[...] o fôlio real é a técnica registral que tem como base o próprio ‘imóvel’, formando a partir deste um verdadeiro cadastro, ou matrícula, consistente no repositório de todas as suas transmutações jurídico-reais.” (KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. *Tratado de direito notarial e registral...*, 2020, p. 152).

o segundo parcelamento diz respeito à situação na qual a modificação objetiva do terreno é levada a averbação à margem da respectiva matrícula, implicando os efeitos inerentes aos registros públicos, tais como segurança jurídica e eficácia perante terceiros.

São, pois, dois momentos distintos de parcelamento. O momento material que se dá quando ocorre o parcelamento fático, inclusive operando mediante a elaboração de plantas e de memoriais descritivos e a obtenção das autorizações pertinentes quando exigíveis. Às vezes com a fixação de marcos nessas porções surgidas da exteriorização de vontade da parte interessada. Enquanto rigorosamente, diante do sistema de registro adotado no Brasil, o momento jurídico opera-se com o ingresso na Serventia Imobiliária que possui atribuição territorial para tanto¹⁸⁷. É a entrada nos efeitos pré-estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Constitui verdadeiro ato jurídico em sentido estrito, na medida em que a parte não tem a liberdade de escolher os efeitos daí decorrentes, e sim simplesmente aderir àqueles anteriormente lançados pelo ordenamento jurídico para esse tipo de ato.

Kümpel e Ferrari, ao distinguirem os referidos momentos, traçam que o efeito advindo do parcelamento material consiste na indicação e no recorte dos lotes¹⁸⁸, aferíveis simultânea ou separadamente; enquanto o efeito decorrente do parcelamento jurídico reside nas formalidades registrarias e, ao fim, no registro do parcelamento¹⁸⁹, pelo que ele, técnica e juridicamente, só restará tido por completo quando se verificar este último ato, isto é, o registro em sentido amplo, cuja característica reside no englobamento dos atos de registro em sentido estrito e nos atos averbáveis, como se verifica no artigo 167, incisos I e II, respectivamente, da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

A fim de não laborar em erro, o parcelar recai sobre a coisa. Somente esta é atingida. Diferentemente, a divisão incide sobre a coisa e sobre os sujeitos, tal como ocorre na divisão amigável em que se busca por fim ao estado de condomínio, repartindo a coisa e atribuindo a cada pedaço titularidade exclusiva. E, ainda, deve considerar-se a partilha que também busca por fim ao condomínio, podendo ou não atingir a coisa. São, assim, consideradas categorias jurídicas distintas. Sob um aspecto didático, é possível estabelecer o seguinte:

Também a divisão e a partilha precisam de algum ato para que entrem no mundo jurídico. Porém a divisão e a partilha, essas, cortam o objeto e põem fim à comunhão.

¹⁸⁷ O artigo 12 da Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994, estabelece que os oficiais de registro de imóveis encontram-se, para o exercício de seu múnus, submetidos às normas que definem às circunscrições geográficas dentro das quais podem praticar validamente os seus atos.

¹⁸⁸ De acordo com o § 4.º, do artigo 2.º, da Lei n. 6.766/79, considera-se lote o terreno servido de infra-estrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona em que se situe.

¹⁸⁹ KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. *Tratado notarial e registral*. Vol. 5. Tomo II. 1. ed. São Paulo: YK Editora, 2020, pp. 2257-2258.

O parcelamento, não: nada se passa, ordinariamente, no que concerne ao sujeito tudo ocorre quanto ao objeto. Dividir é atingir coisa e sujeito; partilhar pode não atingir a coisa, mas atinge o sujeito. Parcelar só atinge a coisa.¹⁹⁰

Assim, parcelar solo consiste na separação da coisa em duas ou mais partes, destinando-as a um fim urbanístico ou a um propósito rural. Ou seja, “é a transformação do terreno em dois ou mais de dois: o terreno velho desaparece, surgindo os novos”¹⁹¹. Embora decorra, na essência, do atributo dispor, não se concebe a sua invocação de modo individualista e voluntarista, de modo a retornar aos preceitos oitocentistas que imprimiam um viés patrimonialista, egoístico, no exercício das titularidades.

Além dessa visão civilista de parcelamento apresentada, tendo em mente que o lugar de fala é um dos atributos da titularidade proprietária, é possível vislumbrar o parcelamento nos aspectos urbanístico e ambiental¹⁹². Pelo aspecto ambiental, parcelamento “é operação polivalente de integração de espaços públicos e privados no contexto da função *socioambiental* (ou “*ecológico-ambiental*”) da cidade, pelo fracionamento sustentável da propriedade imobiliária”¹⁹³, ao passo que pelo viés urbanístico parcelamento consiste no instrumento urbano no qual há de se observar a função social da cidade, assegurando o desenvolvimento horizontal sustentável da cidade.¹⁹⁴ É a ordenação municipal.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, com a vigência do Código Civil de 2002, especialmente se considerar o paradigma da eticidade¹⁹⁵ que veio a nortear a sua

¹⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte Especial. Tomo XIII..., p. 45.

¹⁹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte Especial. Tomo XIII..., p. 40.

¹⁹² Essa tríplice perspectiva do parcelamento traz, a reboque, a complexidade em se definir a competência legislativa a respeito de tal matéria. Se parcelamento cuidar de matéria de direito civil, a competência será privativa da União (Constituição da República, artigo 22, inciso I); se o parcelamento cuidar de matéria de direito urbanístico, a competência será concorrente, cabendo à União a edição de normas gerais (Constituição da República, artigo 24, inciso I); se o parcelamento tratar de matéria de direito ambiental, a competência também será concorrente, de modo que a União estabelecerá as normas gerais (Constituição da República, artigo 24, inciso VI) ou até mesmo comum se envolver, por exemplo, a proteção do meio ambiente e/ou a preservação da floresta, fauna ou flora (Constituição da República, artigo 23, incisos VI e VII). E se o parcelamento do solo rural for instituto a ser estudado no direito agrário, estaremos diante de competência privativa da União (Constituição da República, artigo 22, inciso I).

¹⁹³ AMADEI, Vicente Celeste; AMADEI, Vicente de Abreu. *Como lotear uma gleba: o parcelamento do solo urbano em seus aspectos essenciais* (loteamento e desmembramento). 4. ed. Campinas-SP: Millennium Editora, 2014, p. 6.

¹⁹⁴ AMADEI, Vicente Celeste; AMADEI, Vicente de Abreu. *Como lotear uma gleba...*, p. 5.

¹⁹⁵ “A eticidade revela-se pela referência a critérios éticos, tais como a equidade, a boa-fé e a justa causa. Ou em outros termos, frente à incompletude da norma jurídica, “o recurso a critérios ético-jurídicos que permita chegar-se à concreção jurídica, conferindo-se maior poder ao juiz para encontrar-se a solução mais justa ou equitativa.” Esta diretriz da eticidade também se projeta sobre a proteção do equilíbrio econômico dos contratos, e a ressignificação das relações familiares, **de modo apartar-se do formalismo técnico-jurídico próprio das codificações anteriores para valorizar a juridicização de comportamentos éticos, com base na dignidade da pessoa humana como fonte de todos os valores jurídicos.**” (Grifo nosso) (MIRAGEM, Bruno. *Teoria geral do direito civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 66)

elaboração, e com os preceitos advindos da Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, lei essa denominada de Estatuto da Cidade, o parcelamento do solo deve ser compreendido sob os influxos dessas diversas áreas do conhecimento. Cuida-se, na verdade, de instituto jurídico em que há entrelaçamento de diversas disciplinas, sem que exista, *a priori*, preponderância de qualquer uma delas sobre a outra. Os influxos são recíprocos e determinantes. São movimentos circulares e influenciáveis.

Portanto, como se demonstrará, o parcelar, seja para fins de loteamento, seja para obter o desmembramento, seja para o desdobro, não é o exercício pura e simples de um direito subjetivo, individualista e egoístico. É funcionalizado de acordo com os preceitos constitucionais. A funcionalização é, na atualidade, elemento norteador do exercício dos demais atributos e dotada de carga eficaz para além da parte titular da propriedade. O dispor é exercido de acordo com a funcionalização da titularidade, especialmente se considerar que o direito se encontra a serviço da vida e ele é moldado de acordo com os anseios e as modificações sociais.

3.1 NOÇÕES ELEMENTARES: LOTEAMENTO, DESMEMBRAMENTO E DESDOBRO

Rente à necessidade social e diante da essencialidade de se estabelecer melhores condições de habitabilidade, o Decreto-Lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, veio a dispor do loteamento e venda de terrenos para o pagamento em prestações. É considerado o primeiro instrumento legislativo a regulamentar o loteamento no solo urbano¹⁹⁶. Não houve no seu âmbito o estabelecimento da noção conceitual do que se considerava loteamento. O seu objetivo, na essência, era imprimir maior segurança jurídica aos promissários-compradores, na medida em que era nítida prevalência do poder econômico dos promitentes-vendedores em relação aos últimos, inclusive com exercício do direito potestativo de arrependimento¹⁹⁷ que se baseava, não rara as vezes, na valorização pura e simples da área loteada. Cuidou, assim, da irretratabilidade da promessa de venda e da inevitabilidade de concomitantes alienações¹⁹⁸.

¹⁹⁶ KÛMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Ferrari. *Tratado Notarial e Registral*. Vol. 5. Tomo II..., p. 2232.

¹⁹⁷ O Código Civil de 1.916 (Lei n. 3.071, de 1.º de janeiro de 1.916) estabelecia no seu artigo 1.088 o seguinte: “Quando o instrumento público for exigido como prova do contrato, qualquer das partes pode arrepender-se, antes de o assinar, ressarcindo à outra as perdas e os danos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do estatuído nos arts. 1.095 a 1.097.”

¹⁹⁸ Eis parte das razões da lei: “O Decreto-Lei n. 58, logo no segundo considerando, aludiu a essa insuficiência de segurança aos compradores de terrenos a prestações sem escritura pública: “As transações assim realizadas não transferem o domínio ao comprador, uma vez que o art. 1.088 do Código Civil permite a qualquer das partes arrepender-se antes de assinada a escritura de compra-e-venda”; e “esse dispositivo deixa praticamente sem amparo numerosos compradores de lotes, que têm assim por exclusiva garantia a seriedade e boa-fé e a solvabilidade das empresas vendedoras”. Para obviar a esses inconvenientes, o legislador pesou as medidas a serem

A regulamentação da aludida lei adveio com o Decreto n. 3.079, de 15 de setembro de 1938, mas, devido a técnica legislativa, não veio a conceituar o parcelamento do solo. Posteriormente, surgiu o Decreto-Lei n. 271, de 28 de fevereiro de 1967, que veio a conceituar o parcelamento do solo urbano, considerando como “loteamento urbano a subdivisão de área em lotes destinados à edificação de qualquer natureza que não se enquadre no disposto do § 2.º deste artigo.” (artigo 1.º, § 1.º), enquanto tinha como “desmembramento a subdivisão da área urbana em lotes para edificação na qual seja aproveitado o sistema viário oficial da cidade ou vila sem que abram novas vias ou logradouros públicos e sem que prologuem ou se modifiquem os existentes” (artigo 1.º, § 2.º). Podia-se, desde então, extrair a essência da noção conceitual do parcelamento do próprio ordenamento jurídico.

Esses diplomas não obtiveram êxito no tratamento a contento do parcelamento do solo, especialmente no que diz respeito ao cuidado merecido pelo contratante menos favorecido e ao respeito às normas administrativas e urbanísticas¹⁹⁹, o que colaborou para a elaboração da Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano com o fito de adequá-lo às normas urbanísticas, ambientais, civis etc.

Num refinamento teórico, a Lei de Parcelamento dispôs o seguinte:

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

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

§ 2.º - 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.

[...]

O legislador, a despeito da técnica legislativa não ser, como regra, adequada ao estabelecimento de noções conceituais, teve por bem levar a efeito e ao cabo o estabelecimento de pré-compreensões atinentes aos institutos em questão, até mesmo com o intuito de por fim, ou ao menos tentar, aos abusos no parcelar até então verificados. Pode-se perceber que parcelamento é gênero do qual são espécies o loteamento e o desmembramento. Parcelar, grosso

adotadas. “Para segurança das transações realizadas mediante contrato de compromisso de compra-e-venda de lotes”, disse ele em má terminologia (“transações”, “compromisso”), “cumprir acautelando o compromissário com futuras alienações ou onerações de lotes comprometidos”; bem assim havia de levar em conta que “a loteação e venda de terrenos urbanos e rurais se operam freqüentemente sem que aos compradores seja possível a verificação dos títulos de propriedade dos vendedores.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte Especial. Tomo XIII..., p. 54).

¹⁹⁹ BALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de imóveis*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 404.

modo, seria a fragmentação do solo, de modo que o ordenamento jurídico impõe leis para que essa fragmentação se dê ordenadamente.

Dessa forma, o loteamento, tendo em vista que há abertura de novas vias de circulação, logradouros públicos e prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes, é tido de maior complexidade, especialmente se considerar que o reflexo ambiental e urbanístico será mais intenso. Enquanto o desmembramento, rente à ausência de abertura de novas vias e logradouros públicos, de prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes, terá efeito jurídico-urbanístico-ambiental de diminuta monta²⁰⁰. Neste o empreendimento é de menor porte.

Carvalho, ao cuidar do parcelamento, esclarece que “a Lei de Parcelamento do Solo Urbano distingue dois modos de realizá-lo, o loteamento e o desmembramento, esclarecendo que, embora se destinem ambos à edificação, o loteamento se faz *fora* do sistema viário da cidade e o desmembramento *dentro* desse sistema (art. 2.º).”²⁰¹ Por isso que no loteamento o agente loteador será o responsável pelo desenvolvimento da atividade urbanizar (arruamento, escoamento de água pluvial, rede de esgoto etc.), ao passo que no desmembramento não se verifica tal atividade, de sorte que ela é pressuposta.

Nessa ordem de ideias, a distinção entre os institutos jurídicos em referência “reside no sistema viário existente: sem interferência no sistema viário, há apenas desmembramento de gleba em lotes; mas, havendo interferência no sistema viário, qualquer que seja (abertura, prolongamento, modificação ou ampliação de vias, há loteamento.”²⁰²

Há de se distinguir, também, o que se tem denominado de desmembramento menor ou conhecido de igual modo como desdobro. Inexiste, em nível legislativo, regulamentação dessa categoria jurídica. Ela consiste em criação decorrente de decisões administrativas levadas a efeito no âmbito das Corregedorias dos Tribunais de Justiça dos Estados, especialmente se considerar o mínimo ou a ausência de impacto urbanístico. Normalmente o desdobro é materializado nas normas de serviço das serventias extrajudiciais, como se percebe, exemplificadamente, nas normas da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo (Capítulo XX)²⁰³.

²⁰⁰ GENTIL, Alberto *et al.* *Registros públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: Método, 2021, p. 704.

²⁰¹ CARVALHO, Afrânio de. Loteamento e seu registro. *In*: DIP, Ricardo. JACOMINO, Sérgio. [Org]. *Registro imobiliário: modificações da propriedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais: direito registral, v. 4, p. 774).

²⁰² AMADEI, Vicente Celeste; AMADEI, Vicente de Abreu. *Como lotear uma gleba...*, p. 12.

²⁰³ Item n. 165.5. Para a dispensa do registro especial, o oficial registrador deverá ter especial atenção à verificação das seguintes circunstâncias:

(1) não implicar transferência de área para o domínio público;

O que se percebe no desdobro, ao contrário do loteamento e do desmembramento, é a dispensa do registro especial previsto na Lei n. 6.766/79, especialmente a observância do disposto nos artigos 18 e 19. Isso porque não se encontra “evidenciado risco aos adquirentes, à população em geral, ao meio ambiente e aos padrões urbanísticos do local.”²⁰⁴ Eis aí a simplicidade do procedimento em relação ao loteamento e ao desmembramento. Em linha de princípio, pressupõe que uma vez loteado ou desmembrado (submetendo-se para tanto ao procedimento especial trazido pela Lei de Parcelamento do Solo) não haveria necessidade de novo procedimento, perante o mínimo de reflexo jurídico daí surgido ou até mesmo a sua ausência.

Até o momento, ao analisar o parcelamento nas categorias loteamento, desmembramento e desdobro, certo de que a última cuida de criação administrativa, e não legislativa, voltou à legislação atinente ao solo urbano. Dessa legislação retirou-se, direta ou indiretamente, as noções conceituais apresentadas. Pode-se dizer que estas são aplicáveis ao parcelamento do solo rural, pelo fato de se tratar como se fosse uma teoria geral do parcelamento do solo. Noutros dizeres, parcelar solo é parcelar solo, independentemente se é urbano ou rural; parcelamento é parcelamento, repita-se. O que se distingue, por sua vez, é a finalidade atribuída ao solo, para fins de definição se cuida de urbano ou rural²⁰⁵.

Então se pode dizer que o parcelamento do solo rural²⁰⁶ é, ontologicamente, similar ao parcelamento do solo urbano, de modo a verificar o loteamento, o desmembramento e o

(2) não tenha havido prévia e recente transferência de área ao Poder Público, destinada a arruamento, que tenha segregado o imóvel, permitido ou facilitado o acesso a ela, visando tangenciar as exigências da Lei n. 6.766/79;

(3) resulte até 10 lotes;

(4) resulte entre 11 e 20 lotes, mas seja servido por rede de água, esgoto, guias, sarjetas, energia e iluminação pública, o que deve ser comprovado mediante a apresentação de certidão da Prefeitura Municipal;

(5) não ocorram desmembramentos sucessivos, exceto se o novo desmembramento não caracterizar intenção de afastar o cumprimento das normas que regem o parcelamento do solo urbano em razão do tempo decorrido entre eles, da alteração dos proprietários dos imóveis a serem desmembrados, sem que os novos titulares do domínio tenham participado do fracionamento anterior;

(6) Na hipótese do desmembramento não preencher os itens acima, ou em caso de dúvida, o deferimento dependerá de apreciação da Corregedoria Permanente. (TJSP, Provimento n. 58, de 28 de novembro de 1989. Disponível em <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=133038>. Acesso em 4 de mar. de 22).

²⁰⁴ AMADEI, Vicente Celeste; AMADEI, Vicente de Abreu. *Como lotear uma gleba...*, p. 705.

²⁰⁵ Desde muito se discutia a respeito do critério definidor do imóvel urbano e do imóvel rural. Haveria de prevalecer o critério da localização ou o critério da destinação. Com base no lugar de fala (critério da localização), imóvel urbano seria o localizado na zona urbana, zona de expansão urbana ou zona urbanizável e o imóvel rural é o localizado fora dessas zonas; enquanto amparado no lugar de fala (critério da destinação), imóvel urbano é o que não era voltado à exploração agrícola, industrial ou agroindustrial e o imóvel rural é o que tivesse o fito tais explorações.

²⁰⁶ Não há lei específica que diz direta e exclusivamente a respeito do parcelamento do solo rural. Havia a Instrução Normativa n. 17-b, de 22 de dezembro de 1980, editada pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, que dispunha do parcelamento de imóveis rurais, inclusive estabelecendo pré-compreensões sobre essas categorias nas disposições preliminares. Nela se cuidava das seguintes situações: (i) parcelamento, para fins urbanos, de imóvel rural localizado em zona urbana ou de expansão urbana (item 2); (ii) parcelamento, para fins urbanos, de imóvel rural localizado fora da zona urbana ou de expansão urbana (item 3); (iii) parcelamento, para

desdobro como espécies. E ele não se confunde com a colonização, na medida em que esta se caracteriza como:

“[...] uma forma de política agrária dirigida ao povoamento de terras desabitadas ou pouco povoadas, virgens ou incultas, objetivando introduzir nelas a infraestrutura necessária para permitir a organização de um parcelamento de terras que permita o racional aproveitamento ou utilização, bem como a introdução de serviços públicos e privados adequados para o assentamento de uma população rural.”²⁰⁷

Portanto, a pré-compreensão pura e simples de parcelamento, e diga-se acrítica e a-histórica, consiste no fracionamento do solo, seja urbano, seja rural, e de certa forma ordenado a um fim estabelecido pelo ordenamento jurídico. Ele é gênero, do qual são espécies (i) o loteamento, que pressupõe a abertura de novas vias de circulação ou, de igual modo, prolongamento ou modificação das já existentes; (ii) o desmembramento no qual inexistente abertura de novas vias de circulação nem há prolongamento ou modificação das já existentes; e (iii) desdobro que se caracteriza como fracionamento da gleba em lotes sem a observância das disposições da Lei de Parcelamento do Solo Urbano²⁰⁸; é procedimento mais simples. Essa distinção é importante para definir qual o regime jurídico a que cada instituto se submeterá.

3.2 LOTEAMENTO: A MANEIRA PELA QUAL ELE SE MATERIALIZA JURIDICAMENTE

Como dito acima, não há, perante a revogação da Instrução Normativa n. 17-B/1.980 - INCRA, ato regulamentar, seja em nível legislativo, seja em nível infralegal, do loteamento de imóvel rural. Dessa forma, a análise ora levada a efeito dirá respeito, portanto, ao loteamento de imóvel urbano.

É digno de lembrar que o loteamento, espécie de parcelamento que é, consiste no fracionamento do solo, com a abertura de sistema viário ou com a modificação do sistema já existente e devidamente implantado. Eis o conceito estabelecido na legislação (Lei n. 6.766/79, artigo 2.º, § 1.º).

fins agrícolas, de imóvel rural localizado fora de zona urbana ou de expansão urbana (item 4). Contudo, essa instrução normativa foi revogada pela Instrução Normativa n. 82, de 27 de março de 2015, editada pela mesma autarquia federal.

²⁰⁷ LIMA, Rafael Augusto de Mendonça. *Direito agrário e colonização*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975, pp. 79-80.

²⁰⁸ “Enquanto o loteamento e o desmembramento estão sujeitos ao registro especial, previsto na Lei n. 6.766/1979, o desdobro tem vetor mais flexível, dispensando os documentos e o procedimento especial exigidos pela legislação registral.” (*Tratado notarial e registral*. Vol. 5. Tomo II..., p. 2268).

Pode-se dizer que o loteamento, antes de ingressar na serventia imobiliária, perpassa pela feitura e/ou coleta dos documentos necessários ao procedimento registral. Como regra, esse *iter* encontra-se no artigo 18 da Lei n. 6.766/79, no qual se encontra a obrigatoriedade de apresentar as certidões relativas ao loteador e dos ex-titulares de direitos reais sobre o imóvel a parcelar durante os últimos vinte anos, certidões de situação jurídica relativa ao imóvel, certidão de titularidade deste, planta e memorial descrito do loteamento, exemplar do contrato padrão, declaração do cônjuge do loteador, se pessoa natural, consentindo com o loteamento, aprovação pela municipalidade do projeto de loteamento etc. Cuida-se de um rol extenso de documentos que busca dar maior segurança aos futuros adquirentes dos lotes e que constitui instrumental posto à disposição da Administração Pública municipal a fim de verificar o adequado uso do solo urbano, de sorte a atender as suas peculiaridades e dos seus munícipes.

Em rigor, infere-se da lei em testilha certa preocupação com a garantia da observância dos requisitos urbanísticos.²⁰⁹ É norma protetiva, que, num momento posterior, será objeto de análise do oficial de registro.

A fim de atribuir a qualificação de regularidade do loteamento, de posse da lista de documentos previstos no artigo 18²¹⁰ da Lei n. 6.766/79, o loteador deverá apresentá-la à serventia extrajudicial imobiliária competente para a prenotação²¹¹, qualificação, procedimento

²⁰⁹ *Tratado notarial e registral*. Vol. 5. Tomo II..., p. 2281.

²¹⁰ Art. 18 - Aprovado o projeto de loteamento ou de desmembramento, o loteador deverá submetê-lo ao Registro Imobiliário dentro de 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de caducidade da aprovação, acompanhado dos seguintes documentos:

I - título de propriedade do imóvel ou certidão da matrícula, ressalvado o disposto nos §§ 4.º e 5.º;

II - histórico dos títulos de propriedade do imóvel, abrangendo os últimos 20 (vinte) anos, acompanhando dos respectivos comprovantes;

III - certidões negativas:

a) de tributos federais, estaduais e municipais incidentes sobre o imóvel;

b) de ações reais referentes ao imóvel, pelo período de 10 (dez) anos;

c) de ações penais com respeito ao crime contra o patrimônio e contra a Administração Pública.

IV - certidões:

a) dos Cartórios de Protestos de Títulos, em nome do loteador, pelo período de 10 (dez) anos;

b) de ações pessoais relativas ao loteador, pelo período de 10 (dez) anos;

c) de ônus reais relativos ao imóvel;

d) de ações penais contra o loteador, pelo período de 10 (dez) anos.

V - cópia do ato de aprovação do loteamento e comprovante do termo de verificação pela Prefeitura Municipal ou pelo Distrito Federal, da execução das obras exigidas por legislação municipal, que incluirão, no mínimo, a execução das vias de circulação do loteamento, demarcação dos lotes, quadras e logradouros e das obras de escoamento das águas pluviais ou da aprovação de um cronograma, com a duração máxima de 4 (quatro) anos, acompanhado de competente instrumento de garantia para a execução das obras;

VI - exemplar do contrato-padrão de promessa de venda, ou de cessão ou de promessa de cessão, do qual constarão obrigatoriamente as indicações previstas no art. 26 desta Lei;

VII - declaração do cônjuge do requerente de que consente no registro do loteamento.

²¹¹ Conforme o artigo 1.246 do Código Civil: "O título é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial de registro, e este o prenotar no protocolo." É por meio da anotação do ingresso do título e a consequente atribuição de um número de ordem que se garante a prioridade em relação aos títulos que ingressarem posteriormente e que tenham como objeto o mesmo imóvel.

(comunicação ao município e publicação de editais) e registro. A partir de então, percebe-se a funcionalização da atividade desempenhada pelo oficial de registro, especialmente se considerar o controle exercido sobre a lista documental. Controle esse voltado ao impedimento de parcelamentos irregulares, à fraude contra os adquirentes²¹² e ao respeito às normas ambientais e urbanísticas. Não é, pois, o exercício puro e simples por parte do loteador de um direito subjetivo, tampouco a manifestação da autonomia privada. Essas categorias jurídicas não são absolutas, tendo em vista a boa-fé objetiva, a função social etc.

Assim, após o exame detalhado pelo município, o loteador, diante do princípio da rogação²¹³, requer seja prenotado o requerimento de loteamento, instruído com os documentos previstos no artigo 18 da Lei n. 6.766/79. A partir de então, a documentação em questão será autuada e submetida à averiguação pelo oficial ou seu preposto à luz dos princípios e regras registraes, e bem assim das normas urbanísticas, ambientais, de ordenação do solo etc.

Kümpel e Modina, ao pesquisarem sobre a natureza do procedimento de loteamento e suas fases, estabelecem que, tal como a fase verificada no Município, o procedimento conduzido na serventia extrajudicial tem natureza administrativa, desde o pleito de loteamento (rogação) até o seu registro. E vão adiante: a fase administrativa na serventia extrajudicial denomina-se própria, ordinária ou típica, já que, para ser tachada como tanto, inexistente impugnação²¹⁴ ao procedimento de loteamento; por outro lado, se houver impugnação ao procedimento de loteamento, a fase denominar-se-á de atípica, extraordinária ou imprópria, cuja decisão a respeito da impugnação dar-se-á administrativamente perante o Corregedor-Permanente ou Juiz da Vara de Registros Públicos, a depender do que determinar a Lei de Organização Judiciária local, ou diante de demanda judicial.²¹⁵

Isto é:

A fase registral, porém, pode ser subdividida em fase própria (típica, ordinária ou administrativa) e fase imprópria (atípica, extraordinária ou judicial). A primeira abrange todos os atos praticados diretamente no Registro de Imóveis, desde o início do procedimento até a sua finalização, que culmina com o registro. Trata-se de fase

²¹² O loteamento levado a efeito e ao cabo pelo compromissário comprador ou pelo coproprietário geria dano ou potencial dano aos futuros adquirentes dos lotes? E se houvesse anuência do promitente vendedor e dos demais coproprietários? O dano permaneceria ou não? São questões complexas de serem respondidas de plano, *a priori*.

²¹³ O oficial de registro não age, como regra, de ofício. Ele deve ser instado a tanto, conforme previsto no artigo 13 da Lei n. 6.015/73.

²¹⁴ É de se ressaltar que qualquer interessado poderá analisar física e diretamente os documentos do loteamento. A publicidade aqui é direta, operando por meio por meio da possibilidade de compulsar os autos do procedimento de loteamento; e não indireta como ocorre com a maioria dos atos registraes, pelo que, para ter ciência de seus termos (conteúdo), há necessidade de se obter certidões, vedando assim o acesso direto aos livros e ao arquivo. A publicidade direta no procedimento de loteamento é mais uma forma de perfectibilizar a proteção aos adquirentes, ao meio ambiente, ao aspecto urbanístico etc. É mais um controle a fim de evitar a desorganização na ocupação do solo urbano.

²¹⁵ *Tratado notarial e registral*. Vol. 5. Tomo II..., p. 2313.

típica e necessária do registro de parcelamento do solo, onde são apresentados todos os documentos do art. 18 da Lei n. 6.766/79, publicados editais e, não havendo impugnação por parte dos interessados, efetuado o registro em sentido estrito na matrícula do imóvel.

[...]

Dessa forma, em situações excepcionais, havendo impugnação do registro do loteamento, o procedimento ordinário transmuta-se em extraordinário, passando à competência ao juiz de direito, quando remetido para a via jurisdicional, ou do juiz corregedor, quando convertido em processo administrativo.²¹⁶

De qualquer modo, na fase registral o objeto de qualificação do oficial de registro não pode recair sobre o âmago do título, ou seja, não lhe cabe perquirir aspectos intrínsecos. Em rigor, essa perquirição compete ao município onde o imóvel estiver localizado, pois é de sua competência a organização/determinação da ocupação do seu solo. A análise do oficial, assim, dá-se sobre elementos extrínsecos, assim como sobre as formalidades registrarias e demais preceitos do ordenamento jurídico, tais como respeito às faixas *non aedificandi* e dimensionamento dos lotes.

Prenotado o título, autuado, qualificado positivamente, comunica-se ao município, publicam-se os editais e, ausente impugnação, registra-se o loteamento. Em caso de impugnação, ela é remetida ao juiz de direito para que ele decida, conforme for o caso, administrativa ou judicialmente.

Portanto, a materialização jurídica do loteamento opera-se no âmbito da serventia extrajudicial imobiliária que possuir atribuição registral sobre a circunscrição geográfica onde o imóvel a parcelar estiver inserido. Ela vai da etapa de prenotação, que se dá por meio da rogação do loteador ou de quem o represente, até o registro propriamente dito. Perpassando pela qualificação, comunicação ao município respectivo e publicação de editais.

3.3 UMA ANÁLISE DO PAPEL DO PODER PÚBLICO NO PARCELAMENTO À LUZ DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

O Poder Público²¹⁷, em todos os seus níveis de manifestação, possui a direção e o contorno de sua atuação inseridos na Constituição da República de 1.988. Isso se torna claro quando se leva em consideração a atribuição de funções distintas aos seus entes, órgãos ou

²¹⁶ *Tratado notarial e registral*. Vol. 5. Tomo II..., p. 2312.

²¹⁷ Adota-se aqui a terminologia Poder Público em sentido orgânico ou subjetivo pelo que é tido como “o complexo de órgãos e funções, caracterizado pela coerção, destinado a assegurar uma ordem jurídica, em certa organização política considerada.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 8).

peçoas, como se dá com a função judiciária, a função legislativa e a função executiva²¹⁸. Inexiste, entretanto, exclusividade no exercício das funções pelos Poderes da República brasileira, e sim a preponderância de um (Poder) em relação ao outro quando do seu desempenho, pelo que se fala em função típica e em função atípica.²¹⁹

A ideia do Estado brasileiro é a de que a concentração numa única pessoa ou num único órgão daria ensejo ao exercício abusivo de poder. O monopólio no exercício cumulado dessas funções implicaria onipotência. E essa ideia de repartição de funções advém, de modo mais enfático, do constitucionalismo moderno (Século XVIII), especialmente da experiência francesa. Consistia na racionalização na distribuição das funções advindas do Poder estatal.²²⁰ Exercício, diga-se, da soberania.

Com base nisso, o papel do Poder Público no parcelamento pode ser aferido sob três perspectivas, quais sejam, a legislativa, a judiciária e a executiva. E isso se torna relevante na medida em que a utilização funcionalizada do solo passa a caracterizar-se como dever de todos os órgãos estatais, ora em maior, ora em menor medida. Essa utilização adequada passa a ser obrigação de todos, e não exclusiva de um único órgão, de sorte a difundir/diluir a responsabilidade pela fruição sustentável no uso do solo.

A perspectiva legislativa pressupõe, como sabido, tipicamente o exercício da função normativa. Cabe ao Poder Legislativo disciplinar genérica e abstratamente as relações jurídico-sociais do parcelamento do solo, voltada às questões civis, ambientais, urbanísticas, penais, processuais etc., isso porque a questão envolve interdisciplinaridade. E, perante a interdisciplinaridade, o normatizar envolve as Casas Legislativas municipais, estaduais (aí inclui a distrital) e federal, a depender da matéria submetida a discussão.

²¹⁸ “[...] há que se ter em mente que o poder é uno e indivisível e seu exercício é realizado pelo Estado por meio de três funções: legislação, administração e jurisdição. *Legislar* é editar o direito positivo; *administrar* é aplicar a lei de ofício; *julgar* é aplicar a lei contenciosamente. Ou seja, o que se reparte não é o poder em si, mas as funções que lhe são inerentes.” (NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Direito constitucional brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 134).

²¹⁹ Diz assim, por exemplo, que o Poder Judiciário possui como função típica a de julgar, enquanto como função atípica a de editar atos normativos, como ocorre da feitura das normas de atinentes ao funcionamento do Tribunal, e de aplicar a lei de ofício, quando se realiza concurso para preenchimento das vagas dos cargos de juiz. Nessa ordem de ideias, a função típica do Poder Legislativo é a de legislar, ao passo que a função típica do Poder Executivo é a de aplicar a lei de ofício. Atipicamente, esses poderes podem exercer a função de julgar (o Poder Legislativo ao levar a efeito o procedimento de impedimento do Presidente da República; o Poder Executivo analisar, por meio do processo administrativo disciplinar, a possibilidade de aplicar penalidades ao servidor público pertencente à sua estrutura) e a função de legislar (o Poder Executivo editando medida provisória) e a função de administrar, ou seja, aplicar a lei de ofício (o Poder Legislativo realizando concurso público para preencher cargo vago em seu quadro).

²²⁰ ROCA, Javier Garcia. Separación de poderes y disposiciones del ejecutivo com rango de ley: mayoría, minorías, controles. *Revista de derecho constitucional e internacional*, vol. 27/1999, abr.-jun. 1.999, p. 1.

A atividade legislativa, é digno de nota, é dever dos parlamentares. Por se cuidar de dever, ela é exercida em nome próprio, mas no interesse de terceiros, que é a população como um todo, e não uma pessoa específica. O papel do Poder Legislativo não consiste, pura e simplesmente, no legislar a respeito do parcelamento. Existe um *plus*. Deve-se legislar considerando os interesses e os anseios da sociedade; as modificações desta. Deve-se considerar o solo como situação jurídica existencial, em que, em linha de princípio, o ser prevalece sobre o ter. O solo como situação jurídica patrimonial, ou seja, a terra como mercadoria é importante, mas não deve, *a priori* e abstratamente, prevalecer sobre situações jurídicas existenciais, como, por exemplo, interesses difusos (meio ambiente).

Então, exemplificadamente, ao submeter um projeto de lei municipal em que se pretende estender a área urbana do município sobre o que até então era considerada área rural, ou seja, área de expansão urbana, para fins de parcelar o respectivo solo, devem-se ou deveriam os parlamentares analisar dados estatísticos (número de habitantes, número de residências, número de pessoas sem moradia - número esse que mora de aluguel e que mora de favor -, número de imóveis a criar, número de hotéis, número de sociedades empresárias etc. dentro do aludido município) para um adequado procedimento legislativo e para o atendimento do interesse dos munícipes para quem a atividade legiferante deve ser direcionada.

Não está a dizer, é de se ressaltar, que não pode, de acordo com as peculiaridades do município, a legislação estar voltada a considerar a terra como situação jurídica patrimonial. Ora, num município em que há nítido interesse turístico, no qual inexistente déficit de imóveis destinados à moradia, é possível valer-se da terra como situação jurídica patrimonial²²¹, desde que evite “a utilização inadequada de imóveis urbanos, a proximidade de usos incompatíveis e inconvenientes, o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana, a deterioração das áreas urbanizadas [...]” (Lei n. 10.257/01, artigo 5.º, inciso VI). Em suma, o respeito às normas ambientais, urbanísticas, civis, dentre outras, impõe-se. Rente a essa situação, o interesse jurídico subjacente é patrimonial, isto é, o desenvolvimento da região turística, mas desenvolvimento que deve ocorrer de modo sustentável, equilibrado.

Esse é o colorido que se deve ou, ao menos, busca imprimir na função de legislar a respeito do parcelamento. É, em tese, o que se espera do Poder Legislativo, modulando

²²¹ Pode ter como fim direto e imediato a obtenção de renda pelos empreendedores que, por sinal, traz a reboque (reflexamente) recursos para o município, cuja aplicação poder-se-á no desenvolvimento de outras áreas, como a saúde e a educação.

interesses individuais, de modo a evitar o exercício abusivo de uma posição jurídica. Evitar o individualismo e o voluntarismo, características marcantes do direito do Século XVIII.

Sob o viés do papel do judiciário, o dever a ser desempenhado tem, também, como pano de fundo os preceitos constitucionais. Deve-se observar a autonomia privada, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a igualdade material, dentre outros conceitos munidos de densidade valorativa. Não prega a aplicação pura e simples desses preceitos, ou seja, a invocação destituída de elementos fático-jurídicos para lhes dar concretude. Repudia inclusive a utilização arbitrária de tais preceitos, sob pena de caracterizar o subjetivismo do julgador. O ordenamento jurídico reprova motivações genéricas, nas quais a invocação de preceitos constitucionais, em especial os vagos, imprecisos, opera-se sem apresentação das razões subjacentes que contrariem ou justifiquem a aplicação de tais preceitos ao caso concreto. Aplica-se por aplicar e/ou argumento de autoridade.

Por conseguinte, no desempenho do caso que lhe é submetido, inclusive na análise da legalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou de outro tipo de proceder, o agir do Poder Judiciário consiste, dentre outras condutas, no apresentar dos motivos pelos quais ele estar a aplicar ou a afastar determinado preceito constitucional, qual a relação deste ou de outro aplicável com as peculiaridades do caso concreto ou ainda a invocação dos razões, sejam fáticas, sejam jurídicas, que amparam a sua decisão. É apresentar, no plano concreto, os fatos e o direito aptos a respaldar legal e constitucionalmente²²² a decisão proferida.

²²² Como bússola e de forma exemplificativa, poderá o julgador valer-se dos artigos 20 e 21 do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1.942, autodenominada de Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, bem como do artigo 489, § 1.º, da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, que estatui o Código de Processo Civil, as quais estabelecem, respectivamente, o seguinte:

Art. 20 - Nas esferas administrativas, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21 - A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Art. 489 - São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 1.º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

Com esse pensar, o julgador deverá apresentar, seja judicial, seja administrativamente²²³, as razões de fato e de direito que o conduziram a tomada de decisão desta ou daquela forma. Exteriorizar as razões pelas quais a sua decisão foi favorável ou contrária, a fim de evitar o subjetivismo ou a arbitrariedade. O órgão julgador, ao fim e ao cabo, considera os anseios e as modificações sociais para o desempenho de seu múnus no parcelamento do solo, considerando a sua atividade voltada à construção de uma sociedade solidária e munida de igualdade material.

Por fim, sob a perspectiva da função administrativa (executiva), o papel a ser desempenhado pelo Poder Público seja talvez considerado o mais importante, sobretudo se considerar o princípio de subsidiariedade²²⁴, a sua função típica e que o parcelamento do solo tem-se como regra análise do município onde ele estiver situado.

O Poder Público municipal encontra-se envolvido diretamente com a ordenação do solo. Essa transformação da “realidade existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos”²²⁵ pelo Legislativo é de ser aplicada de ofício pelo Executivo municipal. Este, grosso modo, se encontra em contato direto com a realidade do município. Então, cabe-lhe o estabelecimento de normas específicas que suplantem às normas gerais editadas pelos entes maiores. A especificidade dessas normas tem como fito o atender das peculiaridades do município em questão.

Pode-se dizer que o papel do município no parcelamento não se restringe à mera formalidade. Isto é, autorizando ou negando o pleito da parte interessada. É bem mais. Há o aspecto burocrático da questão, de sorte a avaliar a documentação apresentada. Contudo, deve também verificar se a terra está a ser tratada como situação jurídica existencial e/ou situação

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

[...]

²²³ O processo de dúvida previsto no artigo 198 e ss. da Lei n. 6.015/73 tem natureza administrativa, a despeito de o seu julgador ser juiz de direito (como regra, já que o juízo federal poderá ser o órgão que decidirá a dúvida nos casos previstos na Lei n. 5.972, de 11 de dezembro de 1973, conforme prevê o seu artigo 3.º). Além disso, existe a impugnação ao processo de loteamento prevista no artigo 19, § 1.º, da Lei n. 6.766/79.

²²⁴ A despeito de se cuidar de uma palavra plurissignificativa, vale-se do princípio de subsidiariedade como relação entre órgãos centrais e órgãos locais, de modo que não cabe ao órgão central desempenhar atividade se o órgão local o fizer com a mesma desenvoltura. Isso decorre do próprio federalismo. Então: “O princípio de subsidiariedade pode ser aplicável nas relações entre órgãos centrais e locais, verificando-se, também, o grau de descentralização. A descentralização é um domínio predileto de aplicação do princípio de subsidiariedade, sendo que a doutrina menciona as relações possíveis entre o centro e a periferia. A descentralização é um modelo de organização do Estado, pelo que o princípio de subsidiariedade pode ser aí invocado.” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução. *Revista da faculdade de direito da UFMG*. Vol. 35. Belo Horizonte: Editora Nova Fase, 1995, pp. 13-52, p. 37).

²²⁵ SILVA, José Afonso da Silva. *Direito urbanístico brasileiro*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 89.

jurídica patrimonial, obstando, quando caso for, a autorização para que se parcele, primordialmente se não trouxer benefícios para o município e para os munícipes. A sua função se prolonga após a aprovação do loteamento, na medida em que deve fiscalizar o cumprimento do cronograma de obras de infraestrutura no loteamento, com o intuito de evitar a sua irregularidade.

Diz-se que a função administrativa do Poder Público envolve inclusive situações fáticas que não veio a ser materializadas juridicamente. O loteamento clandestino²²⁶, ou seja, aquele que não obteve a aprovação do Município deve ser por este repudiado. O repúdio ocorrerá porque certamente faltarão condições mínimas de infraestrutura, o que vai de encontro à dignidade da pessoa humana. Parece que a falta de saneamento básico fere o núcleo duro da dignidade da pessoa humana, qual seja, o mínimo existencial para que a pessoa viva com dignidade.

Eis que o papel administrativo do Poder Público envolve, com mais ênfase, o pré, o durante e o pós-loteamento. E o contato se dá direta e imediatamente rente às políticas públicas que devem ser levadas a efeito no seu âmbito geográfico.

Portanto, os Poderes Públicos devem agir ordenada e conjuntamente na busca pela efetivação dos preceitos constitucionais. Não podem deixar prevalecer, *a priori* e abstratamente, a concepção de terra como situação jurídica existencial sobre a variabilidade de terra como situação jurídica patrimonial. Nem o contrário. O que se tem ou que se deve ter em mente, rente à complexidade da atual sociedade, é que não se admite o exercício de direito subjetivo de modo abusivo e, nesse contexto, inclui o atributo dispor inerente à titularidade proprietária. Não é o simples fato de ser titular da propriedade que se permitirá que faça dela o que bem entender. O seu uso egoístico é afastado pelo ordenamento jurídico. O atributo dispor deve ser ressignificado a partir da eticidade e da eficácia das normas constitucionais, certo de que, de modo a expressar adequadamente as razões de decidir, os Poderes Públicos devem laborar nesse sentido, qual seja, a releitura do atributo dispor.

²²⁶ “A doutrina distingue o loteamento regular do loteamento clandestino e do loteamento irregular. O loteamento será irregular se o empreendimento, embora aprovado pelo Poder Público, tiver sido implantado: (i) sem o devido registro imobiliário; (ii) em desacordo com a aprovação concedida, ou (iii) sem obediência ao cronograma de obras.

Logo, a regularidade do loteamento está atrelada, entre outros fatores, à sua situação perante o registro imobiliário. [...]

O parcelamento clandestino, por sua vez, é aquele não aprovado, “oculto” à Administração Pública.” (KÛMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Ferrari. *Tratado notarial e registral...*, pp. 2259-2260).

3.4 A ATUAÇÃO FUNCIONALIZADA DO OFICIAL DE REGISTRO NO PROCEDIMENTO E REGISTRO DO LOTEAMENTO

Por força de dispositivo constitucional, os serviços notariais e registrais são públicos, porém exercidos em caráter privado, conforme artigo 236.²²⁷ É atividade lastreada na publicidade, eficácia, autenticidade e segurança jurídica (Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994), características a serem atribuídas aos atos e negócios jurídicos. Daí se percebe o quadro significativo e jurídico no qual se insere o agir do oficial de registro.

É possível perceber, sob esse color, que o oficial de registro labora para a constituição de direitos²²⁸, sua comprovação²²⁹ e publicidade²³⁰. Assegura aos usuários dos serviços e a terceiros interessados a confiança nas situações assentadas na serventia extrajudicial. Permite que as pessoas confiem na aparência retratada nas certidões de seus atos e termos. Por meio de instrumentos sólidos repassa a crença na diminuição de fraudes, descréditos e decepções.

Ele, oficial de registro, atua lastreado na legalidade, voltando-se para a busca desses objetivos. No parcelamento é assento comum que, a despeito de passar despercebido pelos demais órgãos públicos, almeja a evitar burla à Lei de Parcelamento do Solo, ao Estatuto da Terra, à legislação urbanística, à legislação ambiental etc. Não deve permitir que exista pleito de parcelamento que venha a ferir, por exemplo, à fração mínima do parcelamento (FMP) ou que venha a estabelecer condomínio de frações ideais cuja delimitação esteja inserida na matrícula. Veda a utilização do desdobro como sucedâneo do desmembramento ou do loteamento.

Por isso que “cabe ao Oficial Registrador, portanto, importante função no controle de novos parcelamentos irregulares por meio dessas e outras técnicas de tentar se evadir da forma legal.”²³¹, na medida em que a aparência refletida pelos assentos imobiliários implica confiança nas situações jurídicas daí decorrentes e, por consequência, colabora com o desenvolvimento

²²⁷ Os serviços notariais e registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

²²⁸ Por exemplo, “Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.” (Código Civil, artigo 1.245).

²²⁹ Como a averbação cautelar de distribuição de ações, prevista no artigo 828 do Código de Processo Civil, pelo qual “o exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade.”

²³⁰ O registro do formal de partilha, da carta de adjudicação advinda do processo de inventário ou da escritura pública de inventário possui caráter meramente publicitário, na medida em que, rente ao princípio da saisine, “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.” (Código Civil, artigo 1.784).

²³¹ GENTIL, Alberto *et al.* *Registros públicos...*, p. 709.

econômico.²³² É inadequado a serventia extrajudicial retratar aparência cujos efeitos são contrários aos preceitos do ordenamento jurídico. Isso é disfuncional.

O que caracteriza o desempenho do múnus do oficial, além do respeito à legalidade pertinente a todo e qualquer exercente de serviço público e, também, ao cidadão, é busca por estabilidade nas relações jurídicas, confiança nas instituições jurídicas e invariabilidade nas categorias jurídicas. É digno de ressaltar que a funcionalização da atividade permite que o oficial coteje os dispositivos da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, com a atividade de loteamento, ao analisar o contrato-padrão de compromisso de compra e venda a ser depositado na serventia, a partir dos princípios consumeristas da verdade, informação e identificação.²³³ Verifique, também, o respeito às normas ambientais, urbanísticas, dentre outras. É dever funcionalizado.

Esse exercente do serviço público não mero batedor de carimbo. Assinante de documentos. O exercício dessa atividade volta-se para a tutela ambiental²³⁴, tributária²³⁵ e urbanística²³⁶, além dos princípios acima expressos (segurança, publicidade, autenticidade e eficácia). São princípios estruturantes. E certamente a busca por essa tríplice tutela vai ao encontro dos preceitos constitucionais, sobretudo da construção de uma sociedade, livre, justa e solidária. Consegue, ao fim, aliar aspectos existenciais (tutelas ambientais e urbanísticas) com aspecto econômico (tutela tributária), de forma a constituir o embrião para o desenvolvimento econômico sustentável (garante a higidez do tráfego imobiliário, por meio da segurança jurídica, assegura a arrecadação aos cofres públicos, protege o meio ambiente e colabora para uma melhor ordenação urbana - tutela urbanística -).

²³² AMADEI, Vicente Celeste; AMADEI, Vicente de Abreu. *Como lotear uma gleba...*, p. 251.

²³³ AMADEI, Vicente Celeste; AMADEI, Vicente de Abreu. *Como lotear uma gleba...*, pp. 493-494.

²³⁴ “O oficial de registro de imóveis possui deveres especial em relação ao meio ambiente, ao controle das políticas públicas ambientais, e, sobretudo, da publicidade dos problemas emergentes do imóvel, no que atinge ao meio ambiente.

É corretamente adotada a tese de que devem ser inscritas na matrícula do imóvel todas as situações jurídicas que precisam ser publicizadas ou necessárias para obter eficácia contra terceiros, pois a publicidade registral é a única que se mostra eficiente como prevenção e eficaz como mecanismo de publicidade em relação direta ao imóvel. Neste sentido, a jurisprudência administrativa tem ganhado relevos na admissibilidade de averbação na tábua registral de água contaminada.” (KÚMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Ferrari. *Tratado notarial e registral*. Vol. 5. Tomo II..., p. 168).

²³⁵ Por força do artigo 30, inciso XI, da Lei n. 8.935/94, “A fiscalização do recolhimento dos tributos é um dever dos notários e registradores, que devem verificar o pagamento de todos os impostos incidentes sobre o ato a ser por eles praticado.” (KÚMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Ferrari. *Tratado notarial e registral*. Vol. 5. Tomo II..., p. 169).

²³⁶ “O Registro Imobiliário também serve à tutela urbanística, sob o fundamento de que “para a propriedade urbana (...) estará satisfeita a função social da propriedade se ela atender às determinações do Plano Diretor. Para tanto, o Plano Diretor deverá ser formulado observando, por seu turno, os princípios expressos no Estatuto da Cidade, lei regulamentadora dos arts. 182 e 183 da CF.” [...] Como exemplo de atos de atos de averbações L. L. Passarelli elenca as seguintes hipóteses: i) restrições de parcelamento do solo; ii) dever de impedir a erosão do solo [...]” (KÚMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Ferrari. *Tratado notarial e registral*. Vol. 5. Tomo II..., p. 170).

3.5 LOTEAMENTO FECHADO OU LOTEAMENTO DE ACESSO CONTROLADO

Com o aumento e a constante saída da população do meio rural para o meio urbano, percebe-se o crescimento desordenado nas áreas centrais e o aumento significativo da violência. Resumem em parte os problemas da atual sociedade, na medida em que se agregam outros, tais como desemprego, miséria, ausência de saneamento básico e poluição.

E não raras as vezes, a população se depara com a ausência ou o déficit de elementos mínimos de subsistência que deveriam ser prestados pelo Poder Público e não os são. A população, por conta própria e às vezes à margem do ordenamento jurídico, busca mecanismos para suprimir ou diminuir essa inoperância estatal. Extrai-se daí a formação do loteamento fechado ou loteamento de acesso controlado, caracterizado como fato social a merecer tratamento jurídico.

Portanto, o cercamento do perímetro do loteamento dá-se em busca da concretização de direitos não levados a efeito e ao cabo pelo Poder Público. São anseios da sociedade, mas, por diversos fatores, não são implementados por aquele obrigado a tanto.

3.5.1 Conceito

Até a edição da Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017, que, dentre outras situações, veio a cuidar da regularização fundiária urbana e rural, não existia, ao menos em nível nacional, regulamentação a respeito do loteamento em questão. Alguns municípios, dentro do âmbito geográfico que lhes compete, editavam normas aptas a regulamentar essa situação jurídica, o que, por si só, não eximia a discussão a respeito da legalidade.²³⁷

À luz da redação levada ao cabo pela Lei n. 13.465/17 no § 8.º, do artigo 2.º, da Lei n. 6.766/79, considera-se “loteamento de acesso controlado a modalidade de loteamento, definida nos termos do § 1.º deste artigo, cujo controle de acesso será regulamentado por ato do poder público Municipal, sendo vedado o impedimento de acesso a pedestres ou a condutores de

²³⁷ Nesse sentido: COSTA, Valestan Milhomem da. A juridicidade dos loteamentos fechados com a publicidade no Registro de Imóveis. <https://academia. irib. org. br/xmlui/handle/123456789/915>, 2008.; CHALHUB, Melhim Namem. Condomínio de lotes de terreno urbano. <https://academia. irib. org. br/xmlui/handle/123456789/955>, 2009; DE FREITAS, José Carlos. Da legalidade dos loteamentos fechados...; JÚNIOR, Izaías Gomes Ferro. Loteamento fechado. <https://academia. irib. org. br/xmlui/handle/123456789/1072>, 2014. Acesso em: 25 de out. 2022; FAZANO, Haroldo Guilherme Vieira. *Propriedade horizontal e vertical*. 2.ed. Leme: J. H. Mizuno, 2014; MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. *Apontamentos sobre a juridicidade dos “condomínios fechados” sob a ótica da função social da propriedade urbana*. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014.

veículos, não residentes, devidamente identificados ou cadastrados.” Eis o conceito legal do instituto em estudo.

Do conceito retira que a intenção do legislador, afora o reconhecimento dessa situação jurídica por vários municípios, é obstar o acesso dos não residentes ao seu interior. Vedar à feudalização da titularidade proprietária. O que se pode, de acordo com a dicção do artigo, é ter o domínio sobre as pessoas que acessem o seu interior. É fiscalizar as pessoas que no seu interior ingressam, ainda mais quando permitem a identificação ou o cadastramento de quem assim desejar.

Rente a essa ideia, qual seja, a de controle no acesso, é viável dizer que a terminologia loteamento de acesso controlado é mais adequada do que loteamento fechado²³⁸. Este dá a ideia de, ainda identificado ou cadastrado, poder proibir, amparado num direito incontestado, o acesso. Contudo, não o é. O acesso é controlado, e não permitido ou negado de acordo com o livre arbítrio de seus moradores.

O pano de fundo para esse acesso controlado reside na existência dentro do perímetro do loteamento de bens funcionalizados ao desempenho do múnus público, isto é, das tarefas precípuas que lhe são atinentes. Com o registro do loteamento, as vias, praças, áreas institucionais, áreas verdes e equipamentos urbanos passam, *ex vi legis*, ao domínio do Município²³⁹. Caracteriza-se como transmissão legal, de sorte a independe de ato voluntário (escritura pública ou contrato particular de transmissão, por exemplo).

Pode-se dizer, pois, que o loteamento de acesso controlado opera-se com a subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com a inserção ou a modificação de sistema viário já existente. Esse sistema viário que, por força de lei, passa ao domínio da municipalidade, é cercado, por meio de autorização municipal, e passa a ser afetado preponderantemente ao uso dos moradores desse loteamento.

Vê-se que, na essência, não há diferença entre o loteamento aberto e o de acesso controlado. Sob o viés registral, também não existe diferença. Contudo, com a positivação referida, estabeleceu determinada dicotomia no instituto do loteamento, qual seja, presencia-se

²³⁸ “Embora o loteamento, na sua gênese, fosse concebido para ser “aberto” (termo aqui empregado para designar que as vias públicas e de circulação são de domínio público e de tráfego de toda sociedade), na realidade urbana proliferaram os loteamentos que restringem o acesso ao público, notadamente com a construção de muros e portarias nas divisas do loteamento, o que fez surgir o denominado vulgarmente de ‘loteamento fechado’.” (KÚMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Ferrari. *Tratado notarial e registral*. Vol. 5. Tomo II..., p. 2261).

²³⁹ O *caput* do artigo 22 da Lei n. 6.766/79 estabelece que “desde a data de registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo.”

o loteamento aberto (típico) e o loteamento fechado (atípico ou de acesso controlado), cuja base normativa assenta na Lei n. 6.766/79.

Kümpel e Modina, ao dissertarem acerca dos precedentes deste instituto jurídico, resumem a questão da seguinte forma:

Assim, em geral, um loteamento fechado formalizado era aquele em que a associação de moradores havia erguido muros e portões, o domínio das áreas comuns havia sido transferido ao Poder Público, e este, por sua vez, havia concedido aos moradores do local o uso desses bens. Donde advém uma importante consequência: as áreas comuns, no loteamento fechado, não são de uso comum do povo.²⁴⁰

E essa concepção permanece. A oposição de muros e/ou cercas e a construção de portaria que exerça controle sobre o acesso dos não residentes são pressupostos para a sua caracterização. O controle de acesso interno visa anexar segurança a esse tipo de instituto jurídico, mas não pode significar a proibição de acesso. “Entenda-se: não se deve confundir proibição à liberdade de ir e vir (que é vedada) com controle de acesso - mera forma de agregar segurança pela verificação de identidade e interesse da pessoa no ingresso ao núcleo habitacional - [...]”²⁴¹

Aí se verifica a caracterização do loteamento fechado ou de acesso controlado, que mergulha na essência da noção conceitual de loteamento apresentada no § 1.º do artigo 2.º da Lei n. 6.766/79, porém com um detalhe, isto é, com o cercamento no uso das áreas públicas, de modo a controlar o seu acesso.

3.5.2 Natureza jurídica

De início, é importante frisar que o ora objetivo investigativo deste tópico caracteriza-se como alocar o loteamento de acesso controlado no instituto ou na categoria jurídica que lhe possua maior similaridade no ordenamento jurídico. E essa alocação torna-se importante até para saber como se resolverão os problemas advindos do loteamento. Qual será a norma de incidência, os pressupostos para tanto e as consequências decorrentes. Enfim, qual o quadrante que se encaixará o parcelamento dentro da ciência jurídica.

Como visto, o parcelamento, gênero do qual o loteamento caracteriza-se como uma das espécies, pode ser visto como sob três perspectivas, quais sejam, a civilista, a urbanística e a ambientalista.

²⁴⁰ KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Ferrari. *Tratado notarial e registral*. Vol. 5. Tomo II..., p. 2264.

²⁴¹ AMADEI, Vicente Celeste; AMADEI, Vicente de Abreu. *Como lotear uma gleba...*, p. 17.

Com esse colorido, o parcelamento pode ser vislumbrado por meio dessas três lúpas. Isto é, num viés de variabilidade do atributo dispor da titularidade proprietária e, portanto, civilista, na qual prevalece o preceito da autonomia privada e da significação mais branda da legalidade²⁴². Constitui manifestação do direito real de propriedade. Pode, também, ser vislumbrada como instrumento para “ordenar os espaços habitáveis”²⁴³, de sorte a atender às mudanças sociais no que diz respeito à ordenação urbana. Ou, ao fim, numa visão ambientalista, a fim de buscar a proteção do ordenamento jurídico ambiental, de modo a assegurar a todos, da presente e da futura gerações (pacto intergeracional), um meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme se deduz do artigo 225, *caput*, da Constituição da República.

Diante da complexidade da sociedade atual, não se deve considerar essas perspectivas como estanques. Elas se interpenetram. Há fluxos e refluxos entre essas visões. O exercício de uma delas não se faz separadamente das demais. Todas as visões são adequadas e necessárias ao desenvolvimento econômico, social e ambiental a que se busca. O diálogo entre essas visões se impõe em decorrência da atual explosão legislativa.

Por ser espécie do gênero de parcelamento, o loteamento pode ser visto também sob essas três perspectivas, as quais são inclusivas, e não excludentes. Contudo, tem-se que a perspectiva civilista é a que prepondera. Primeiro pelo fato de o instituto do parcelamento caracterizar como exteriorização do atributo da titularidade proprietária denominado dispor. Consiste, pois, na manifestação do direito subjetivo da titularidade; segundo pela circunstância de, rente ao paradigma da eticidade, o exercício de direito subjetivo encontra-se envolto da observância de preceitos de ordem pública, soberania, ética, probidade, honestidade etc. Não é um exercício livre e arbitrário. O parcelar é afetado à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o que traz a reboque a fidelidade às normas ambientais, urbanísticas, administrativas, penais etc.

Então, o exercício do direito subjetivo, de cunho privatista, de parcelar é condicionado por normas, dentre outras, ambientais e urbanísticas. Mas é o aspecto civilista que prepondera ao estabelecer o seu lugar de fala.

Portanto, o loteamento de acesso controlado é, perante o lugar de fala adotado, instituto jurídico do direito privado, em especial do direito civil, porém com o recebimento de temperos

²⁴² “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 86).

²⁴³ SILVA, José Afonso da Silva. *Direito urbanístico brasileiro...*, p. 37.

advindos do direito urbanístico e do direito ambiental. É a ideia de fluxos e refluxos das disciplinas jurídicas. Influências recíprocas, diga-se.

3.5.3 (I)legalidade do instituto jurídico

Até positivação do loteamento fechado (Lei n. 13.465/17), cujo *nomen iuris* atribuído foi o de loteamento de acesso controlado, discutia-se com maior ênfase a respeito da legalidade ou não desse instituto.

A discussão a respeito cingia-se, preponderantemente, (i) à competência para legislar sobre a matéria, (ii) à legalidade do cercamento do perímetro do loteamento, a incluir áreas públicas de uso comum e (iii) às contribuições a serem vertidas para a manutenção e conservação das áreas públicas cujo uso foi afetado aos moradores do referido loteamento.

Quanto à competência para legislar sobre a matéria de fechamento, a discussão advinha da definição da própria natureza do instituto em questão. Em consequência, a definição da natureza do ato de parcelar e, a reboque, o ato de autorizar o fechamento, fixaria a competência legislativa para cuidar do loteamento em questão. Noutros dizeres, cuida-se de matéria de direito civil, de direito urbanístico ou de direito ambiental, o que acarretaria a competência privativa da União (primeira situação) ou a competência concorrente (os dois últimos casos).

Se considerasse que o loteamento de acesso controlado assentasse especialmente sob a perspectiva civilista, poder-se-ia dizer que os loteamentos fechados por meio de autorização municipal eram tidos como ilegais, na medida em que não havia em nível nacional norma autorizadora de tanto. A aludida autorização feriria a competência legislativa da União.

Lado outro, alocando-o o fechamento como matéria urbanística, haveria legalidade no ato autorizativo de fechamento. Portanto, o loteamento fechado sob essa perspectiva era tido como legal, ainda mais se considerar que “há, porém, setores de competência comum e concorrente em que sua atuação é também suplementar da legislação e da ação federal e estadual.”²⁴⁴, justificando a atuação do município.

Por fim, se cuidasse de direito ambiental, o que se tem como um viés mais por via oblíqua do que direta, ao município caberia a edição de norma suplementar, de modo a atender os interesses locais. Adoção de medidas mais protetivas ao meio ambiente, por exemplo.

²⁴⁴ SILVA, José Afonso da Silva. *Direito urbanístico brasileiro...*, p. 70.

A discussão jurídica acerca da competência legislativa restringiu-se as duas primeiras situações (matéria de direito civil ou de direito urbanístico), já que, ao que parece, a situação fática incide-lhes diretamente. E, além disso, o cercamento, por si só, envolve a fruição de bens públicos e a ordenação desses bens, sobretudo o sistema viário. Matéria essa que diz respeito à municipalidade.

Em sede de recurso extraordinário²⁴⁵, no qual cuidava do tema n. 348²⁴⁶, ficou assentado que a ordenação, a ocupação e a expansão do solo urbano são temáticas que afetam diretamente o Poder Público municipal. Então, a disposição sobre a ocupação dos bens públicos inseridos dentro do então denominado loteamento de acesso controlado caberia ao município dentro do qual ele estivesse inserido, respeitando, para tanto, as normas urbanísticas. Portanto, trata-se de competência legislativa suplementar do município, quem sofre direta e imediatamente os impactos do instituto em questão.

No que diz respeito à legalidade do cercamento por si só, invocava o desrespeito ao direito de ir e vir dos cidadãos que não fossem residentes na referida localidade. Partiu-se, a fim de afastar essa argumentação, na distinção entre a vedação por completo do controle de acesso ao seu interior. O loteamento de acesso controlado não buscava, nem busca, proibir o ingresso de pessoas no seu interior, o que ele visa é o controle, por meio de demonstração de interesse, de acesso, rente à segurança pessoal e patrimonial. São situações distintas, pelo que

²⁴⁵ Ementa: CONSTITUCIONAL. ORDEM URBANÍSTICA. COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS. PODER NORMATIVO MUNICIPAL. ART. 30, VIII, E ART. 182, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PLANO DIRETOR. DIRETRIZES BÁSICAS DE ORDENAMENTO TERRITORIAL. COMPREENSÃO. 1. A Constituição Federal atribuiu aos Municípios com mais de vinte mil habitantes a obrigação de aprovar Plano Diretor, como “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” (art. 182, § 1º). Além disso, atribuiu a todos os Municípios competência para editar normas destinadas a “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso do solo, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (art. 30, VIII) e a fixar diretrizes gerais com o objetivo de “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos habitantes” (art. 182, caput). Portanto, nem toda a competência normativa municipal (ou distrital) sobre ocupação dos espaços urbanos se esgota na aprovação de Plano Diretor. 2. É legítima, sob o aspecto formal e material, a Lei Complementar Distrital 710/2005, que dispôs sobre uma forma diferenciada de ocupação e parcelamento do solo urbano em loteamentos fechados, tratando da disciplina interna desses espaços e dos requisitos urbanísticos mínimos a serem neles observados. A edição de leis dessa espécie, que visa, entre outras finalidades, inibir a consolidação de situações irregulares de ocupação do solo, está inserida na competência normativa conferida pela Constituição Federal aos Municípios e ao Distrito Federal, e nada impede que a matéria seja disciplinada em ato normativo separado do que disciplina o Plano Diretor. 3. Aprovada, por deliberação majoritária do Plenário, tese com repercussão geral no sentido de que “Os municípios com mais de vinte mil habitantes e o Distrito Federal podem legislar sobre programas e projetos específicos de ordenamento do espaço urbano por meio de leis que sejam compatíveis com as diretrizes fixadas no plano diretor”. 4. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal pleno. *Recurso extraordinário n. 607.940*. Relator Ministro Teori Zavascki. Data de julgamento: 29 de outubro de 2015. Data de publicação: 26 de fevereiro de 2016. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=re%20607.940&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em 12 de mar. de 2022).

²⁴⁶ Plano diretor como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

não se caracteriza como adequado tachá-lo de ilegal ou de inconstitucional. O controle de acesso percebe-se no uso de diversos bens públicos sem que se presencie ilegalidade ou inconstitucionalidade. Existem razões outras aptas a justificá-lo. Não é exercitá-lo de modo abusivo.

Alfim, se discutiu bastante a respeito da obrigatoriedade e, portanto, da legalidade das contribuições a serem vertidas para a manutenção das áreas públicas cujo uso se fazia de modo preponderante pelos moradores do perímetro cercado. Havia, é de se ressaltar, a constituição de associação de moradores, sem fins lucrativos, a qual se tornava credora das ditas contribuições e cujos associados seriam os respectivos moradores. Invocava-se, pela inviabilidade de contribuição, a desobrigatoriedade de se filiar ou de se manter filiado à associação. Ora, se não houvesse essa obrigatoriedade, conseqüentemente não há nada a contribuir. Lado outro, se o morador se beneficia do fechamento do perímetro, com maior segurança, com a coleta de resíduos domiciliares, limpeza das ruas, iluminação etc., e não contribui para tanto, está a caracterizar enriquecimento sem causa. Afora isso, pode caracterizar desrespeito à boa-fé obtiva, com a caracterização de comportamento contraditório.

O Supremo Tribunal Federal veio a fixar a tese de que é inconstitucional a cobrança por parte de associação de taxa de manutenção e conservação de loteamento imobiliário urbano de proprietário não associado até o advento da Lei n. 13.465/17 ou de lei municipal anterior que disciplinasse a questão²⁴⁷. A decisão parece ir de encontro à boa-fé objetiva, na medida em que

²⁴⁷ Ementa: Cobrança de taxas de manutenção e conservação de áreas de loteamento. Ausência de lei ou vontade das partes. Inconstitucionalidade. Lei n. 13.467/17. Marco temporal. Recurso extraordinário provido. Fatos e provas. Remessa dos autos ao tribunal de origem para a continuidade do julgamento, com observância da tese. 1. Considerando-se os princípios da legalidade, da autonomia de vontade e da liberdade de associação, não cabe a associação, a pretexto de evitar vantagem sem causa, impor mensalidade a morador ou a proprietário de imóvel que não tenha a ela se associado (RE n. 432.106/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 3/11/11). 2. Na ausência de lei, as associações de moradores de loteamentos surgiam apenas da vontade de titulares de direitos sobre lotes e, nesse passo, obrigações decorrentes do vínculo associativo só podiam ser impostas àqueles que fossem associados e enquanto perdurasse tal vínculo. 3. A edição da Lei n. 13.465/17 representa um marco temporal para o tratamento da controvérsia em questão por, dentre outras modificações a que submeteu a Lei n. 6.766/79, ter alterado a redação do art. 36-A, parágrafo único, desse diploma legal, o qual passou a prever que os atos constitutivos da associação de imóveis em loteamentos e as obrigações deles decorrentes vinculam tanto os já titulares de direitos sobre lotes que anuíram com sua constituição quanto os novos adquirentes de imóveis se a tais atos e obrigações for conferida publicidade por meio de averbação no competente registro do imóvel. 4. É admitido ao município editar lei que disponha sobre forma diferenciada de ocupação e parcelamento do solo urbano em loteamentos fechados, bem como que trate da disciplina interna desses espaços e dos requisitos urbanísticos mínimos a serem neles observados (RE n. 607.940/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 26/2/16). 5. Recurso extraordinário provido, permitindo-se o prosseguimento do julgamento pelo tribunal de origem, observada a tese fixada nos autos: “É inconstitucional a cobrança por parte de associação de taxa de manutenção e conservação de loteamento imobiliário urbano de proprietário não associado até o advento da Lei n. 13.465/17 ou de anterior lei municipal que discipline a questão, a partir do qual se torna possível a cotização de proprietários de imóveis, titulares de direitos ou moradores. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso

o titular proprietário se vale dos benefícios advindos da manutenção e conservação do loteamento imobiliário, mas se recusa a adimplir com tais custos. Cuida-se de conduta contraditória, cujo repúdio decorre da criação de deveres anexos, ou seja, *nemo postest venire contra factum proprium*, além de caracterizar enriquecimento sem causa.

Sob esse contexto fático-jurídico, o instituto jurídico do loteamento de acesso controlado era tido como legal, desde que houvesse regulamentação pelo município dentro do qual ele estivesse inserido, porém as contribuições vertidas para a sua conservação e manutenção eram tidas como inconstitucionais, sobretudo pelo fato de a Constituição da República vedar à associação obrigatório ou a manutenção no seu quadro associativo.

Na atualidade, com o reconhecimento do loteamento, cujo perímetro é fechado, em nível nacional (Lei n. 13.465/17), a ideia de legalidade, já reconhecida por meio de decisão judicial, restou por reforçada/corroborada, inclusive a minimizar a discussão travada a respeito da competência legislativa para a sua regulamentação. E ainda as contribuições a serem vertidas para a sua conservação e manutenção foram ressignificadas na sua natureza jurídica. Demanda uma nova leitura.

3.5.4 Das contribuições para manutenção e conservação dos bens públicos: uma releitura à luz do disposto no art. 36-A da Lei n. 6.766/79

Embora a decisão do Supremo Tribunal Federal levada a efeito no recurso extraordinário n. 695.911 tenha declarado inconstitucional a cobrança para a manutenção e a conservação dos bens públicos objeto de trespasse por ato municipal à associação de moradores do loteamento, a questão jurídica deverá perpetuar, ainda com a redação do artigo 36-A da Lei n. 6.766/79. O artigo em testilha diz o seguinte:

Art. 36-A - As atividades desenvolvidas pelas associações de proprietários de imóveis, titulares de direitos ou moradores em loteamentos ou empreendimentos assemelhados, desde que não tenham fins lucrativos, bem como pelas entidades civis organizadas em função da solidariedade de interesses coletivos desse público com o objetivo de administração, conservação, manutenção, disciplina de utilização e convivência, visando à valorização dos imóveis que compõem o empreendimento,

extraordinário n. 695.911. Relator Ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 15 de dezembro de 2020. Data de publicação: 19 de abril de 2021. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=re%20695911&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em 12 de mar. de 2022).

tendo em vista a sua natureza jurídica, vinculam-se, por critérios de afinidade, similitude e conexão, à atividade de administração de imóveis.

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

Percebe-se, de início, que o pano de fundo para a decisão do Supremo reside na dicção do artigo 5.º, incisos II e XX, da Constituição da República. Pelo inciso II ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (o que se denomina princípio da legalidade), enquanto o inciso XX trata da impossibilidade de compelir alguém a se associar ou permanecer associado. Não há, assim, no ordenamento jurídico brasileiro determinação obrigatória de filiação ou permanência em qualquer tipo de associação. Inexiste, pois, a compulsoriedade.

Ora, a discussão em si caracterizava-se na obrigatoriedade ou não de contribuir para a manutenção e a conservação dos bens públicos afetados ao uso preponderante dos moradores do loteamento, e não na obrigatoriedade de filiação ou na sua permanência no quadro associativo da associação cujo trespasse no uso dos bens públicos deu-se à pessoa jurídica de direito privado em questão (associação). Tal fato fora reconhecido pelo voto vencido do Ministro Ricardo Lewandowski. Pode-se dizer da seguinte forma: se o morador se vale, direta ou indiretamente, mediata ou imediatamente, dos bens públicos trespassados, a contribuição se torna cogente, sob pena de caracterizar enriquecimento sem causa? Essa era a discussão posta, e não a obrigatoriedade ou não de se associar ou de se manter associado.

Contudo, o aludido tribunal veio a decidir pela impossibilidade de cobrança, com base no artigo 5.º, inciso XX, da Constituição da República, já que, no seu entender, o enriquecimento sem causa não possui assento constitucional. Parece que houve confusão nas ideias apresentadas.

Em continuidade, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese:

É inconstitucional a cobrança por parte de associação de taxa de manutenção e conservação de loteamento imobiliário urbano de proprietário não associado até o advento da Lei n. 13.465/17, ou de anterior lei municipal que discipline a questão, a partir da qual se torna possível a cotização dos proprietários de imóveis, titulares de direitos ou moradores em loteamentos de acesso controlado, que i) já possuindo lote, adiram ao ato constitutivo das entidades equiparadas a administradoras de imóveis ou (ii) sendo novos adquirentes de lotes, o ato constitutivo da obrigação esteja registrado no competente Registro de Imóveis.

Duas inquietações vêm de pronto da análise dessa tese, quais sejam, (i) a adesão posterior ao advento da Lei n. 13.465/17, por parte daquele que já possua gleba no loteamento imobiliário, obriga-o a permanecer associado? Em caso negativo, ingressando no quadro associativo e depois se retirando, permanece à obrigatoriedade em verter as contribuições de

manutenção e conservação? e (ii) uma vez o ato constitutivo da obrigação seja levado a registro no fôlio real, os novos adquirentes encontram-se obrigados a contribuição, independentemente de filiação?

Essas inquietações conduzem à aferição de qual a natureza jurídica dessa obrigação, porquanto a tendência é a de que a decisão em análise não responde por si só essas questões. Do contrário, levam à contradição.

É óbvio, por força do artigo 5.º, inciso XX, da Constituição da República, que, ainda que tenha ingressado na associação o possuidor de lote anterior à vigência da Lei n. 13.465/17, não é obrigado a permanecer associado. A norma constitucional não pode curvar-se perante a infraconstitucional, sob pena de deturpação do sistema jurídico. E aí? Permaneceria esse ex-associado obrigado ao vertimento das obrigações? A investigação desse objeto perpassa pela análise da natureza jurídica da obrigação exteriorizada pela redação do artigo 36-A da Lei n. 6.766/76.

Essa situação, em linha de princípio, não se enquadra perfeitamente no direito real nem no direito obrigacional²⁴⁸. Enquadrar-se-ia na ontologia das obrigações mistas ou se cuidaria de novel obrigação - verdadeiramente *sui generis* -? Investiguemos.

Obrigações mistas ou híbridas, como o próprio *nomen juris* sugere, são aquelas obrigações não alocáveis perfeitamente no direito real nem no direito pessoal, já que não se encontram inseridas no ordenamento jurídico como direito real (princípio da taxatividade), mas por sua vez implicam eficácia em face de terceiros, ou seja, não produzem efeitos apenas entre as partes. Nery e Nery Junior²⁴⁹ indagam “mas como classificar a natureza dos deveres jurídicos que não está na conduta do que deve prestar (*jus ad rem* - dar algo, fazer ou não fazer algo), tampouco nas coisas que lhe formam o objeto (*jus in re*)?”. Eis a essência.

Com base nesse lugar de fala, é necessário distinguir obrigações *propter rem*, obrigações com eficácia real e ônus reais. E investigar a natureza da contribuição em análise.

²⁴⁸ “Afirma-se que os direitos reais vinculam de maneira imediata e direta o seu titular a determinado bem, de tal forma que já foram chamados de *direitos de soberania sobre a coisa* (Herrschaftsrechte). Já o exercício dos direitos obrigacionais pelo credor se estabelece de maneira indireta, isto é, depende da prestação do devedor para a satisfação do crédito. Em outras palavras, os direitos reais têm como objeto imediato o exercício de um poder sobre a coisa, enquanto nos direitos obrigacionais o objeto imediato consiste em uma prestação de outrem, em um comportamento do devedor.

Como consequência dessa primeira distinção, afirma-se que os direitos reais são oponíveis a todos (*erga omnes*), enquanto os direitos de crédito são relativos, ou seja, vinculariam apenas credor e devedor, daí decorrendo sua oponibilidade relativa dos partícipes da relação obrigacional.” (Grifo dos autores) (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil*. Volume 2: obrigações. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 23).

²⁴⁹ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: direito das obrigações*, volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 162.

Obrigações *propter rem* consiste na obrigação que advém da titularidade proprietária. Esta é a fonte. Isto é, pelo fato de o sujeito possuir a titularidade nascerá para ele uma obrigação. Varela²⁵⁰ é preciso ao dizer que existirá esse tipo de obrigação quando o sujeito for titular da propriedade e, em decorrência disso, lhe é imposta a prestação.

É importante destacar que, na linha do defendido por Bunazar²⁵¹, a obrigação *propter rem* advém da situação jurídica ativa (titularidade) e tem como função à conservação da coisa que se caracteriza como seu objeto. As obrigações descritas nos artigos 1.297, § 1.º,²⁵² e 1.315 do Código Civil possuem a natureza de *propter rem*, rente à ideia de conservação da coisa que caracteriza o seu objeto. De modo diferente, é a obrigação meramente com sujeito determinado *propter rem*, na medida em que a fonte da obrigação é diversa, isto é, “qualquer outra como a proibição de enriquecimento injustificado ou a lei, sendo que a titularidade da posição jurídica ativa serve tão somente para identificar quem é que enriquecera injustamente caso não houvesse o dever de adimplir a obrigação ou quem é o sujeito passivo do tributo.”²⁵³

Nessa linha de raciocínio, parece mais adequado dizer que a obrigação de recompor a fauna, flora, recursos naturais, recursos minerais e patrimônio histórico e estético, é meramente com sujeito determinado *propter rem*, e não obrigação *propter rem*²⁵⁴, já que seu fim direto e imediato não é conservação da coisa, e sim a busca do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Os ônus reais, por sua vez, recaem sobre a bem. Consiste em gravame que sobre ele recai. Haverá, por força disso, limitação em seus atributos, sobretudo o de usar e o de fruir. Pelo fato de o bem se encontrar onerado, a responsabilidade do devedor, em caso de inadimplemento, será exclusiva sobre o bem onerado, e não sobre a totalidade de seu patrimônio. Os ônus reais

²⁵⁰ VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2003, v. I, pp. 44-45.

²⁵¹ BUNAZAR, Maurício Baptistella. *Da obrigação propter rem*. Dissertação (Mestrado em Direito). Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 79.

²⁵² “Art. 1.297 - O proprietário tem o direito a cercar, murar, valar ou tapar de qualquer modo o seu prédio, urbano ou rural, e pode constringer o seu confinante a proceder com ele à demarcação entre os dois prédios, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruídos ou arruinados, repartindo-se proporcionalmente entre os interessados as respectivas despesas.

§ 1.º - Os intervalos, muros, cercas e os tapumes divisórios, tais como sebes vivas, cercas de arame ou de madeira, valas ou banquetas, presume-se, até prova em contrário, pertencer a ambos os proprietários confinantes, sendo estes obrigados, de conformidade com os costumes da localidade, a concorrer, em partes iguais, para as despesas de sua construção e **conservação**.

Art. 1.315 - O condômino é obrigado, na proporção de sua parte, a concorrer para as despesas de conservação ou divisão da coisa, e a suportar os ônus a que estiver sujeita.” (Grifo nosso)

²⁵³ BUNAZAR, Maurício Baptistella. *Da obrigação propter rem...*, p. 80.

²⁵⁴ Súmula n. 623: As obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Brasília-DF, 2018. https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=SUMULA+623&tipo_visualizacao=RESUMO&b=SUMU&tp=T. Acesso em 13 de mar. de 2022).

visam a beneficiar terceiros, titulares ou não de uma situação jurídica de direito real. Gonçalves²⁵⁵ diz que os “ônus reais são obrigações que limitam o uso e gozo da propriedade, constituindo gravames ou direitos oponíveis *erga omnes*, como, por exemplo, a renda constituída sobre imóvel. Aderem e acompanham a coisa. Por isso se diz que quem deve é esta e não a pessoa.”

Vislumbra-se ainda obrigações com eficácia real. Na essência consiste numa obrigação que, em vez de ser dotada de eficácia entre as partes, passa a surtir efeitos *erga omnes* se for levada a registro (sentido amplo). É o caso retratado no artigo 8.^o²⁵⁶ da Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991 (denominada de Lei de Locações de Imóveis Urbanos), pelo qual o terceiro adquirente, que não veio a participar do contrato de locação, há de respeitar a vigência deste se o procedimento lá previsto for conduzido ao cabo pelo locatário. O registro público imobiliário implica efeitos dessa avença perante terceiros. Por isso é “importante lembrar que a averbação do contrato no Registro de Imóveis apenas confere eficácia real à locação, mas não a transforma em um direito real, não perdendo o seu caráter relativo e pessoal.”²⁵⁷

Estabelecidas essas figuras híbridas, é preciso investigar a possibilidade de encaixar a obrigação prevista no artigo 36-A da Lei n. 6.766/76 na essência de alguma delas ou se cuidaria de uma espécie *sui generis*.

Assim, a obrigação *propter rem* é vocacionada para a conservação da coisa (lotes, residências etc.). Não se vê, inclusive rente à dicção do artigo em testilha, esse fito. O que se busca é a manutenção, conservação e administração de coisa alheia da qual há possibilidade de se fazer o uso. Conservação dos bens públicos afetados, por meio de regulamentação, ao uso dos moradores do loteamento. E vai além: busca a valorização dos imóveis que compõem o empreendimento. Portanto, essa funcionalização da aludida obrigação não se coaduna com a função da obrigação *propter rem*.²⁵⁸

²⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 30.

²⁵⁶ Art. 8.º - Se o imóvel for alienado durante a locação, o adquirente poderá denunciar o contrato, com o prazo de noventa dias para a desocupação, salvo se a locação for por tempo determinado e o contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação e estiver averbado junto à matrícula do imóvel.

²⁵⁷ KÛMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Ferrari. *Tratado notarial e registral...*, p. 95.

²⁵⁸ Bunazar pontua a questão do seguinte modo: “[...] é preciso saber se essa contribuição associativa tem natureza jurídica de dívida *propter rem* à semelhança da contribuição condominial do condomínio edilício.

A resposta, por tudo que até aqui se expôs, só pode ser negativa. Isso porque a contribuição associativa não tem por fonte uma situação jurídica do direito das coisas nem visa à conservação da *res* que seja objeto de direito subjetivo de mais de um sujeito. A situação jurídica que há entre os moradores deste condomínio aparente não é imediata, mas mediata, na medida em que entre eles há a pessoa jurídica de direito público (Município) titular do bem de uso comum do povo que ensejou a cobrança da contribuição associativa.” (BUNAZAR, Maurício Baptistella. *Da obrigação propter rem...*, 92).

Kümpel e Ferrari, sem apresentar a fundamentação a tanto, dizem se cuidar de obrigação *propter rem*.²⁵⁹ Castro²⁶⁰, a seu turno, labora com a ideia de que as obrigações impostas aos moradores de loteamentos fechados devem ser registradas em sentido amplo no fôlio real e averbadas à margem de cada matrícula para que ela receba o color de obrigação *propter rem*. Assim, em situação de loteamentos “o título das obrigações *propter rem* constituiu-se em um processo composto de dois atos: a previsão unilateral, no plano de loteamento devidamente registrado, e depois a concretização, em cada alienação, das restrições, pela adesão no contrato de compra e venda.”²⁶¹

Sob essa perspectiva, não parece que a obrigação criada no artigo 36-A possua a natureza de obrigação *propter rem*. Ela não decorre de direito real (contribuição para a associação) nem como finalidade a conservação da *res*. O fim, como visto, é outro.

Tampouco se pode dizer que cuida de ônus reais. Não há, nitidamente, restrição aos atributos de usar e de fruir. O núcleo econômico da titularidade proprietária permanece incólume. Permite-se ao titular imprimir a destinação econômica, social, que é própria da coisa; que lhe seja pertinente, e bem assim retirar-lhe benefícios, tais como os frutos. Inexiste ingerência externa no exercício desse conteúdo.

No que diz respeito à obrigação com eficácia real, se conduzir uma interpretação do artigo 36-A com o conteúdo da fixado na tese extraída dos autos do recurso extraordinário n. 695.911, parece ser possível conduzir eficácia real à obrigação trazida pelo referido artigo.

A obrigação do artigo em testilha consiste, pois, na relação jurídica que se estabelece entre as associações ou entidades civis, sem fins lucrativos, e os titulares proprietários, pelo que os primeiros podem exigir destes uma prestação de dar, consistente, como regra, numa contribuição pecuniária, sob pena de, em caso de inadimplemento, execução forçada.

Contudo, ao fixar a tese, o Supremo Tribunal Federal veio a estabelecer que, uma vez levado a registro o ato constitutivo da obrigação, ela - obrigação - passa a surtir efeitos *erga omnes*, de modo a alcançar terceiros não participantes da fonte obrigacional originária, sobretudo os novos adquirentes de lotes. Não teríamos efeitos *inter partes*, e sim *erga omnes*.

A junção da obrigação prevista na lei com a possibilidade de levá-la ao fôlio real para fins de publicidade, conduz a certa semelhança com a obrigação com eficácia real. Nelas se

²⁵⁹ KÛMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Ferrari. *Tratado notarial e registral...*, p. 2268.

²⁶⁰ CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. Obrigações *propter rem* e condomínios atípicos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. [Org]. *Obrigações: estrutura e dogmática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais: obrigações e contratos, v. 1, pp. 777-795).

²⁶¹ CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. Obrigações *propter rem* e condomínios atípicos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. [Org]. *Obrigações...*, p. 788.

buscam a mesma funcionalização, qual seja, publicidade perante terceiros não participantes da relação obrigacional a fim de produzir efeitos.

Quanto à parte inicial da tese, especialmente quando se cuida do já possuidor de lote, venha aderir ao ato constitutivo das entidades equiparadas a administradora de imóveis, estar-se-á nada mais do que vinculando a uma das fontes das obrigações, isto é, a fonte negocial. O que, por si só, não resolve a celeuma no vertimento das contribuições para manutenção e conservação do loteamento de acesso controlado, ainda mais se, após a associação, a parte vier a se desassociar. A associação na forma da tese vincula a parte *ad aeternum*.

Essas hipóteses pressupõem a vigência do citado artigo.

Dá a entender que, rente à essência do artigo em discussão, a obrigação da cotização das despesas, após a sua vigência, assenta na proibição do enriquecimento sem causa, na função integrativa da boa-fé objetiva, sobremaneira na proibição do comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*), e na solidariedade. Com um colorido especial, que consiste em dar publicidade a essa obrigação para que, além das partes, terceiros tenham o conhecimento almejado pela segurança jurídica.

Dessa forma, a fonte da obrigação em discussão decorre desses preceitos, e não da filiação à associação de moradores. Se o morador se beneficia dos serviços ofertados por esta e, ao fim e ao cabo, rejeita proceder ao recolhimento das contribuições devidas, ele estará enriquecendo à custa de outrem (Código Civil, artigo 884), o que é repudiado. Parece que o ato de filiar, que serviu como parâmetro para a decisão do Supremo Tribunal Federal, tem como pano de fundo diverso do fundamento do enriquecimento sem causa. São questões distintas, na medida em que o primeiro busca a filiação ou a manutenção de filiação compulsória, enquanto o segundo proíbe o enriquecimento sem causa bastante. Tecnicamente, o caso posto relaciona-se com o aumento patrimonial por parte do morador que, não obstante se valer dos serviços oferecidos, recusa contribuir com as despesas para tanto.

Pode-se ainda invocar a proibição do comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*), dever anexo advindo da função da boa-fé objetiva (Código Civil, artigo 422). O morador, ao realizar uma conduta inicial, qual seja, a utilização da infraestrutura do loteamento fechado, acaba por criar uma legítima confiança na associação de que irá contribuir para a manutenção de tanto, mas, num ato posterior, vem a recusar o recolhimento da cotização que lhe é imputada, de sorte a quebrar a confiança da parte contrária. Por isso que “a doutrina define o *venire contra factum proprium* como a tradução do <<exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento exercido

anteriormente pelo exercente>>.”²⁶², de modo que os dois comportamentos expressados pelo morador são, individualmente, lícitos (tanto a utilização dos serviços ofertados, como a recusa em contribuir para a associação), porém o primeiro é contraditado pelo segundo. Aí reside a essência desse dever anexo.

Para que ela reste caracterizada, não basta a demonstração pura e simples da contradição do comportamento, é necessário o seguinte:

(i) a ação de uma pessoa da qual se segue um benefício para alguém; (ii) a contrariedade a essa ação, em desfavor daquele a quem fora criado o benefício, por meio de outra ação do mesmo agente; (iii) a conexão entre as condutas contraditórias, entre si e com o inconformismo que a contradição gera no lesado; (iv) o investimento de confiança por parte do suposto lesado, sendo esse investimento de confiança traduzido em atos ou atividades; (v) o fato de a contraparte exercer alguma atividade posterior em razão da confiança que nela foi gerada, em geral ocasionando um dano, atual ou potencial, para o lesado, por ter confiado, legitimamente, na primeira conduta; (vi) a ausência de motivo justo para a mudança no comportamento; (vii) a deslealdade implicada no voltar atrás, lesando a confiança legitimamente investida; e (ix) a imputabilidade do ato a quem, deslealmente, voltou atrás.²⁶³

O agir do morador não se coaduna, em linha de princípio, com a lealdade, honestidade, probidade etc., ensejando a correção no exercício abusivo de uma posição jurídica. É a falta de coerência no comportar humano.

Ao fim, da ideia de cooperação mútua entre grupos sociais, quando se beneficiam ou se valem de objetivos comuns, pode também decorrer o fundamento fático-jurídico para a cotização das despesas de manutenção e de conservação. Trata-se da concepção ordinária de solidariedade, através da qual existem “práticas de ajuda mútua, sendo observada, sobretudo, em grupos relativamente pequenos e socialmente coesos, como a família, pequenas cidades, comunidades culturais ou religiosas etc. Há um vínculo recíproco entre as pessoas do grupo que formam uma espécie de todo que se defende e protege.”²⁶⁴ O morador, sob essa perspectiva, não pode ser considerado isoladamente. Não prevalece o aspecto individualista, sobremaneira nas relações sociais. O seu desenvolver, o seu comportar, deve levar em consideração os demais integrantes da sociedade. Mitigam-se, e em certas situações abandonam-se, o individualismo e o voluntarismo pertinentes do Século XVIII, para considerar os interesses solidários, voltando-os à interação sustentável com os seus semelhantes. Aí reside a ideia de para o vertimento de contribuições para a manutenção e a conservação dos referidos bens.

²⁶² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 675.

²⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...*, p. 679-680.

²⁶⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 142-143.

Com efeito, técnica e juridicamente, a obrigação descrita no artigo 26-A não se enquadra na categoria das obrigações *propter rem* nem nos ônus reais. A primeira pelo fato de não se encontrar afetada à conservação e à manutenção da coisa comum, e sim na coisa de terceiros; a última pelo fato de não restringir os atributos de usar ou de fruir da propriedade.

Diante da interpretação levada ao cabo e ao efeito pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive com a fixação da tese acima exposta, pode-se dizer que a citada obrigação possui maior similaridade com a obrigação com eficácia real, na medida em que possui a natureza eminentemente de obrigação comum e, diante da publicização do loteamento, produz efeitos perante terceiros, os quais não podem alegar desconhecimento de tal situação fática. No que diz respeito aos loteamentos cuja cotização deu-se anteriormente à edição da Lei n. 13.465/17, a obrigação em questão funda-se nos preceitos acima explanados, quais sejam, vedação ao enriquecimento sem causa, boa-fé objetiva e solidariedade, sem, portanto, eficácia real. Tem-se como possível, para esta última cotização, atribuir tal eficácia, se, após a referida lei, publicizar o loteamento em questão, mas com efeitos *ex nunc*.

Portanto, à linha do exposto e a partir do lugar de fala adotado, a obrigação descrita no artigo 26-A da Lei n. 6.766/79 caracteriza-se como obrigação comum, mas com eficácia real rente à decisão do Supremo Tribunal Federal (pós-edição de lei e publicização do ato), de sorte que a responsabilidade patrimonial pelo seu adimplemento transmite-se ao novo adquirente. No que diz respeito às cotizações anteriores à reforma da Lei, a obrigação é comum, mas que se funda nos preceitos ditos, podendo, a despeito de a decisão em questão silenciar-se, receber a eficácia real *ex nunc*, isto é, a partir da publicização no fôlio do fechamento do perímetro do loteamento. Essa é a ressignificação almejada diante dos anseios e das modificações sociais, sobretudo pelo fato de o direito estar a serviço da vida.

3.5.5 Loteamento de acesso controlado de fato: caracterização

Como visto, as pré-compreensões de loteamento e de desmembramento, como espécies de parcelamento do solo, encontram-se inseridas no artigo 2.º, §§ 1.º e 2.º, da Lei n. 6.766/79. O loteamento de acesso controlado é, ontologicamente, um loteamento comum em que se procede ao fechamento do seu perímetro, com a aposição de cercas e/ou muros e o controle de acesso ao seu interior por meio de guarita. Controla-se o acesso.

É natural que, com o registro do loteamento, as vias públicas, áreas verdes e áreas institucionais passam, *ex vi legis*, ao domínio da municipalidade (Lei n. 6.766/79, artigo 22). Bens esses funcionalizados, como de regra, ao uso comum do povo. Por questões subjacentes

das mais diversas ordens, como imprimir maior segurança pessoal e patrimonial, menor oneração da máquina estatal na prestação dos serviços públicos ou insuficiência técnica e material na prestação destes, o uso dessas áreas é atribuído, por meio de regulamentação própria, à comunidade de moradores, permitindo-os controlar o acesso ao seu interior. Há trespasses no uso de bens públicos à comunidade de moradores do loteamento em que se após o cercamento do perímetro.

À luz do exposto, o loteamento de acesso controlado pressupõe regulamentação por meio de ato do Poder Público municipal, possibilitando à comunidade de moradores, por meio de associação ou entidade de sociedade civil sem fins lucrativos, realizar o prévio cadastro e/ou identificar os não moradores que desejam ingressar no seu interior. E tal situação fática veio a ser reconhecida em nível nacional por meio artigo 2, § 8.º, da Lei n. 6.766/79, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 13.465/17.

O loteamento fechado de fato, por sua vez, é dotado de fechamento do seu perímetro, porém esse fechamento ocorrera independentemente de autorização do município. Constitui-se como fechamento de fato pela situação de inexistir ato do Poder Público municipal autorizativo a tanto. Ao cuidar da origem, Soares diz o que segue:

A insuficiência do poder público quanto às questões de segurança, higiene, abastecimento de água, conservação de vias e logradouros públicos de uso comum do povo, levou os proprietários de lotes individuais a se agruparem informalmente de modo a comportarem-se como condôminos, sem que houvesse uma efetiva relação condominial. Esses proprietários, através de associações, denominadas de condomínios de adesão, ou irregulares ou de fato, elegiam a figura de um administrador, para que tomasse frente face as suas necessidades, e desse modo contratavam serviços de terceiros para suprir a deficiência provocada pelo ente público. Na realidade, o que a coletividade fez foi criar um mecanismo voltado a preencher essa omissão, sem se preocupar com os moldes impostos pelo legislador.²⁶⁵

É, em verdade, a busca pelo suprimento, ainda que localizado, do déficit estatal dos serviços públicos. Os seus elementos caracterizadores são:

- 1 - as vias e espaços livres pertencem ao Município, alterando-se apenas o direito de uso, que é retirado da coletividade e assegurado aos moradores do local;
- 2 - o proprietário do lote goza do direito de propriedade de forma tradicional, ou seja, como todo e qualquer titular de domínio;
- 3 - as praças, ruas, vias de comunicação e outros espaços livres tem seu uso limitado aos proprietários dos lotes;
- 4 - há domínio comum sobre determinados bens, tais como guaritas e seus acessórios, bombas de água e respectivos reservatórios, materiais de manutenção, etc.;
- 5 - necessidade de manutenção e conservação das vias e espaços públicos;
- 6 - serviços de vigilância e segurança, coleta de lixo, distribuição de água e rede de esgoto, pavimentação, telefones, dependendo da espécie de condomínio de fato;
- 7 - administração e funcionamento;

²⁶⁵ SOARES, Danielle Machado. *Condomínio de fato*: incidência do princípio da autonomia privada nas relações jurídicas reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 82.

8 - rateamento de despesas necessárias a manutenção e conservação das partes comuns e dos serviços.²⁶⁶

O colorido do loteamento de acesso controlado de fato assenta na procura de melhor qualidade de vida e na omissão do Poder Público, sobretudo o municipal. Os anseios sociais dão ensejo a novos arranjos fático-jurídicos. O loteamento em testilha decorre da realidade da atual sociedade, principalmente nos grandes centros urbanos.

Portanto, o loteamento de acesso controlado de fato seria, nesse contexto, aquele em que se dá o cercamento do seu perímetro, dentro do qual haverá bens públicos afetados originariamente ao uso comum do povo, porém com funcionalização concomitante ou posterior ao uso dos seus moradores, sem que exista regulamentação do Poder Público autorizadora de tanto. O fechamento se dá à margem de autorização, pois, de sorte a atender interesses privados.

3.5.6 Do estado da arte acerca do loteamento de acesso controlado

Para se firmar o conhecimento a respeito do instituto do loteamento fechado, diversas inquietações foram enfrentadas no decorrer do tempo. Desde a competência para legislar sobre a matéria até a sua legalidade ou a constitucionalidade. Algumas dessas inquietações foram anteriormente debatidas, razão pela qual serão investigadas com menor profundidade.

Ao apurar a pré-compreensão do que se entende por lotear, viu-se a sua variabilidade rente ao local de fala. Noutros dizeres, pode-se falar do lotear no aspecto civilista, no viés urbanístico e, de igual modo, na perspectiva ambiental. Para fixação da competência, a discussão cingiu-se a dois entes federativos, isto é, a União e ao Município. Veio a prevalecer, inclusive foi tese estabelecida nos autos do recurso extraordinário n. 607.940²⁶⁷, a competência e autonomia municipal no particular (no fechar)²⁶⁸. Não obstante, veio a Lei n. 13.465/17 reconhecer, em linhas gerais e por meio de competência da União na edição de normas gerais

²⁶⁶ SOARES, Danielle Machado. *Condomínio de fato...*, p. 84.

²⁶⁷ Vide nota de rodapé n. 63.

²⁶⁸ Nesse sentido: “A **hipótese central** da pesquisa é a de que, desde a promulgação da Constituição de 1988, cada Município brasileiro, independentemente de suas condições econômico-sociais, tem autonomia para fixar limites mínimos e máximos de lotes urbanos, e quantidade mínima de área pública a ser entregue pelo empreendedor em cada projeto de loteamento, bem como que compete ao Município (e não à União ou ao Estado-membro) autorizar ou vedar a implantação de loteamentos fechados e condomínios urbanísticos em área urbana. Em adição, considerado o condomínio legislativo (decorrente da competência concorrente para legislar sobre direito urbanístico), e considerada a assimetria fática entre os Municípios, é possível que, no desempenho de normas gerais ou regionais, respectivamente, a União Federal ou os Estados-membros estabeleçam requisitos mínimos para que as instâncias locais possam legislar sobre loteamentos fechados e condomínios urbanísticos, como é o caso do requisito da “gestão plena” (previsto nos Projetos de Lei n. 20/2007 e n. 31/2007, que tramitam na Câmara dos Deputados, apensados ao Projeto de Lei n. 3.057/2000).” (BENÍCIO, Hercules Alexandre da Costa. *A dinâmica relação entre a autonomia e interdependência dos entes federados em matéria de ordenamento territorial urbano...*, pp. 20-21).

de direito urbanístico ou na regulação do direito civil, o referido loteamento cujo *nome iuris* atribuído foi o de acesso controlado.

No que diz respeito ao plano da validade, discutiu-se muito se haveria uma privatização no uso de bens públicos ou ainda a existência da feudalização da titularidade proprietária, na medida em que ocorre segregação entre o mundo real e o mundo particular. Caldeira, ao destacar o pano de fundo subjacente a essa realidade, diz que:

[...] o universo do crime indica o caráter disjuntivo da democracia brasileira de duas maneiras: em primeiro lugar, porque o crescimento da violência em si deteriora os direitos dos cidadãos; e em segundo, porque ele oferece um campo no qual as reações à violência tornam-se não apenas violentas e desrespeitadoras dos direitos, mas ajudam a deteriorar o espaço público, a segregar grupos sociais e a desestabilizar o estado de direito.²⁶⁹

Esse é o produto da ineficiência estatal. Os cidadãos procuram por conta própria melhores condições de segurança patrimonial e pessoal. Ao final, permite-se o cercamento do perímetro do loteamento desde que observem as seguintes circunstâncias:

“(a) o loteamento deve se situar em lugar no qual o fechamento das vias que o entrecortam não ocasiona transtornos no trânsito; (b) o loteamento não pode gerar severas restrições ao direito e às expectativas de lazer dos moradores circunvizinhos; e (c) o loteamento não pode conter, no perímetro fechado, equipamentos comunitários de interesse geral, tais como escolas e creches.”²⁷⁰

O argumento da inexistência de lei que o regula torna-se insubsistente seja pela decisão anteriormente referida que atribuiu ao Município competência para legislar a respeito do fechamento, seja pelo disposto na Lei n. 13.465/17. Com isso, não se discute, como regra, a legalidade ou a constitucionalidade do loteamento fechado.

Portanto, o loteamento fechado, denominado legislativamente pelo *nomen iuris* loteamento de acesso controlado, fato social derivado das necessidades e dos anseios sociais, sobretudo daqueles decorrentes da ineficácia estatal quanto à prestação de serviços públicos básicos, é tido na atualidade como instituto jurídico legal e constitucional, inclusive a possuir regulamentação em nível nacional.

²⁶⁹ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de Muros...*, p. 56.

²⁷⁰ KERN, Marinho Dembinski. *A legalidade dos loteamentos fechados...*, p. 100.

3.6 OS INSTITUTOS AFINS: DISTINÇÕES NECESSÁRIAS À ADEQUADA COMPREENSÃO DO OBJETO DE INVESTIGAÇÃO

Com o intuito de evitar subjetivismos, atos arbitrários ou até mesmo decisões solipsistas, torna-se necessária a pré-compreensão de determinados fenômenos jurídicos. O horizonte interpretativo do operador do direito não pode rebaixar-se as suas ideias ou crenças. Essa visão prévia dos institutos jurídicos implica pré-compreensão, sendo importante para evitar o senso comum que, não rara as vezes, dá ensejo à abertura do relativismo. Em verdade, “há uma antecipação de sentidos que inexoravelmente interpela qualquer tipo de interpretação. Essa antecipação é a pré-compreensão (*Vorverständnis*) da qual nos fala Heidegger.”²⁷¹

Portanto, analisará, descritivamente como regra, os institutos jurídicos denominados condomínio voluntário, legal e forçado, condomínio edilício ou em planos horizontais, condomínio deitado ou de casas assobradas, condomínio em multipropriedade e condomínio em lotes, voltando-se à abertura do horizonte do jurista para, ao fim, a compreensão e a aplicação do direito.

3.6.1 Condomínio voluntário e legal

Ordinariamente, o exercício dos atributos da titularidade proprietária é exercido por uma única pessoa, “pois não pode haver mais de um domínio sobre o mesmo bem.”²⁷² Pode ocorrer, pois, que o exercício dos atributos da titularidade proprietária seja levado a efeito por duas ou mais pessoas sobre a integralidade, já que possuem fração ideal sobre o todo. É o que se denomina condomínio.

A ideia de condomínio²⁷³⁻²⁷⁴ advém do fato de a coisa pertencer a mais de uma pessoa em tempo idêntico. Caracteriza-se como a titularidade proprietária comum ou também

²⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica...*, p. 227.

²⁷² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direitos reais*. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 744.

²⁷³ A noção conceitual de condomínio a que aqui se refere é diferente de comunhão, sobretudo a atinente ao regime de bens, o que implica efeitos jurídicos diversos. Com isso, “hoje, a doutrina civilista distingue a comunhão de bens matrimonial do regime estabelecido no condomínio, principalmente, no que diz respeito à durabilidade (a comunhão subsiste enquanto houver sociedade conjugal, enquanto o condomínio perdurar e enquanto algum condômino não requerer a divisão), a alienabilidade das quotas (a comunhão diferentemente do condomínio, não comporta qualquer disposição ou expropriação de quotas) e ao caráter personalíssimo (a comunhão somente é possível entre os cônjuges).” (KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Ferrari. *Tratado notarial e registral*. Vol. 5. Tomo II..., p. 1174).

²⁷⁴ São características da comunhão: *affectio* absoluta, inalienabilidade de bens entre os consortes, indivisibilidade, perpetuidade enquanto vigente a sociedade conjugal, direito da personalidade e solidariedade; ao passo que são características do condomínio: *affectio* relativa, alienabilidade, divisibilidade, transitoriedade, relação puramente

conhecida como copropriedade. Para Pereira “dá-se condomínio quando a mesma coisa pertencer a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual direito, idealmente, sobre o todo e cada uma de suas partes.”²⁷⁵

O exercício dos atributos da titularidade proprietária é posto à disposição de cada condômino sobre a integralidade da coisa, e não apenas na cota que lhe compete. O exercício desses atributos pelo condômino não exclui o exercício dos demais, pelo que “somente assim se justifica a coexistência de direitos sobre uma dada coisa, exercidos comutariamente e sem conflito por uma pluralidade de donos, e com exclusão de todos quantos sejam estranhos à comunhão.”²⁷⁶

Essa noção é percebida quando se diz que “cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la.” (Código Civil, artigo 1.314). O conteúdo econômico da titularidade proprietária é passível de ser exercido por todos, ainda que individualmente, sem que o exercício de um exclua o de outro. De regra, é relação de conteúdo econômico.

Assim, considerando a origem do condomínio, este é tido como voluntário quando decorre da manifestação de vontade das partes. Quando houver, por exemplo, aquisição por meio de contrato de compra e venda no qual os adquirentes são duas ou mais pessoas. O exercício dos poderes da titularidade dar-se-á pelos coproprietários, pelo que são qualitativamente iguais pela integralidade do bem, mas limitados quantitativamente pela fração ideal adquirida.²⁷⁷

Lado outro, se a simultaneidade da titularidade proprietária advier da lei estar-se-á, como o próprio nome sugere, diante do condomínio legal. É imposto pela ordem jurídica. Se o estabelecimento da copropriedade decorre, exemplificadamente, da sucessão *causa mortis* em que há dois ou mais herdeiros, surge o condomínio entre os herdeiros sobre o bem herdado até que se ultime a partilha (Código Civil, artigos 1.784²⁷⁸ e 1.791, parágrafo único²⁷⁹). Este caso é eventual e transitório.²⁸⁰

econômica e proporcionalidade, conforme lecionam Kumpel e Ferrari (KÛMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Ferrari. *Tratado notarial e registral*. Vol. 5. Tomo II..., p. 1174).

²⁷⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. IV. Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro filho. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 157.

²⁷⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. IV..., p. 158.

²⁷⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. IV..., p. 158.

²⁷⁸ Art. 1.784 - Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

²⁷⁹ Art. 1.791 - A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.

Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.

²⁸⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direitos reais...*, p. 747.

Existem situações em que a condomínio opera-se por irrecusável indivisibilidade do bem. A titularidade proprietária comum é determinada pela ordem jurídica a dois ou mais sujeitos, tendo em vista “a natureza jurídica dos direitos de vizinhança ou de qualquer outra circunstância em que o estado de comunhão provém de um fato não decorrente da manifestação volitiva dos comunheiros.”²⁸¹, de sorte que, se não for passível de divisão, é denominado de forçado e perene, tal como se vê no artigo 1.297, § 1.º, do Código Civil.²⁸²

Logo, a noção jurídica de condomínio voluntário ou de condomínio legal pressupõe a fonte que lhe deu origem. Isto é, se ele decorrer de manifestação volitiva (contrato, por exemplo), estar-se-á diante do voluntário; se advier de imposição da lei, ver-se-á o legal, que, a seu turno, pode ser transitório ou perene.

3.6.2 Condomínio edilício ou em planos horizontais

Embora não seja objeto de investigação, é importante dizer que esta espécie de condomínio “nasce de uma iniciativa empresária. É a *empresa* que possibilita o prédio. E, depois, converte-se este em uma ‘situação coletiva’, em que sobressai no domínio de um edifício a sua utilização por agrupamento, submetido a um regime jurídico especial.”²⁸³

Denomina-se propriedade horizontal, cuja regulamentação inicial se deu com a Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964, denominada, em nível doutrinário, como Lei de Condomínio e Incorporações, que “veio a dar ordem ao caos da especulação reinante neste setor do investimento imobiliário, restabelecer a confiança e estimular a construção e a aquisição de unidades residenciais e comerciais.”²⁸⁴

Por meio do condomínio edilício ou em planos horizontais, o autor intelectual do projeto, Caio Mário da Silva Pereira, levou a efeito a ideia de cumular residências ou estabelecimentos empresariais uns sobre os outros, dando origem assim aos denominados

²⁸¹ SILVA, José Afonso da Silva. *Direito urbanístico brasileiro...*, p. 158.

²⁸² Art. 1.297 - O proprietário tem direito a cercar, murar, valar ou tapar de qualquer modo o seu prédio, urbano ou rural, e pode constringer o seu confinante a proceder com ele à demarcação entre os dois prédios, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruídos ou arruinados, repartindo-se proporcionalmente entre os interessados as respectivas despesas.

§ 1.º - Os intervalos, muros, cercas e os tapumes divisórios, tais como sebes vivas, cercas de arame ou de madeira, valas ou banquetas, **presumem-se, até prova em contrário, pertencer a ambos os proprietários confinantes**, sendo estes obrigados, de conformidade com os costumes da localidade, a concorrer, em partes iguais, para as despesas de sua construção e conservação. (Grifo nosso).

²⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 12. ed. rev. e atual. segundo a legislação vigente. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 24.

²⁸⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações...*, p. 29.

arranha-céus.²⁸⁵ Residências e estabelecimentos empresariais, diga-se, de titularidade, como regra, exclusiva da pessoa.

Ao lado dessa titularidade proprietária exclusiva, tem-se a titularidade comum, de sorte que esta última está afetada à efetivação do desempenho do conteúdo econômico da primeira. Isso porque “há, portanto, verdadeira simbiose entre a propriedade individual e a copropriedade, na qual a parte comum está funcionalizada a fim de potencializar a utilidade da unidade autônoma, sendo impossível dissociá-las.”²⁸⁶

Sob esse color, Coelho destaca que “condomínio edilício existe quando a coisa (geralmente uma edificação) é desmembrada em partes de propriedade exclusiva dos condôminos e em partes de propriedade comum.”²⁸⁷

É nítida, no condomínio em descrição, a existência de propriedade exclusiva, tais como apartamentos, escritórios, salas, lojas e sobrelojas, com as respectivas frações ideais no terreno, e bem assim presentes partes comuns, como ocorre com o *hall* de entrada do prédio, a área de lazer e o escritório do síndico, segundo se depreende da dicção do artigo 1.331 do Código Civil.

Portanto, da junção entre partes exclusivas e comuns advém a essência e a noção jurídica do condomínio edilício, certo de que as partes comuns se encontram funcionalizadas à concretização do exercício do núcleo interno da titularidade proprietária das partes exclusivas.

3.6.3 Condomínio deitado ou de casas assobradadas

A Lei de Condomínio e Incorporações traz a seguinte representação jurídica:

Art. 8.º - Quanto, em terreno onde não houver edificação, o proprietário, o promitente comprador, o cessionário deste ou 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

²⁸⁵ “Novo não é o fenômeno, nem o social nem o jurídico. Em verdade, novo, totalmente novo, nada há debaixo do sol. Já de remotos tempos vem a habitação concentrada, e desde então o jurista pensou no assunto, e emitiu conceitos. Não, porém, com a intensidade e a extensão de hoje em dia.

Ao tempo de Roma, e necessidade não há de retroceder além, o jurista - encontrando a casa geminada, onde mais de uma família vivia sem exercer em comum direitos sobre o todo, antes descriminando-se as faculdades de cada *dominus* sobre uma parte da coisa, que é em relação aos respetivos titulares mais do que fração de um objeto, porém verdadeira e autônoma *res* - ali sentiu a conveniência da divisibilidade jurídica, conseqüente ao fracionamento material e ao partilhamento econômico.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações...*, p. 35).

²⁸⁶ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo; TEPEDINO, Gustavo (org.). *Fundamentos do direito civil*. Volume 5: direitos reais. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 244.

²⁸⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: direito das coisas, direito autoral*. Volume 4. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 140.

jardim e quintal, bem assim a fração ideal do todo do terreno e de partes comuns, que corresponderá às unidades;
[...]

Percebe-se a descrição legal do que se deve ter como condomínio deitado ou de casas assobradadas. Por força do citado dispositivo, haverá descrição de parte do terreno cujo destino é a construção de casas, bem como do respectivo quintal e jardim, cuja utilização ocorrer-se-á de modo exclusivo. De igual modo, destinará parte ideal do terreno para afetação ao uso comum dos moradores. Ou seja, “as unidades autônomas do condomínio vertical são casas, simplesmente térreas ou com o padrão de sobrado. [...] Cada proprietário de unidade exclusiva será também proprietário das áreas comuns, na proporção da fração ideal do solo sobre o qual repousa a sua unidade.”²⁸⁸

Na situação condominial descrita, os terrenos encontram-se vinculados à construção das residências. Normalmente, o empreendedor oferece o produto a terceiros a demonstrar os caracteres arquitetônicos da casa a ser construída no lote. Põe a venda o terreno, com a casa construída ou a ser construída de acordo com o projeto arquitetônico por ele elaborado. Então, este “tipo de empreendimento imobiliário as residências são isoladas, de propriedade exclusiva, com áreas privativas de jardim e quintal, tendo em comum, os jardins, piscinas, os salões de jogos e as áreas de terreno que dão acesso à estrada pública e ligam as várias casas do conjunto.”²⁸⁹

Portanto, no condomínio deitado ou de casas assobradadas o lote será vinculado obrigatoriamente à construção, caracterizando-se “modalidade especial de aproveitamento condominial do espaço e aplicar-se-ão, no que couber, os princípios do novo Código Civil. Ocorre no caso em que o proprietário de um terreno aberto resolver erigir mais de uma edificação.”²⁹⁰ Caracteriza-se como conjunto residencial ou de vilas, de uso exclusivo a residência, o jardim e o quintal, porém com áreas de uso e titularidade comuns.

3.6.4 Condomínio em multipropriedade

Desde muito se aplicava as características ínsitas aos direitos reais cunhadas de *numerus clausus* e tipicidade como se sinônimas fossem²⁹¹. O proceder dessa forma implica

²⁸⁸ KÜMPEL; FERRARI. *Op. cit.*, p. 2529.

²⁸⁹ GAETI, Wanderli Acillo. Condomínio de lotes: viabilidade, benefícios e restrições. *In*: DIP, Ricardo. JACOMINO, Sérgio. [Org]. Registro imobiliário: modificações da propriedade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais: direito registral, v. 4, pp. 683-734, p. 717).

²⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de registro de imóveis*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 110.

²⁹¹ “O princípio do *numerus clausus* se refere à exclusividade de competência do legislador para a criação de direitos reais, os quais, por sua vez, possuem conteúdo típico, daí resultando um segundo princípio, o da tipicidade

atecnia. Ao investigar a característica *numerus clausus* dos direitos reais, está a dizer a respeito da impossibilidade de o autorregramento da pessoa criar direitos reais. Noutros dizeres, diferentemente dos contratos (Código Civil, artigo 425²⁹²), a autonomia privada não tem o condão de dar origem (do nada) a novo direito real. Isso é cláusula de reserva legal.

O perquirir investigativo da característica da tipicidade, não possui o mesmo significado. Afora isso, não significa que ela impede que o conteúdo dos direitos reais seja flexibilizado. Dentro da moldura arquitetada pelos preceitos constitucionais, observando situações jurídicas existenciais, a característica da tipicidade pode ser dilatada para açambarcar novos arranjos jurídicos, sobretudo se a intervenção do indivíduo for “compatível com os princípios constitucionais da função social da propriedade e da atividade econômica, de modo a entender os valores existenciais da pessoa humana como paradigma necessário e indispensável para a tutela pretendida.”²⁹³

No início dos anos de 1990, Tepedino, ao vislumbrar utilidade econômica nesta modalidade especial de condomínio e reinterpretando a característica da tipicidade dos direitos reais, defendia o condomínio em multipropriedade.²⁹⁴ O Superior Tribunal de Justiça reconhecera - antes de lei nesse sentido -, nos autos do recurso especial n. 1.546.165-SP²⁹⁵, a multipropriedade como direito real.

dos direitos reais, segundo o qual o estabelecimento de direitos reais não pode contrariar a estruturação dos poderes atribuídos ao respectivo titular. Ambos os princípios, tratados indiferentemente pela civilista brasileira, embora se apresentem aparentemente coincidentes, diferenciam-se na medida em que o primeiro diz respeito à fonte do direito real e o segundo à modalidade do seu exercício.” (TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 82).

²⁹² É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

²⁹³ GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *Direitos reais e autonomia da vontade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 154.

²⁹⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária...*

²⁹⁵ PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA (TIME-SHARING). NATUREZA JURÍDICA DE DIREITO REAL. UNIDADES FIXAS DE TEMPO. USO EXCLUSIVO E PERPÉTUO DURANTE CERTO PERÍODO ANUAL. PARTE IDEAL DO MULTIPROPRIETÁRIO. PENHORA. INSUBSISTÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. O sistema time-sharing ou multipropriedade imobiliária, conforme ensina Gustavo Tepedino, é uma espécie de condomínio relativo a locais de lazer no qual se divide o aproveitamento econômico de bem imóvel (casa, chalé, apartamento) entre os cotitulares em unidades fixas de tempo, assegurando-se a cada um o uso exclusivo e perpétuo durante certo período do ano.

2. Extremamente acobertada por princípios que encerram os direitos reais, a multipropriedade imobiliária, nada obstante ter feição obrigacional aferida por muitos, detém forte liame com o instituto da propriedade, se não for sua própria expressão, como já vem proclamando a doutrina contemporânea, inclusive num contexto de não se reprimir a autonomia da vontade nem a liberdade contratual diante da preponderância da tipicidade dos direitos reais e do sistema de *numerus clausus*.

3. No contexto do Código Civil de 2002, não há óbice a se dotar o instituto da multipropriedade imobiliária de caráter real, especialmente sob a ótica da taxatividade e imutabilidade dos direitos reais inscritos no art. 1.225.

4. O vigente diploma, seguindo os ditames do estatuto civil anterior, não traz nenhuma vedação nem faz referência à inviabilidade de consagrar novos direitos reais. Além disso, com os atributos dos direitos reais se harmoniza o novel instituto, que, circunscrito a um vínculo jurídico de aproveitamento econômico e de imediata aderência ao

Tem-se, então, como condomínio em multipropriedade ou *time sharing* “o fracionamento, no tempo, da titularidade do bem objeto da comunhão”²⁹⁶, ensejando novos ares para o desenvolvimento econômico-social de áreas com especial interesse turístico.

Com a edição da Lei n. 13.777, de 20 de dezembro de 2018, o instituto em questão veio a ser disciplinado no Código Civil, mormente nos artigos 1.358-B a 1.358-U. Os artigos em questão cuidam da noção conceitual, da instituição, da transferência, da administração, dos direitos e das obrigações do multiproprietário, dentre outros assuntos, de modo a por cabo, ou ao menos tentar, em discussões travadas em âmbito doutrinário, judicial e acadêmico.

No aspecto legal, considera multipropriedade “o regime de condomínio em que cada um dos proprietários de um mesmo imóvel é titular de uma fração de tempo, à qual corresponde a faculdade de uso e gozo, com exclusividade, da totalidade do imóvel, a ser exercida pelos proprietários de forma alternada.” (Código Civil, artigo 1.358-C).

Enfim, multipropriedade é tida como modalidade especial de condomínio no qual o condômino exerce, durante certa fração de tempo e de modo exclusivo, os atributos da titularidade proprietária, essencialmente com duas finalidades, quais sejam, fomentar áreas de especial interesse turístico (lugares de fala do empreendedor e da regionalidade) e possibilidade de acesso de bens imóveis a pessoas com menor poder aquisitivo (lôcus do adquirente).

imóvel, detém as faculdades de uso, gozo e disposição sobre fração ideal do bem, ainda que objeto de compartilhamento pelos multiproprietários de espaço e turnos fixos de tempo.

5. A multipropriedade imobiliária, mesmo não efetivamente codificada, possui natureza jurídica de direito real, harmonizando-se, portanto, com os institutos constantes do rol previsto no art. 1.225 do Código Civil; e o multiproprietário, no caso de penhora do imóvel objeto de compartilhamento espaço-temporal (*time-sharing*), tem, nos embargos de terceiro, o instrumento judicial protetivo de sua fração ideal do bem objeto de constrição.

6. É insubsistente a penhora sobre a integralidade do imóvel submetido ao regime de multipropriedade na hipótese em que a parte embargante é titular de fração ideal por conta de cessão de direitos em que figurou como cessionária.

7. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. *Recurso especial n. 1.546.165-SP*. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Relator para o Acórdão Ministro João Otávio de Noronha. Data de julgamento: 26 de abril de 2016. Data de publicação/fonte: DJe 6 de setembro de 2016. Disponível em

https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1.546.165&b=ACOR&p=false&l=10&i=2&operador=E&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em 20 de mar. de 2022).

²⁹⁶ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo; TEPEDINO, Gustavo (org.). *Fundamentos do direito civil*. Volume 5: direitos reais..., p. 278.

3.6.5 Condomínio de lotes²⁹⁷

A Lei n. 13.465 veio a acrescentar o artigo 1.358-A do Código Civil, cuja redação estabelece que “pode haver, em terrenos, partes designadas de lotes que são propriedade exclusiva e parte que são propriedade comum dos condôminos.” Com a ideia condominial subjacente, consagrou-se a mescla entre propriedade exclusiva e propriedade comum, ficando ao encargo do empreendedor a implantação da infraestrutura, tais como rede de esgoto, fiação elétrica, coleta de águas pluviais, asfaltamento e meio fio.

Inexiste nesta figura jurídica a obrigatoriedade de a construção encontrar-se vinculada ao lote. Este não está afetado a nenhuma construção, pelo que:

O sistema condominial da Lei n. 4.591/64 apresenta uma peculiaridade: é necessário que o incorporador (caso não haja prévia construção das unidades antes da alienação, deve ser observado o regramento da incorporação - arts. 28 e 29 da Lei n. 4.591/1964) projete as construções que serão erigidas. E, mesmo que ele não as construa diretamente, o projeto não pode ser alterado, de modo que o adquirente não pode escolher a casa e o empreendedor é obrigado a projetar as unidades ainda que seu objetivo comercial não seja exatamente esse. Isto é, a unidade autônoma corresponde ao terreno e à construção, diferentemente do que se passa no condomínio de lotes, em que a unidade autônoma corresponde ao lote, sendo o seu adquirente livre para construir como melhor lhe aprouver desde que respeitadas eventuais restrições, as posturas municipais e a legislação urbanística.²⁹⁸

Pode-se, então, apresentar a noção jurídica de condomínio de lotes como modalidade especial de condomínio através da qual os lotes são considerados como unidades autônomas, enquanto o sistema viário, área verde, praças e outros espaços inseridos no seu interior são tidos como propriedade particular comum, em vez de serem incorporados ao domínio do Poder Público municipal (Lei n. 6.766/79, artigo 22). Aí reside a sua essência, isto é, na convivência entre parte cuja titularidade.

Portanto, a concepção jurídica do condomínio de lotes deu-se com o deslocamento do lote da construção (diferença entre o condomínio deitado ou de casas assobradadas), sendo o lote caracterizado como bem privado e ainda dotado de fração de área comum (demais bens

²⁹⁷ Com o advento da Medida Provisória n. 656/2014, verificou-se, pela primeira vez, a expressão ‘condomínio de lotes’ na legislação brasileira, que no art. 11 dispôs: ‘a alienação ou oneração de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária, parcelamento do solo ou condomínio de lotes de terreno urbano, devidamente registrada, não poderá ser objeto de evicção ou de decretação de ineficácia, mas eventuais credores do alienante ficam sub-rogados no preço ou no eventual crédito imobiliário, sem prejuízo das perdas e danos imputáveis ao incorporador ou empreendedor, decorrentes de seu dolo ou culpa, bem como da aplicação das disposições constantes da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

No entanto, após a conversão da Medida Provisória na Lei n. 13.097/2015, foi alterada a redação do referido artigo, excluindo a expressão ‘condomínio de lotes de terreno urbano’ [...]” (KÜMPPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Ferrari. *Tratado notarial e registral*. Vol. 5. Tomo II..., p. 2611).

²⁹⁸ KERN, Marinho Dembinski. *Condomínio de lotes e loteamentos fechados...*, pp. 20-21.

que compõem a infraestrutura), cujo regime jurídico é o Código Civil e a Lei n. 4.591/64. O condomínio de lotes assenta a sua moldura no imóvel privado (parte exclusiva do terreno), com a liberdade de edificação, mais parte comum do imóvel e das áreas comuns.²⁹⁹

²⁹⁹ KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Ferrari. *Tratado notarial e registral*. Vol. 5. Tomo II..., p. 2615.

4 PATRIMÔNIO PÚBLICO

À linha de entendimento tradicional, considera-se patrimônio o ativo e o passivo pertencente a determinado sujeito, em virtude do que se pode vislumbrar até patrimônio negativo. Consiste no viés econômico, diga-se. Pode-se dizer ainda ser a ideia central de ramos científicos como a economia e a ciências contábeis.

Com base nas premissas da constitucionalização do direito, no patrimônio, inclusive o público, há os elementos denominados estrutura e função. A funcionalização do patrimônio é apta a (res)significar a sua estrutura, isso porque a partir da função ora atribuída é que se dessumirá a estrutura a ser operacionalizada. Nos negócios jurídicos, por exemplo, Tepedino esclarece que:

Não será, pois, a estrutura do negócio, ou seja, o *modus operandi* (os dispositivos do Código Civil previstos para determinada tipologia ou modelo de ato), que definirá a função a ser desempenhada, mas, ao contrário, é a função que se pretende desempenhar que indicará a estrutura a ser utilizada diante de determinado arranjo negocial.³⁰⁰

Em tal perspectiva, é passível de transposição da ideia subjacente ao patrimônio. Este deve ser admitido como qualquer objeto suscetível de gerar interesse de terceiros, há incluir também bens incorpóreos. Tal noção abarca “bens que são componentes da humanidade do ser e que estão submetidos à teorização dogmática do sistema chamado *direito da personalidade* que, para nosso entendimento, entram na definição de patrimônio [...]”³⁰¹. Sem ingressar na discussão iniciada no Século XIX com Charles Aubry e Charles Rau a respeito da noção jurídica de patrimônio³⁰², não parece ser, destarte, demasiado dizer que o patrimônio é a extensão da personalidade, especialmente quando se considerar a impenhorabilidade do bem de família legal³⁰³, a previsão no Código de Processo Civil de bens não passíveis de constrição judicial³⁰⁴

³⁰⁰ TEPEDINO, Gustavo. A perseverante construção da legalidade constitucional. *Direito civil constitucional: a construção da legalidade constitucional nas relações privadas*. Aline de Miranda Valverde Terra ... [et al.]; coordenado por Deborah Pereira Pinto dos Santos, Gustavo Tepedino, Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2022, p. 3.

³⁰¹ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*, volume I, tomo II: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 87.

³⁰² Ver, dentre outros, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil - v. I. Atual*. Maria Celina Bodin de Moraes. 30 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 329 e ss.; XAVIER, Luciana Pedroso. *As teorias do patrimônio e o patrimônio de afetação na incorporação imobiliária*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) -Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2011, p. 40 e ss. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/29214>. Acesso em: 12 de mar. 2023.

³⁰³ Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.

³⁰⁴ Art. 833. São impenhoráveis:

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

e a vedação de doação universal no Código Civil³⁰⁵. Acaba por visualizar o patrimônio como um dos instrumentos de promoção da dignidade da pessoa humana.³⁰⁶ Do viés econômico ao aspecto existencial, à medida que a sociedade pugna por novos anseios, os quais influenciam o sentido de patrimônio no meio funcionalizado.

No âmbito público, da palavra patrimônio se extrai potenciais compreensões, sobretudo quando se analisa o texto constitucional. Ao cuidar da ação popular (artigo 5.º, inciso LXXIII), patrimônio público ali referido abarca “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”, segundo a leitura que se faz do § 1.º, do artigo 1.º, da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, que veio a regular a ação popular. Parece que, ao cuidar da competência comum entre os entes federados (artigo 23), não atribui o significado acima ao se reportar ao patrimônio público (inciso I), na medida em que se alude a outros bens de valor histórico, artístico ou cultural (incisos III e IV do referido artigo). A seu turno, com perspectiva nitidamente econômica, o artigo 49 da Constituição da República estabelece que compete exclusivamente ao Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, e bem assim o exposto no artigo 213, inciso II, do mesmo texto.

Dessa forma, é possível afirmar:

[...] O patrimônio ou “patrimônio público” do Estado ou de cada um dos seus entes nada mais é que o conjunto amplo de bens e direitos que tenham expressão econômica contábil. Isso abrange bens móveis e imóveis, além de relações jurídicas que representem dívidas (passivos) e créditos (ativos). Nesse sentido, o patrimônio público configura o conjunto de bens estatais, públicos ou privados, materiais ou imateriais, móveis ou imóveis, as reservas monetárias e as relações reais ou obrigacionais do Estado que detenham expressão econômica.
[...]

-
- III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;
 - IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2.º;
 - V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;
 - VI - o seguro de vida;
 - VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;
 - VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;
 - IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;
 - X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;
 - XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;
 - XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

³⁰⁵ Art. 548. É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador.

³⁰⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo...*

Sucedem que nem sempre o legislador é tão preciso na escolha das expressões que empregará no texto normativo. Por vezes, a utilização da expressão patrimônio público aparece em sentido mais amplo que o conjunto de riquezas de expressão econômica e vinculado especificamente a um sujeito.³⁰⁷

Quer dizer que o significante patrimônio é passível de receber mais de um sentido a depender do contexto em que ele seja inserido. Perante as categorias da estrutura e da função, não é exagero atribuir um sentido mais amplo, isto é, que vai além de instrumento apto a aferir a riqueza econômica do Estado, em especial se ativer à dicção do artigo 216 da Constituição da República.³⁰⁸ Esse é o sentido ora adotado independentemente de qualquer qualificação que venha a ser atribuída (patrimônio público ou patrimônio privado).

A partir dessa ideia, levanta-se por meio de estudos relativamente recentes a possibilidade de a pessoa jurídica de direito público ser legitimada a ajuizar ação de responsabilidade civil em face de terceiros na qual se pleiteia a indenização por dano moral, em especial o que recai sobre a sua imagem.³⁰⁹ O que se pretende é estender a aplicabilidade do artigo 5.º, incisos V e X da Constituição da República, na medida em que não há distinção entre os seus destinatários, isto é, os efeitos dos incisos esperados são, ao menos em linha de tese, estendidos à pessoa natural, à pessoa jurídica, tanto de direito privado, como de direito público, e bem assim a entes com personalidade anômala. É o proceder de uma análise da pessoa jurídica de direito público como titular de indenização por danos morais.

Numa vertente objetiva, tem-se que dano moral consiste na lesão a um dos atributos da personalidade, e não, como se pugna pela corrente subjetiva, dor, sofrimento, vexame, humilhação etc. Às pessoas jurídicas, inclusive as de direito público, aplicam-se, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade (Código Civil, artigo 52). Parece claro, rente à redação do artigo em questão, que as pessoas jurídicas não possuem direitos da personalidade, mas podem estender estes quando compatíveis à essência desses sujeitos, tais como o nome e imagem. E isso se torna evidente na Súmula n. 227 do Superior Tribunal de Justiça, através da qual se diz que “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. Por isso, esses atributos sem

³⁰⁷ MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. *Tratado de direito administrativo...*, pp. 41-42.

³⁰⁸ Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

³⁰⁹ DA COSTA, Déborah Regina Lambach Ferreira. *Dano à imagem da pessoa jurídica de direito público*. Saraiva Educação SA, 2017.

conteúdo, ao menos diretamente, econômico incorporam-se no patrimônio da pessoa jurídica de direito público. O Superior Tribunal de Justiça veio a reconhecer a possibilidade de a pessoa jurídica de direito público ser indenizada por dano extrapatrimonial quando houver lesão a sua credibilidade institucional.³¹⁰

Isso demonstra que patrimônio, numa noção mais alargada, não envolve apenas coisas de conteúdo imediatamente econômico, por isso que Nery e Nery Junior dizem o seguinte:

Sob essa ótica, não se pode conceber o sujeito de direito sem essa esfera jurídica, ou com essa esfera jurídica totalmente esvaziada: até mesmo o mais miserável e anônimo viandante teria a esfera jurídica de seu patrimônio preenchida pelos bens essenciais ou potenciais da existência de sua humanidade; até mesmo a pessoa jurídica destituída de qualquer bem material ou imaterial, efetivamente falida, teria, ainda – no bojo de sua esfera jurídica patrimonial, enquanto não dissolvida, como conteúdo de seu patrimônio – bens alusivos à sua existência ficcional, como o nome, a marca, a reputação empresarial etc.

Não nos parece, portanto, por isso, acertada a distinção que a doutrina e a jurisprudência fazem entre *dano patrimonial* e *dano extrapatrimonial* porque todo dano – isto é da essência de sua qualificação – é fenômeno nefasto que atinge e prejudica bens que compõem o patrimônio de alguém, o sujeito, ainda que esses bens sejam pertinentes à natureza humana, como aqueles que compõem o vasto rol de que trata a disciplina denominada “direito da personalidade”.

O patrimônio guarda, pois, um sentido de unidade, que reúne bens jurídicos, aqui considerados os direitos patrimoniais e os interesses economicamente avaliáveis, que concorrem para formar o patrimônio do sujeito.³¹¹

Trata-se do complexo de relações jurídicas dotadas de valor, direto ou indiretamente, mediata ou imediatamente, econômico (Código Civil, artigo 91), incluindo as qualidades históricas, ambientais, paisagísticas etc. de determinado ente.

Com isso, os bens³¹² caracterizam-se como parte do patrimônio público. Este, como exposto, possui relações jurídicas outras aptas a demonstrar a sua real grandeza. Tendo em vista

³¹⁰ CIVIL E ADMINISTRATIVO. "CASO JORGINA DE FREITAS". LESÕES EXTRAPATRIMONIAIS CAUSADAS POR AGENTES DO ESTADO AO INSS. PREJUÍZOS INSUSCETÍVEIS DE APRECIÇÃO ECONÔMICA E DE EXTENSÃO INCALCULÁVEL. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. (BRASIL. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.722,423-RJ. Instituto Nacional do Seguro Nacional - INSS *versus* Jorgina Maria de Freitas. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgado em 24.11.2020). <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1872698&tipo=0&nreg=201800256621&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20201218&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em 11 de mar. de 2023.

³¹¹ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*, volume I, tomo II: parte geral..., p. 87.

³¹² Na literatura jurídica não é pacífica a diferença entre bem e coisa. Ora se diz que esta é espécie daquele, ora cuida desta como gênero e aquele espécie. Neste trabalho, opta-se pela noção de que a coisa é tudo objetivamente existente com a exclusão do homem, enquanto aos bens atribuem-se qualificação valorativa, de sorte que são coisas passíveis de valoração rente aos interesses humanos. Consiste, pois, na parcela valorada da coisa. Por isso que “em sentido amplo, bem pode ser definido como tudo aquilo que é desejado pelo homem a fim de atender a seus interesses. Quando tais interesses são amparados pelo ordenamento jurídico, o bem se qualifica, tornando-se bem jurídico. A doutrina civilista emprega, por vezes, o termo *coisa*, que deve ser compreendido como sinônimo de bem. Coisa ou bem é, portanto, noção que abrange, na atualidade, tanto os objetos materiais quanto os imateriais sobre os quais recaiam interesses juridicamente protegidos. Na prática, todavia, a expressão *coisa* acaba sendo usada mais frequentemente ao se tratar de bens que são ou podem ser objeto de direitos reais (o chamado *direito*

a delimitação ora empreendida, serão tratados os bens públicos. No que diz respeito ao direito legislado, existe a classificação dicotômica³¹³, na medida em que “são bens públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.”, conforme o disposto no artigo 98 do Código Civil. Assim, os bens são públicos ou são privados, a partir da natureza do seu titular.

Contudo, lastreada na funcionalização dos institutos e das categorias jurídicas, o bem também será tido como público se houver afetação a implementar ou desenvolver o serviço público. O Enunciado n. 287 da IV Jornada de Direito Civil estabelece que “o critério de classificação de bens indicado no art. 98 do Código Civil não exaure a enumeração dos bens públicos, podendo ainda ser classificado como tal o bem pertencente a pessoa jurídica de direito privado que esteja afetado à prestação de serviços públicos.” Está a reconhecer, ainda que não se manifeste expressamente nesse sentido, que a função (prestação de serviços públicos) está a (re)significar a estrutura dos bens públicos diante da finalidade que lhe é atribuída.

O vigente Código Civil, de acordo com o uso que atribuído, o bem público pode ser de uso comum, uso especial ou dominical, conforme o artigo 99.³¹⁴ Os primeiros são, grosso modo, aqueles que beneficiam a qualquer um do povo³¹⁵, como, por exemplo, as ruas, praças, praias etc., enquanto os segundos possuem destino próprio à utilidade das pessoas jurídicas de direito público, tais como os prédios utilizados no funcionamento de uma escola pública ou uma repartição fiscal. Finalmente, os últimos, considerados dominicais, são bens “que, embora integrando o domínio público como os demais, deles diferem pela possibilidade sempre presente de serem utilizados em qualquer fim ou, mesmo, alienados pela Administração, se

das coisas). Registre-se que o conceito de bem ou coisa consiste em noção histórica e relativa, já que varia conforme as necessidades do homem em cada época e a sua própria noção de utilidade, tal qual reconhecida pelo direito.” (SCHREIBER, Anderson... [et al.]. *Código civil comentado...*, p. 67).

³¹³ Embora não atenda satisfatoriamente à complexidade social, tendo em vista que é de fácil percepção a existência de bens outros que, tecnicamente, é de difícil enquadramento numa ou noutra classificação. É o caso, por exemplo, do bem difuso, não encaixável em bem público, tampouco em bem privado.

³¹⁴ O Código Civil de 1916 também adotava esses significados para a classificar os bens públicos quanto à destinação (artigo 66). Enquanto o revogado Regulamento Geral de Contabilidade Pública, aprovado pelo Decreto n. 15.783, de 8 de novembro de 1922, fazia remissão à indisponibilidade dos bens públicos de uso especial e à disponibilidade dos bens públicos dominicais. Ou seja, bens públicos patrimoniais indisponíveis e bens públicos patrimoniais disponíveis (artigo 807).

³¹⁵ Povo aqui referido, tal como no artigo 99, inciso I, do Código Civil, não é no sentido jurídico-político nem mesmo num sentido naturalístico, ou seja, “**grupos de pessoas que agem segundo ideias, interesses ou representações de natureza política**, diferenciando-se radicalmente de um conceito naturalista, étnico ou racial de povo, caracterizado por origem, língua ou cultura comum.” (Grifo do autor) (SOARES, Mário Lúcio Quintão Soares. *Teoria do estado...*, p. 124). Deve-se considerar no sentido de população, isto é, “**mera expressão numérica, demográfica ou econômica, que abrange conjunto de pessoas que vivam no território estatal ou mesmo que permaneçam nele temporariamente.**” (Grifo do autor) (SOARES, Mário Lúcio Quintão Soares. *Teoria do estado...*, p. 12).

assim o desejar.”³¹⁶ São ou deveriam ser, portanto, funcionalizados, de regra, à produção de rendas ao Estado, razão pela qual não raras vezes é intitulado de bens de domínio privado do Estado, ao contrário dos dois primeiros que são denominados do domínio público do Estado.³¹⁷

Em arremate, o patrimônio público recebe dimensão conceitual que vai além dos bens públicos que o compõem. Os bens públicos caracterizam-se como parte do patrimônio (relação conteúdo - continente), de sorte que, ao enfrentar a temática bens, é importante revisitar a sua gestão, em especial voltando ao velho tema da precariedade na utilização privativa de bem público no caso do loteamento de acesso controlado de fato. O tensionamento da questão jurídica outrora exposta restringir-se-á direta e imediatamente aos bens de uso comum (ruas), o que não significa descartar, quando necessário, o embate, indireta ou mediata, da gestão de bens de uso especial e dominicais, com o intuito de fundamentar a resposta a ser buscada neste trabalho.

4.1 BENS PÚBLICOS E BENS PRIVADOS SOB A ÓTICA DE DIMENSÕES EXISTENCIAIS: UMA NECESSIDADE DE REPENSAR A ESTRUTURA

A perspectiva da constitucionalização do direito, aí se inclui todos os ramos do direito (direito civil, direito empresarial, direito administrativo, direito penal etc.), não comporta ou ao menos não deveria comportar conceitos herméticos, prontos e acabados.³¹⁸ À sociedade modifica, evolui ou involui, de sorte que tais conceitos também devem ou deveriam modificar-se, adequando-se aos anseios sociais. Direito possui vários significados, ao passo que o sentido que lhe atribui é verificado rente ao contexto em que esteja inserido.

Categorias do direito, os bens privados, ainda que exista tensionamento entre a estrutura econômica e produtiva (situação jurídica patrimonial) e a materialização dos direitos fundamentais (situação jurídica existencial), merecem ser significados, rente ao caso concreto, de acordo com o perfil existencial. Não seria, pura e simplesmente, a atribuição apriorística do

³¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 30 ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 503.

³¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular...*, p. 7.

³¹⁸ A destacar um dos referenciais adotado, é possível dizer que “A obra do Professor Fachin não é um manual que procura definir austeramente, de modo fechado, um conceito. Em sua pesquisa, encontra-se o trabalho erudito de um pesquisador que traz para o direito justamente a possibilidade de o direito avançar, e avançar no sentido de trazer respostas aos novos anseios do cidadão. Aí reside sua importância. A tese de Fachin não fica esperando inerte um leitor na biblioteca, pois ela se tornou um farol para gerações futuras.” (XAVIER, Luciana Pedrosa; XAVIER, Marília Pedrosa. Transformações no conceito jurídico de patrimônio: a contribuição de Luiz Edson Fachin. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coord.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, pp. 231-242, 2019, p. 241).

interesse existencial em detrimento do patrimonial ou o contrário. Não seria o resultado em si (busca desmedida pela implementação da situação existencial ou patrimonial), mas se torna importante os meios para chegar a tal resultado. Pretende-se na verdade afastar-se “de nossa tradição, não argumentativa, opinativa e personalista, a referência aos casos anteriores tende, ainda hoje, a ser feita apenas em função de seu resultado e não em função de seus fundamentos, ou seja, dos argumentos utilizados pelos juízes para justificar sua decisão.”³¹⁹

Os bens privados encontram-se, diante do atual Estado Social e Democrático de Direito, submetidos à funcionalização. Devem exercer, a fim de conformar a sua estrutura e, em especial, legitimá-la, funções social, econômica, ambiental, urbanística, dentre outras, a depender do contexto em que ocorrerá o desenvolvimento de seus atributos.

Aos bens públicos tem-se que aplicar essa ideia subjacente.³²⁰

Por isso que o significado de bem, seja privado, seja público, pressupõe o interesse que o adjetiva, de sorte que a sua gestão, e bem assim, a sua classificação são compreendidas rente ao seu perfil funcional.³²¹

A classificação de bens levando em consideração apenas a titularidade torna-se insuficiente para determinar a sua funcionalidade. Quer dizer que o bem privado também pode estar vocacionado, por exemplo, a satisfação de interesses públicos, exercendo funções próprias dos bens públicos. Nesse sentido, diz-se que são bens do domínio impróprio porque:

[...] a princípio, absolutamente alienáveis. Ocorre que a função que exercem afasta o espírito privatista, abrindo espaço para restrições impostas por lei específica ou por contratos administrativos celebrados pelo proprietário particular com o Estado. De fato, nem o conceito de domínio público impróprio, nem as restrições à sua alienabilidade, ora discutidas, estão consagrados como regra geral no direito administrativo ou no Código Civil. No entanto, o que marca essa categoria teórica é a natureza privada somada à função pública, daí por que seu regime jamais se acoplaria à lógica regente dos bens cuja função é salvaguardar utilidades, interesses ou funções públicas. Como não existe norma geral explícita sobre tais bens, cabe ao legislador elaborá-las em leis especiais de cada setor ou, na sua ausência, deverá a Administração Pública prevê-las em atos ou contratos celebrados com os proprietários desses bens privados que se tornam “públicos de fato”.³²²

O que vem a ocorrer na prática é o Estado estender o regime jurídico dos bens públicos aos bens privados, na medida em que estes vêm a exercer atividades primordiais ao seu

³¹⁹ RODRIGUES, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?...*, p. 15.

³²⁰ Como exposto, a função social, de início, mas não exclusivamente, é inerente aos bens de domínio público, isso porque já ressaltava Jambrenghi “a propriedade pública é e não tem função social.” (JAMBRENGHI, Vincenzo Caputi. *Premesse per una teoria dell’uso dei beni pubblici*. Napoli: Jovene Napoli, 1979, pp. 6-7, nota 7, *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privato de bem público por particular...*, p. 248).

³²¹ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 181.

³²² MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. *Tratado de direito administrativo...*, p.165.

funcionamento ou até mesmo nas situações em que o particular vem a exercer serviço público. Impõe por exemplo restrições alienabilidade e, por via direta, a penhorabilidade.

Esse modo de pensar pode ser aplicado em sentido oposto? Isto é, o bem é público, porém funcionalizado à concretização dos direitos fundamentais ou, num olhar privatista, dos direitos da personalidade. Em decorrência disso, poder-se-ia cogitar a minimização das características do regime jurídico publicístico, a fim de lhes atribuir um caráter mais privado? As concessões de direito real de uso e de uso especial para fins de moradia dão a entender que sim. São bens públicos, ao menos em linha de princípio, inicialmente afetados a determinada função pública, mas que, por razões múltiplas, acabam por atender interesses privados tidos como concretizadores da igualdade material, dignidade e cidadania.

Por meio de instrumento jurídico a Administração constitui direito real de uso sobre terreno público em favor de particular, com o intuito de que este o utilize para fins específicos de urbanização, regularização fundiária de interesse social, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas, conforme artigo 7.º do Decreto-Lei n. 271/67.

O leque de possibilidades de concessão trazido pelo artigo em questão demonstra que, ao fim e ao cabo, o bem público encontra-se voltado à satisfação da solidariedade social (cultivo da terra e regularização fundiária de interesse social) e à preservação da identidade cultural (preservação das comunidades tradicionais), afora outros valores que daí podem ser extraídos. Neste último caso, encontra-se a resguardar o modo de viver da comunidade tradicional. O seu estilo de vida; a sua identidade. Não é só. Com a idêntica funcionalidade de uma cláusula geral, a expressão “outras modalidades de interesse social em áreas urbanas” consagra a abertura para que o aplicador da norma venha, de acordo com os anseios sociais, consagrar outras possibilidades para conceder o uso.

Por sua vez, de modo a realçar o direito social à moradia consagrado no texto constitucional (artigo 6.º), com a redação dada pela Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017, o artigo 1.º da Medida Provisória n. 2.220, de 4 de setembro de 2001, previu a concessão de uso especial para fins de moradia nos seguintes termos:

Art. 1.º - Aquele que, até 22 de dezembro de 2016, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área com características e finalidade urbanas, e que o utilize para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

A criação desse direito real (Código Civil, artigo 1.225, inciso XI) consiste num reclamo da sociedade diante da vedação de usucapião de bem público, isso porque “sentiu-se a necessidade de adotar para eles outro instrumento que guardasse similitude com aquele instituto (usucapião), sempre tendo em mira atender às necessidades reclamadas pela política urbana.”³²³ Tanto a usucapião, como a concessão de uso especial para fins de moradia, visam, de regra, à concretização desse direito social, são meios para alcançar o fim que consiste na moradia.³²⁴

Nery e Nery Junior, ao cuidarem do referido direito real, esclarecem:

Foi criada com o objetivo de “regularizar a ocupação ilegal de terrenos públicos pela população de baixa renda sem moradia”. Sobre ela tratava o ECid (L 10257/01), em dispositivos que foram vetados. Destina-se exclusivamente ao fim de moradia do possuir e se caracteriza por constituir não uma faculdade da Administração, mas um direito do possuidor. “Assemelha-se ao usucapião, mas inexistente a transferência do domínio. Trata-se de um direito real sobre coisa alheia, mas direito real resolúvel. É transferível por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, mas se extingue se o concessionário der ao imóvel destinação diversa de moradia, ou adquirir a propriedade de outro imóvel urbano ou rural”.³²⁵

Tem-se então que essas duas situações se caracterizam como atribuição de funções distintas da originariamente pública aos bens públicos. Residem em forjar a legalidade constitucional, com o intuito de adequar os institutos e as categorias jurídicas, inclusive as de direito público, à atualidade, na busca da implementação da cidadania, dignidade, solidariedade, igualdade material, dentre outros preceitos, voltando-a (implementação) ao homem, destinatário final do direito. Só que essa busca pela implementação desses preceitos recebe um colorido mais acentuado das relações privadas, e não das públicas. Lá, bem do domínio impróprio, o bem é privado, porém com afetação ao desempenho das atividades públicas (fomento, poder de polícia, serviços públicos e intervenção estatal), enquanto aqui o bem é público, mas direcionado à concretização de preceitos constitucionais que se voltam mais a relações jurídico-particulares do que propriamente às atividades estatais.

Noutros termos, bem público funcionalizado a interesses particulares, porém constitucionalizados; bem privado funcionalizado a interesse públicos, de igual modo constitucionalizados. Por assim serem, merecem tratamentos diversos, o que, de início, obsta idêntica gestão, ou seja, existe provável incompatibilidade para aplicar o mesmo regime jurídico.

³²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 1269.

³²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo...*, p. 1270.

³²⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade Nery; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*, volume IV: direitos patrimoniais e reais..., p. 413.

O raciocínio é o de que o bem de domínio público encontra-se vocacionado à satisfação de interesse público, restando assim a afirmação de que essa afetação é elemento apto a caracterizar, por si só, a função social. É, inicialmente, função social, pois. Contudo, isso não obsta o reconhecimento de funções outras, inclusive àquelas a concretizar interesses privados, de modo a disponibilizar diversos usos sociais, econômicos e ambientais que se coadunam com a preservação do bem. Bens públicos podem, e o ideal que assim procedam, ter múltiplas funções, desde que compatíveis com o desenvolvimento sustentável e com a sua destinação. Bem público é e, também, pode ter função social, a depender do caso concreto.

Bem público ter função social, a par de sê-la, envolve mais à implementação dos objetivos qualificados, tais como “individuar um sistema do direito civil mais harmonizado com os princípios fundamentais e, em particular, com as necessidades existenciais da pessoa; redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos [...], destacando os seus perfis funcionais [...]”.³²⁶ Não é emoldurar a funcionalização do bem à prévia afetação a interesses públicos, e sim permitir que, à luz da complexidade social, ela seja moldada de acordo com os anseios e as modificações sociais.

Di Pietro, ao cuidar da função social dos bens de uso comum do prowo e de uso especial, esclarece o seguinte:

A ideia que se defende é a de que existem determinados bens que comportam inúmeras formas de utilização, conjugando-se o uso comum do povo com usos privativos exercidos por particulares para diferentes finalidades. Ruas, praias, praças, estradas, estão afetadas ao uso comum do povo, o que significa o reconhecimento, em cada pessoa, da liberdade de circular ou de estacionar, segundo regras ditadas pelo poder de polícia do Estado; porém, se a ampliação dessa liberdade em relação a algumas pessoas, mediante outorga de maiores poderes sobre os mesmos bens, trazer também alguma utilidade para a população, sem prejudicar o seu direito de uso comum, não há por que negar-se à Administração que detém a gestão do domínio público o poder de consentir nessa utilização, fixando as condições em que a mesma se exercerá. Concilia-se o uso comum do povo, que é a destinação precípua do bem, com o uso privado das vias públicas para realização de feiras livres, de exposições de arte, de venda de combustíveis, de distribuição de jornais, de comércio de flores e frutas; trata-se de usos privados, porque exercidos por particulares em seu próprio interesse, mas que também proporcionam alguma utilidade para os cidadãos. Por isso pode ser consentido.

Do mesmo modo, as águas públicas podem atender a inúmeros objetivos, alguns de uso comum, como a navegação, outros de uso privativo, como a derivação para fins agrícolas ou industriais, ou para execução de serviço público, como a produção de energia elétrica e o abastecimento da população, como também podem atender simplesmente às primeiras necessidades da vida.

Cabe ao poder público disciplinar, por lei, a forma como o uso dos bens públicos pode ser ampliado ou restringido, bem como conciliar as múltiplas formas de uso, compatibilizando-as com o fim principal a que o bem está afetado. O interesse público constituiu a baliza que orienta suas decisões; outorgará e extinguirá,

³²⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional...*, p. 591.

discricionariamente, os usos privativos, bem como imprimir-lhe-á maior ou menor precariedade, à medida que atendam ao interesse da coletividade.³²⁷

Como demonstração dessa multiplicidade de funções dos bens públicos, a Lei n. 11.284, de 2 de março de 2006, que dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável, dentre outras providências, estabelece no artigo 4.º que a gestão de florestas públicas compreende (i) a criação de florestas nacionais, estaduais e municipais; (ii) a destinação de florestas públicas às comunidades locais; e (iii) a concessão florestal, incluindo florestas naturais ou plantadas e as unidades de manejo das áreas protegidas referidas no item (i). Dentre dessas funções, é de se destacar a destinação a comunidades locais, ou seja, as “populações tradicionais e outros grupos humanos, organizados por gerações sucessivas, com estilo de vida relevante à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica” (Lei n. 11.284/06, artigo 3.º, inciso X), em especial pelo fato de, assim procedendo, estará a preservar a cultura diferenciada dessas populações tradicionais, bem como manterá o elo natural e psíquico que elas possuem como o meio ambiente. Resguarda, então, a identidade cultural e pessoal dos seus integrantes, ou seja, protege e incentiva o desenvolvimento da personalidade destes.

O que pode ser objeto de inquietação é o fato de ser de difícil separação o que vem a ser interesses públicos e interesses privados constitucionalizados, mormente se considerar que os últimos são reflexo dos preceitos constitucionais. E isso se caracteriza como fenômeno jurídico realçado com a constitucionalização do direito, inclusive todos os ramos (direito civil, processual civil, penal, processual penal, eleitoral, administrativo etc.). É a dificuldade de cingir o que vem a ser direito público e o que se deve tratar como direito privado, sobretudo pelo fato de o direito constituir-se de fenômeno social unitário, porém certamente há interesses com nítido caráter público e outros com manifesto interesse privado. O problema reside no que se vem a denominar zona cinzenta, que demanda, rente às peculiaridades do caso concreto, análise dos fatos e construção adequada da fundamentação jurídica. A sociedade atual não comporta rígida individuação dos confins de categorias binárias, tais como fatos/fundamentos, público/privado e regras/princípios.

Assim, os bens, sejam públicos, sejam privados, encontram-se funcionalizados a interesses qualificados por preceitos constitucionais, de modo a construir um Estado brasileiro solidário e igualitário, voltado ao realce da cidadania e ao desenvolvimento da personalidade.

³²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular...*, pp. 248-249.

O bem público, a par de ser função social, é apto também a tê-la, ante as múltiplas funções que possa carregar.

Portanto, com o intuito de (re)legitimar a estrutura desses bens a partir do perfil funcional, deve-se estabelecer uma relação construtiva entre os bens públicos e os bens privados, de sorte que os bens públicos podem encontrar-se afetados a satisfação de interesses privados, enquanto os bens privados podem estar-se vocacionados à concretização de interesses públicos, o que demandará, e essa situação jurídica já é percebida em bens privados afetados a prestação de serviço público (tornam-se impenhoráveis, portanto), uma nova leitura no sistema de gestão dos bens, inclusive no regime jurídico dos públicos, na medida em que a tradicional invocação da prevalência dos interesses públicos sobre os privados não condiz com o estado atual das coisas.³²⁸

4.2 REGIME JURÍDICO DOS BENS

Desde muito tempo se sustenta no direito administrativo que o seu regime jurídico embasa preponderantemente em dois princípios, quais sejam, o da indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Esse pano de fundo vem a nortear o desenvolver de seus institutos e categorias jurídicas. Consistem, nos dizeres de Mello³²⁹, em supraprincípios, na medida em que reflete os poderes da Administração Pública (supremacia do interesse público sobre o privado), e bem assim retrata os direitos dos administrativos (indisponibilidade do interesse público). O sistema de direito administrativo é construído sobre esse alicerce.

³²⁸ Pietro é firme ao estabelecer que “o próprio conceito de interesse público deve ser repensado: não é um interesse mais importante daquele privado, mas um interesse de todos ou de muitos, ou um interesse instrumental (ou intermediário), que deve ser satisfeito a fim de que outros interesses individuais sejam, por sua vez, satisfeitos. Um interesse da coletividade ou geral ou público não prevalece sobre aquele individual simplesmente porque é mais amplo: mais amplo não significa mais importante para o direito, mas somente mais geral, mais abstrato e, para o direito, a generalidade do interesse não deve ser confundida com a hierarquia dos valores. [...] Não se subordina um interesse privado a um interesse público: limita-se ou nega-se a tutela do primeiro quando do complexo de regras e princípios relevantes para a hipótese concreta resulte que um outro interesse, relativo sempre a indivíduos, deva prevalecer. Em tal hipótese, o titular do interesse final prevalecente pode se aproveitar da atividade dos entes <<públicos>> que realizam o interesse instrumental correspondente. A assimilação do interesse público ao interesse juridicamente superior é o reflexo de uma concepção autoritária do Estado, insustentável do ponto de vista constitucional. A autoridade do Estado está na legitimidade de seus princípios: o Estado moderno é caracterizado não por uma relação de subordinação do cidadão à soberania do Estado, mas pelo compromisso constitucionalmente garantido de realizar o interesse das pessoas singulares. A tarefa do Estado não é tanto impor aos cidadãos o seu interesse superior, quanto realizar a tutela dos direitos fundamentais; ao se desincumbir de tal tarefa, portanto, pode exigir o adimplemento de inderrogáveis deveres de solidariedade.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional...*, p. 146).

³²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 69.

De regra, a Administração Pública submete-se ao que se denomina regime jurídico de direito público. Num sentido mais amplo, regime jurídico-administrativo também engloba o regime de direito privado, derogado em alguns pontos, quando cabível de ser aplicado à Administração. Por isso que:

Na realidade, mesmo no direito brasileiro, a Administração Pública utiliza-se de vários tipos de institutos: os regidos unicamente pelo direito administrativo, sem paralelo no direito privado; os que, embora tenham o equivalente no direito civil, constituem uma ramificação da categoria jurídica definida pela teoria geral do direito; e, finalmente, os que são regidos pelo direito privado, com derrogações maiores ou menores impostas pelo direito público.³³⁰

É de se considerar ainda que, quando se falam em determinados instrumentos jurídicos, sobretudo os previstos na parte geral do Código Civil, está a se cuidar de figuras da teoria geral do direito, aplicável, portanto, a todos os ramos jurídicos, o que pode implicar a errônea impressão de se tratar de aplicação de instituto civilístico ao direito administrativo. Contudo, são instrumentos que servem de base conceitual a todos os ramos do direito, e não civilísticos.

No que diz respeito aos bens públicos, existem hipóteses de uso do direito privado pela Administração Pública. Devem considerar essas hipóteses como exceções. A regra é de aplicação do regime jurídico que vem a derogar as normas de direito privado, voltando-se às prerrogativas da Administração, tais como as cláusulas exorbitantes nos contratos, impenhorabilidade dos bens públicos, desapropriação, requisição de bens, prazos processuais em dobro para contestar e para responder recursos (Código de Processo Civil, artigo 183) e presunção de legitimidade dos atos administrativos.

O conjunto de normas atinentes à gestão dos bens públicos de uso comum e de uso especial é de natureza pública, tendo em vista o disposto no artigo 100 do Código Civil. São bens inalienáveis; portanto, fora do comércio jurídico enquanto mantiverem a afetação ao interesse público. A possibilidade de atribuir o uso privativo ao particular ou até mesmo à pessoa jurídica de direito público dá-se por meio da autorização, permissão ou concessão, segundo o interesse subjacente, e submetendo ao regime jurídico de direito público.

No que diz respeito aos bens dominicais, vislumbram-se a viabilidade de se aplicar tanto o regime jurídico de direito público, como o regime jurídico de direito privado. Pelo primeiro há possibilidade de conceder o uso privativo pela autorização, permissão ou concessão, ao passo que pelo segundo se invoca figuras jurídicas do direito privado (locação e arrendamento, por exemplo).

³³⁰ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo...*, p. 155.

Não rara as vezes, criam-se formas jurídicas de se usarem privativamente bem público. A concessão de uso especial para fins de moradia, a concessão de direito real de uso e a concessão florestal, acima expostas, são mecanismos aptos a tal desiderato. Nesses institutos elaboram-se normas jurídicas que derogam, em grande parte, as normas de direito privado. Tem-se regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum (leia-se direito privado).

Lastreada nessa perspectiva, em especial a trazida a efeito pela supremacia do interesse público sobre o privado e pela indisponibilidade do interesse público, os bens públicos são dotados de características próprias enformadoras do regime de direito público. São elas: imprescritibilidade³³¹, impenhorabilidade³³², não oneração³³³ e alienabilidade condicionada³³⁴.

Assim, são essas características que dão contorno ao regime jurídico especial dos bens públicos, diferenciando-os dos bens privados, os quais, como regra, adequam-se ao procedimento de usucapião, às constrições judiciais (penhora, sequestro e arresto) e à alienabilidade, bem como podem ser dados em garantia. “Cuida-se, no entanto, de um regime jurídico diverso daquele que regula a propriedade privada, pois os princípios que o informam são próprios e específicos do direito administrativo e, portanto, incompatíveis com os princípios informadores do direito privado.”³³⁵

Portanto, o regime jurídico a que estará submetido o bem público é, ordinariamente, de direito público, com as variações a depender do interesse jurídico subjacente, ou seja, receberá certa variabilidade à medida que modificar o fim almejado.

³³¹ Os bens públicos não estão sujeitos à usucapião, independentemente da categoria a que pertençam, conforme artigos 183, § 3.º e 191 da Constituição da República, bem como artigo 102 do Código Civil.

³³² Não se encontram submetidos à constrição judicial, tendo em vista que a satisfação de crédito de terceiros opera-se por meio do instituto do precatório ou da requisição de pequeno valor (Constituição da República, artigo 110). Reforçando tal determinação, o vigente Código de Processo Civil veio a excluir o instituto da penhora ao cuidar da execução contra a Fazenda Pública (artigos 534, 535, § 3.º, inciso I, e 910).

³³³ De acordo com o disposto no artigo 1.420 do Código Civil, “só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese; só os bens que podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca.” São direitos reais de garantia. A garantia da pessoa jurídica de direito público encontra-se no sistema de precatório e de requisição de pequeno valor, acrescentando-se a isso a não sujeição de tais bens a penhora, de modo a concluir que é de excluir a oneração desses bens públicos, já que a finalidade da garantia restaria frustrada. Não seria garantia real.

³³⁴ Diz-se alienabilidade condicionada porque se permite, desde que respeitadas as regras do procedimento licitatório, a alienação dos bens dominicais. Os bens públicos de uso comum e os de uso especial, enquanto afetados ao interesse público, não são alienáveis.

³³⁵ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função social da propriedade pública...*, p. 54.

4.2.1 Ainda persiste o dogma da supremacia do interesse público sobre o privado na construção do regime jurídico dos bens públicos, sobretudo se confrontado com a cláusula geral da dignidade da pessoa humana?

Como exposto, o direito administrativo veio a ser construído sob a perspectiva da supremacia do interesse público sobre o privado, e bem assim sob a indisponibilidade do interesse público. Caracterizam-se como perspectivas voltadas ao Estado autoritário. A atual feição estatal não condiz ou, ao menos, não deveria condizer com atribuição de verdades absolutas a tais preceitos. Isto é, são insuscetíveis de discussão; ao contrário, devem sim ser objetos de inquietações, sejam para refutação, sejam para confirmação, da sua essência conceitual.

Anos a fio, propagou-se a ideia de que na Administração Pública não se admitia o uso de formas consensuais de solução de conflitos, ou seja, afastava-se o uso do que se denomina equivalentes jurisdicionais, em especial a arbitragem e a autocomposição, sendo esta gênero do qual se extrai a transação, a submissão e a renúncia como espécies, na medida em que havia e ainda há apego excessivo ao princípio da legalidade (Constituição da República, artigo 37, *caput*).

O que se percebeu é que essa administração burocrática, que tinha e tem como paradigma a lei e como ideias condutoras a hierarquia, forma e processo, conduzia e conduz muitas vezes a prejuízos financeiros. O indiscriminado respeito à legalidade não diz respeito a melhor solução ao interesse público; de modo diverso, poder-se-á caracterizar danos de grande monta ao Poder Público. A preocupação era com o controle dos meios, e não do resultado em si.

Pautado pela eficiência, inserida na cabeça do artigo 37 da Constituição da República pela Emenda Constitucional n. 19/98, o controle da atividade administrativa passou a ter como foco os resultados, rente aos valores de colaboração, eficiência e parceria. Era o pano de fundo de Estado mínimo. Administração gerencial. Com base nisso, a interposição *ad aeternum* recursos, por exemplo, em demandas previdenciárias não mais se justifica. Quando o procurador federal vislumbra o preenchimento dos pressupostos do benefício pleiteado, a oferta de acordo atende o interesse público, na medida em que evita a incidência de correção monetária e juros de mora, e, na mesma toada, dignifica o seu beneficiário, sobretudo pelo fato de o benefício possuir nítida natureza alimentar.

Assim, o interesse público não é critério único de atuação estatal, ainda mais se considerar o reconhecimento dos direitos fundamentais em face do Estado, inclusive aqueles

que envolvam a redução da desigualdade jurídica e a proteção das minorias e dos hipossuficientes.

Não é mais inflexível a ideia de indisponibilidade do interesse público. A sociedade modificou-se a demandar nova postura, por isso que:

Pode-se afirmar que todos os direitos subjetivos públicos são disponíveis **nos limites e nas condições da lei**. Portanto, o direito subjetivo de titularidade estatal não é disponível se inexistir lei autorizadora. Mas a lei pode contemplar situações abstratas ou concretas em será cabível a disposição.

Apenas por cautela, ressalte-se que a submissão da atividade estatal ao princípio da legalidade não significa a exigência de disciplina legislativa específica e especial para cada atuação concreta. Admitem-se autorizações amplas e genéricas, as quais podem implicar, de modo necessário, atos administrativos que importam disposição de direitos.

Assim se passa, por exemplo, no âmbito contratual. A autorização legislativa para a Administração Pública desenvolver atividade contratual implica, de modo inafastável, a previsão da disposição de bens e direitos de sua titularidade.³³⁶ (grifo do autor)

O que se verifica é a ressignificação da indisponibilidade do interesse público a partir da promulgação da Constituição de 1.988, sobretudo a Emenda Constitucional n. 19/98. A construção inicial de uma relação verticalizada entre Estado e cidadão nos moldes do Estado autoritário corroe-se diante da consagração da eficácia dos direitos fundamentais. Propõe-se uma nova moldura para a (in)disponibilidade do interesse público.

À esteira desse mesmo pensar, não se concebe mais a indiscriminada supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Sem ingressar no mérito de quais os significados podem ser atribuídos ao significante dignidade da pessoa humana ou até mesmo certo sentido diante das peculiaridades do caso concreto. O que se tem em mente é a complexidade de se atribuir, ainda que no campo da abstração, a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, porquanto se tem por insuficiente o critério identificador de tal qualificação (público). O é público pela quantidade (noção populacional), pela ideia de bem comum ou pela sua titularidade (pessoa jurídica de direito público interno, por exemplo). Ou ainda são múltiplos os interesses públicos.

Independentemente de qual, se possível for, critério apto a constituir o interesse público, não se pode atribuir acessoriedade ao interesse individual, sobretudo se este vier a ser reflexo de um ou mais direito fundamental. O interesse adjetivado de público encontra-se, rente aos ditames constitucionais, subordinado à dignidade da pessoa humana. Ou talvez, se o adjetivo subordinado der a entender tratar-se de uma posição inferior em relação a outra ou atribuir uma conotação de submissão, o interesse público e a dignidade da pessoa humana inter-

³³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da administração pública..., pp. 50-51.

relacionam-se, construindo um diálogo permanente para a construção de uma sociedade mais digna, solidária, cidadã e igualitária. De modo análogo ao que expõem Marques, Benjamin e Miragem³³⁷, existe entre esses significantes um verdadeiro diálogo de influências recíprocas.

Sabe-se da crítica a respeito de se ressignificar a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, considerando que há grande quantidade de administradores públicos não bem-intencionados, com ética duvidosa e escassa confiança. Nesse sentido, Carvalho Filho realça que “a ‘desconstrução’ do princípio espelha uma visão distorcida e coloca em risco a própria democracia [...]”.³³⁸ Contudo, não merece guarida.

Tanto interesse público como dignidade da pessoa humana são significantes de conteúdo aberto, maleável, poroso. O operador do direito atribuir-lhe-á o sentido considerando as circunstâncias concretas. Embora se possa, ao legislar, optar abstratamente por determinado interesse, isso não constitui óbice ao aplicar a lei de analisar outras características aptas a rechaçar ou confirmar a opção.

Agregando-se a isso, deve-se demonstrar a aplicabilidade do interesse privado ou do interesse público ao caso concreto. Ou seja, qual há de prevalecer. É de se reconhecer que existe, ao fim e ao cabo, certa dose de subjetivismo, que se procura afastar ao associar as questões de fato e de direito autorizantes de ressignificar o princípio em análise. É o ajuste que se deve ser feito rente às peculiaridades concretas, o que dá a entender ser menos subjetivo do que a opção indiscutível da preponderância de um interesse sobre o outro, pouco a importar qual a qualificação a que se atribua. O que não pode restar prejudicado seria a motivação, com a adoção de pseudo-motivação ou até com o chamamento de conceitos genéricos sem explicitar os motivos pelos quais ele é aplicado ao caso concreto (motivação genérica). Essas duas situações retratam na essência arbitrariedades.

Trazendo para a prática, decisões judiciais acabam por reconstruir o regime jurídico dos bens. Caso emblemático é o da pessoa jurídica de direito privado cujos bens, considerando o critério previsto no ordenamento jurídico, em especial o Código Civil, possuem natureza privada (bens privados), de sorte a estarem submissos ao regime jurídico privatístico. No entanto, se a aludida pessoa jurídica vier a destinar o uso do bem privado ao desempenho de serviço público, ele (bem) não estará submetido à constrição judicial, na medida em que passa a ser tido como impenhorável.³³⁹ Os bens privados nos termos do artigo 98 do Código Civil

³³⁷ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 29.

³³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo...*, p. 36.

³³⁹ PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA EM BENS DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA QUE PRESTA SERVIÇO PÚBLICO. A sociedade de economia mista tem

uma vez comprometidos à prestação de serviço público são considerados impenhoráveis. São bens privados funcionalizados à satisfação do interesse público.

É de se perceber que houve a reconstrução do regime jurídico dos bens privados levando em consideração a sua afetação. Parece prevalecer a supremacia do interesse público sobre o particular, ou seja, o interesse na prestação do serviço público prepondera, diante das circunstâncias fáticas, sobre o interesse de satisfação do crédito (Código Civil, artigo 391; Código de Processo Civil, artigo 789).

De outra banda, é de se inquietar se os motivos fáticos trazidos pelo caso concreto conduzem à preponderância, *in casu*, do interesse individual sobre o interesse público são suficientes à ressignificação do regime jurídico dos bens públicos. Poder-se-ia assim questionar o afastamento da não-oneração, da impenhorabilidade, da impossibilidade de usucapião, dentre outras características, dos bens públicos, tendo em vista que o ordenamento jurídico deve ser coerente. Porém, a complexidade da inquietação reside também no fato de a essência conceitual do preceito da legalidade aplicável ao particular ser diversa para o Poder Público.³⁴⁰ Ainda que se possa dizer que em tais situações o Poder Público encontra-se, numa visão simplista³⁴¹, no polo passivo da relação jurídica.

Por isso que se tem de rever determinados dispositivos que constituem óbice para reconstrução, no sentido de reinterpretar, o regime jurídico dos bens públicos. Isso se torna evidente nos dispositivos constitucionais que se caracterizam como óbices à usucapião de bens públicos (artigos 183, § 3.º e 191, parágrafo único). Lá não faz distinção qual a espécie de bem público não pode ser usucapido, certo de que, se assim o fez o legislador, não caberia a doutrina distinguir. E é esse sentido que tem prevalecido. Não se tem por viável, de outra banda, adjetivar de precária a posse sobre bem público, impossibilitando, em face do Poder Público, a sua regular invocação.

personalidade jurídica de direito privado e está sujeita, quanto à cobrança de seus débitos, ao regime comum das sociedades em geral, nada importando o fato de que preste serviço público; só não lhe podem ser penhorados bens que estejam diretamente comprometidos com a prestação do serviço público.

Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. *Recurso especial n. 176078 - SP*. Relator Ministro Ari Pargendler. Data de julgamento: 15 de dezembro de 1998. Data de publicação: 8 de março de 1999. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 29 de mar. de 2022).

³⁴⁰ “Enquanto a legalidade, em sua dimensão ampla ou genérica representa corolário da liberdade individual ao enunciar que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, a legalidade administrativa tem o sentido de vinculação positiva da Administração Pública em seu atuar à norma legal; ela só poderá fazer aquilo que a lei expressamente lhe autoriza.” (MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo...*, p. 291).

³⁴¹ Simplista pelo fato de não considerar, ao menos para este momento, a obrigação como relação jurídica complexa, ou seja, o plexo de direitos, obrigações, situações jurídicas ativas, passivas, deveres etc. das partes, independentemente do polo que vier a adjetivá-las. Nesse sentido: SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

A alegação de que a vedação de usucapião de bem público veda o exercício de posse sem vícios sobre bem dessa natureza parece incidir no equívoco de o ordenamento jurídico prever, em resumo, dois tipos de defesa quando o objeto for a titularidade proprietária e a posse. Para tanto, têm-se a ação reivindicatória e a ação de reintegração a defender, respectivamente, as categorias em questão. Ora, se a vedação recai sobre a aquisição da titularidade, qual a razão de estendê-la ao exercício de um dos seus atributos? A quebra de confiança? Mas qual a confiança que o Poder Público deposita nos cidadãos? A de que não usará exclusivamente os bens públicos sem a sua expressa aquiescência. Parece que não, na medida em que existem institutos jurídicos legitimadores desses atos, como os ditos anteriormente: a legitimação de posse, a concessão de uso especial de moradia ou até mesmo autorização, permissão ou concessão de uso.

Por fim, no Estado Democrático de Direito, alicerçado na construção de uma sociedade multifacetada, na qual se respeitam ou deveriam respeitar os direitos fundamentais da pessoa humana, a vedação de discutir a supremacia do interesse público sobre o privado traz a tona o pano de fundo de Estado autoritário, tal como a Itália fascista. Esse ideário não combina com os fundamentos e objetivos fundamentais do Estado brasileiro. Nos dias atuais, deve-se, frente à conjuntura fática, ressignificar a supremacia do interesse público sobre o privado, de modo a não estabelecer a indiscutível preponderância do primeiro, ainda mais se existirem situações jurídicas individuais merecedoras de igual ou maior respeito. A exposição dos detalhes apresentados, com o estabelecimento de elos jurídicos (interesse público, direitos fundamentais, cidadania etc.), serve para a criação de uma resposta constitucional demandada pelo caso concreto. E, a reboque, procederá à releitura dos bens públicos, o que já vem a ser feito quando, a título de exemplo, se considera impenhorável o bem privado funcionalizado ao interesse público.

4.3 AFETAÇÃO, DESAFETAÇÃO E REAFETAÇÃO: UM (RE)PENSAR A PARTIR DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO PARADIGMÁTICO

A exposição das categorias da afetação, desafetação e reafetação no ordenamento jurídico brasileiro recebe contornos de importância, sobretudo para o presente trabalho, ao viabilizar a associação da teoria com o caso concreto. Ou seja, demonstrar se o conhecimento ideal acerca das aludidas categorias se caracteriza como apto a construir uma resposta constitucionalmente adequada aos anseios e às modificações sociais rente às peculiaridades do caso concreto.

Em linhas gerais, associa-se a afetação, desafetação ou reafetação o destino, o uso, a que se atribuiu ao bem público. Assim se este estiver sendo utilizado para certo fim público, seja do Estado, seja das pessoas em geral, diz-se que ele se encontra afetado. Ao contrário, se não houver tal uso ou destinação, o bem estará desafetado. Afetar, desafetar ou reafetar são indicações do destino (uso ou não) dos bens públicos.

Aplicá-los não é tão simples como o exposto na breve noção. Vejamos o porquê.

Afetar nada mais é que vincular, conectar, ligar juridicamente um determinado bem a certa função pública concreta e primária. Por via reversa, desafetar significa afetar a associação jurídica da coisa a uma função ou utilidade pública. Reafetar ou reclassificar consiste em trocar, modificar, substituir a afetação atual por nova destinação ou acoplar à afetação inicial usos primários novos.

Em última instância, todo o patrimônio estatal, e, por conseguinte, qualquer bem que o componha, deve ser gerido de maneira a produzir utilidades para a coletividade. Se o Estado hodierno, de fundamento racional e caráter democrático, somente existe e se justifica como meio de promoção de interesses públicos primários em benefício da sociedade, seria incoerente aceitar que entidades estatais pudessem manejar seus bens para ocasionar efeitos nocivos ou prejuízos aos cidadãos.

Todo tipo de bem estatal deve produzir alguma utilidade social. Nenhum bem inserido no patrimônio público se destina a causar prejuízos constantes, a sangrar os cofres públicos ou a gerar desvantagens injustificáveis à população. O Estado sequer está autorizado a bens inúteis em seu patrimônio, sobretudo quando eles acarretarem custos de manutenção e ocasionarem prejuízos indiretos à coletividade – que, em última instância, sustenta o próprio Estado não apenas do ponto de vista político, mas também em termos financeiros por meio de seus atributos.

Essa conclusão primária é de levar a uma confusão na compreensão da disciplina jurídica dos bens estatais públicos. **Se todos os bens pertencentes ao Estado devem ser direcionados à produção de utilidades, então todos são afetados? Tecnicamente não.**³⁴² (sem grifo no original)

Não restam dúvidas de que os bens públicos de uso comum e de uso especial estão vinculados juridicamente a determinados usos, enquanto os bens dominicais não se encontram vocacionados a usos predeterminados pelo ordenamento jurídico. Num olhar contemporâneo, os bens privados podem estar afetados, por lei ou ato infralegal, a finalidades públicas, o que, como exposto, traz consigo a aplicabilidade de algumas características dos bens públicos. O que traz complexidade a questão é se o vincular ou desvincular pode ocorrer faticamente, gerando efeitos jurídicos na gestão desses bens.

Em linha de teoria, a afetação dá-se quando da existência de ato formal nesse sentido, seja legislativo, seja administrativo. O que nos interessa é exemplo do primeiro caso, já que o artigo 22 da Lei n. 6.766/76 dispõe que, desde o registro do loteamento, as vias, praças, espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos públicos passam ao

³⁴² MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. *Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade...*, p. 205.

domínio público. Afora a aquisição da titularidade proprietária de tais bens, eles passam, de regra, a serem consagrados a fim público. No caso das ruas, ao uso comum do povo.

Diferentemente, a afetação tácita se implementa no caso de haver nas entrelinhas de determinado ato jurídico que o bem seria consagrado a certo uso. O comando não está explícito; ele é subentendido no contexto do ato. É o que se dá com “a criação de uma autarquia por lei (que) faz supor que todos os bens que ela receba originariamente venham a ser aplicados no exercício de suas funções administrativas.”³⁴³

A seu turno, a afetação fática é a que se dá através dos fatos humanos em geral, tendo em vista não existir ato jurídico determinante da vinculação a certo fim. Os usos e os costumes conduzem à finalidade pública sem que existisse previamente tal destino em ato formal. Noutros termos, a forma como os usuários dos bens públicos se porta (usos e costumes) caracteriza-se como elemento apto a consagrá-los a determinado fim.

Utilizando-se esses critérios também é possível classificar o fenômeno que implica retirar a destinação do bem, isto é, desafetação. Na desafetação “se dá o fenômeno contrário, ou seja, o bem, que tinha a destinação pública, passa a não mais tê-la, temporária ou definitivamente.” Por isso que, em linha teórica, se diz que temos a desafetação expressa, tácita e fática.

Ainda resta a reafetação que nada mais é na prática a consequência do afetar, desafetar e, novamente, afetar. É essa utilização sequencial desses instrumentos jurídicos. Ou, com um sentido mais amplo, “reafetar ou reclassificar consiste em trocar, modificar, substituir a afetação atual por nova destinação ou acoplar à afetação inicial usos primários novos.”³⁴⁴

O que traz problemas teóricos e práticos seria o reconhecimento de efeitos jurídicos da terceira classificação apresentada. A afetação ou a desafetação, fenômeno reverso que é, produzem efeitos jurídicos concretos no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a construção do direito administrativo sob a perspectiva da legalidade? A boa-fé objetiva³⁴⁵ é instrumento jurídico viável a afastar a vinculação originária de um bem público a certo fim, sobretudo pelo fato de aplicá-la nos ramos jurídicos de direito público?

³⁴³ MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. *Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade...*, p. 207.

³⁴⁴ MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. *Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade...*, p. 205.

³⁴⁵ “A chamada boa-fé objetiva configura, diferentemente, uma norma jurídica. A expressão *boa-fé objetiva* (boa-fé normativa) designa não uma crença subjetiva, nem um estado de fato, mas aponta, concomitantemente a: (i) um instituto ou modelo jurídico (estrutura normativa alcançada pela agregação de duas ou mais normas); (ii) um *standard* ou modelo comportamental pelo qual os participantes do tráfico obrigacional devem ajustar o seu mútuo comportamento (*standard* direcionador de condutas, a ser seguido pelos que pactuam atos jurídicos, em especial os contratantes); e (iii) um princípio jurídico (norma de dever ser que aponta, imediatamente, a um <<estado ideal de coisas>>).” (MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado...*, pp. 281-282).

Marrara, ao enfrentar a questão e a esclarecer que desafetação fática não diz respeito ao desaparecimento ou à transformação da coisa (incêndio no prédio municipal em que, ao final, só restam cinzas ou edifício sob escombros após terremoto), responde negativamente às inquietações acima, assim fazendo:

Acredita-se que não. O comportamento, omissivo ou comissivo, da coletividade ou dos agentes públicos, a despeito de sua extensão temporal e de boa-fé, não se revela capaz de alterar a vinculação formal de um bem público a uma ou mais destinações primárias. A afetação fática, conquanto possa ser reconhecida no plano dos conceitos, não se afigura válida no direito brasileiro, pois, caso fosse, representaria o reconhecimento de que o costume constitui fonte de normas jurídico-administrativas, o que contraria os princípios constitucionais da legalidade e da moralidade.

Retome-se a hipótese narrada do Município que vende certa praça abandonada sem qualquer desafetação prévia por considera-la um bem dominical surgido por decorrência da falta de uso pela população ao longo dos anos. Além de questionável sob o ponto de vista da legalidade, já que viola ato legislativo ou administrativo anterior, a ação municipal poderia ser tachada de imoral por constituir em alienação de bem destinado à produção de utilidades públicas.

As praxes administrativas e os usos sociais não justificam a alteração ou a negação da vontade do povo ou da Administração Pública em relação à vinculação jurídica de certo bem a finalidades públicas. O reconhecimento do instituto da (des)afetação fática colocaria as condições e as predisposições naturais ou sociais do bem em uma situação de primazia quanto às opções da coletividade expressa por meio de seus representantes diretos ou indiretos, o que feriria, em última instância, o modelo democrático. Não é o uso, o desuso ou a natureza do bem que define, em última instância, sua afetação. Esta constitui opção política ou administrativa formal que se deixa influenciar pelas características fáticas do bem, mas deriva principalmente de considerações de ordem política, administrativa, econômica, cultural, social etc.³⁴⁶

O argumento do autor baseia-se, especialmente, nos princípios da legalidade e da moralidade. E dá a entender que existe como pano de fundo o dogma da supremacia do interesse público sobre o privado. Ora, se considerar a complexidade social é de difícil aplicação o princípio da legalidade nos moldes como fora originariamente construído. E a moralidade: significativo fluido que é. É sabido que o direito administrativo durante a sua formação se muniu de características próprias que o distinguem de ramos jurídicos outros, mas que ao mesmo tempo o tornam como direito comum do direito público. Dentre as características, é de se destacar a influência, ainda que parcial, das decisões judiciais sobre o seu conteúdo, ainda mais que no Brasil não se adota o sistema norte-americano conhecido como *stare decisis*.

Quer dizer que, embora aqui vija o sistema da *civil law*, existe grande influência das decisões judiciais sobre o direito, inclusive sobre o direito administrativo, talvez pelo fato de adotar o sistema inglês de jurisdição.

³⁴⁶ MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. *Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade...*, pp. 207-208.

Em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida o Supremo Tribunal Federal³⁴⁷, ao analisar a questão de horário especial de servidor público estadual genitor de filho com deficiência, determinou a aplicação, por analogia, do disposto no artigo 98, §§ 2.º e 3.º, da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das funções públicas federais. Resignificara, numa só toada, os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e o da legalidade.

³⁴⁷ Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. TRATADO EQUIVALENTE À EMENDA CONSTITUCIONAL. PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORITÁRIA À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE. LEI 12.764/2012. POLÍTICA NACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA DA FAMÍLIA DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO SEM ALTERAÇÃO NOS VENCIMENTOS. SERVIDORA ESTADUAL CUIDADORA DE FILHO AUTISTA. INEXISTÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESTADUAL. ANALOGIA AO ART. 98, § 3º, DA LEI 8.112/1990. LEGITIMIDADE DA APLICAÇÃO DE LEGISLAÇÃO FEDERAL QUANDO A OMISSÃO ESTADUAL OU MUNICIPAL OFENDE DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL AUTOAPLICÁVEL QUE NÃO ACARRETE AUMENTO DE GASTOS AO ERÁRIO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE SUBSTANCIAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE DE REPERCUSSÃO GERAL. I – A Carta Política de 1988 fixou a proteção integral e prioritária à criança e ao adolescente, cujas garantias têm sido reiteradamente positivadas em nossa legislação, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/1990) e da promulgação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (Decreto 99.170/1990). II – A Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, no § 2º do art. 1º da Lei 12.764/2012, estipulou que eles são considerados pessoas com deficiência, para todos os efeitos legais. Assim, é incontestável que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência aplicam-se também a eles. III – A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) foi assinada pelo Brasil e, por ter sido aprovada de acordo com os ritos previstos no art. 5º, § 3º da Constituição Federal de 1988, suas regras são equivalentes a emendas constitucionais, o que reforça o compromisso internacional assumido pelo País na defesa dos direitos e garantias das pessoas com deficiência. IV – A CDPD tem como princípio geral o “respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade” (art. 3º, h) e determina que, nas ações relativas àqueles com deficiência, o superior interesse dela receberá consideração primordial (art. 7º, 2). V – No Preâmbulo (item X), o Tratado é claro ao estabelecer que a família, núcleo natural e fundamental da sociedade, tem o direito de receber não apenas a proteção de todos, mas também a assistência necessária para torná-la capaz de contribuir para o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência. VI – Os Estados signatários obrigam-se a “adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção” (art. 4º, a). VII – A omissão do Poder Público, portanto, não pode justificar afronta às diretrizes e garantias constitucionais. Assim, a inexistência de lei estadual específica que preveja a redução da jornada de servidores públicos que tenham filhos com deficiência, sem redução de vencimentos, não serve de escusa para impedir que seja reconhecido a elas e aos seus genitores o direito à dignidade da pessoa humana e o direito à saúde. VIII – A convivência e acompanhamento familiar para o desenvolvimento e a inclusão das pessoas com deficiência são garantidos pelas normas constitucionais, internacionais e infraconstitucionais, portanto, deve-se aplicar o melhor direito em favor da pessoa com deficiência e de seus cuidadores. IX – O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que é legítima a aplicação da Lei 8.112/1990 nos casos em que a legislação estatal e municipal for omissa em relação à determinação constitucional autoaplicável que não gere aumento ao erário. Precedentes. X – Tendo em vista o princípio da igualdade substancial, previsto tanto em nossa Carta Constitucional quanto na Convenção Internacional sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, se os servidores públicos federais, pais ou cuidadores legais de pessoas com deficiência têm o direito a horário especial, sem a necessidade de compensação de horário e sem redução de vencimentos, os servidores públicos estaduais e municipais em situações análogas também devem ter a mesma prerrogativa. XI – Recurso extraordinário a que se dá provimento. Fixação de tese: “Aos servidores públicos estaduais e municipais é aplicado, para todos os efeitos, o art. 98, § 2º e § 3º, da Lei 8.112/1990”. (BRASIL. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1.237.867-SP. P.M.F *versus* Estado de São Paulo. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 17.12.2022). <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur473766/false>. Acesso em 2 de abr. de 2023.

O artigo 2.º, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal, estabeleceu, como critério de observância nos processos administrativos, a lei e o direito. Com base em tal dispositivo, ao se falar em fontes do direito administrativo, a lei não é mais o único instrumento condutor da Administração Pública. Considera-se outros instrumentos, razão pela qual se fala em bloco de legalidade, pautado na juridicidade. Na condução da atividade administrativa observar-se-á diversas fontes que não apenas à emanada do Congresso Nacional. A juridicidade passa a servir como arrimo interpretativo da ordem jurídica, isso porque “não é apenas pela lei que o Executivo está ligado, mas ainda por regras de direito que não são obra do legislador: jurisprudência, princípios gerais do direito e costume.”³⁴⁸

Nesse modo de pensar, tanto o Supremo Tribunal Federal, ao fixar a tese acima exposta, como o legislador, demonstram a necessidade de proceder à travessia entre a legalidade estrita à juridicidade. O aplicar do direito, no caso se tem como tal o exercente de função administrativa, também realiza essa travessia ao enfrentar o tema da discricionariedade administrativa.

A ideia de moralidade administrativa traz consigo diversos significantes que podem influenciar no seu sentido. A honestidade, a boa-fé, o decoro, a lealdade, a probidade, dentre outros significantes, influenciam concretamente o sentido de moralidade. Então, não quer dizer que o reconhecimento, na prática, de (des)afetação fática caracterize, por si só, conduta imoral. Poder-se-ia sim se caracterizar como tal, a depender dos meios utilizados para tanto. Contudo, dizer que houve boa ou má administração³⁴⁹ só se torna possível com a análise das peculiaridades do caso concreto, e não *a priori*.

Corroborando com a possibilidade prática de (des)afetação fática, ao legislar sobre a adequação do uso do solo a padrões urbanísticos, ambientais, jurídicos e sociais, a Lei n. 13.465/17 dispõe no seu artigo 71 que “para fins de Reurb, ficam dispensadas a desafetação e as exigências previstas no inciso I do caput do artigo 17 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.” De duas uma: o ato de dispensar a desafetação, com a conseqüente regularização fundiária, implica o desafetar; ou se considerou que o bem público, certamente usado a fim diverso do vinculado originariamente ao interesse público, fora desafetado faticamente. Esta última interpretação dá ensejo ao reconhecimento prático da (des)afetação fática, em especial pela proteção à confiança legítima dos possuidores dos bens públicos.

³⁴⁸ RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. Tradução José Cretella Júnior. São Paulo: Editora RT, 1995, p. 124.

³⁴⁹ Com esse sentido: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo...*, p. 105.

A estabelecer um elo jurídico e fático entre o exposto e o caso paradigmático, ora em análise, percebe-se que os bens públicos, em especial parte do sistema viário, utilizados, preponderante ou exclusivamente, pelos moradores da associação foram vinculados juridicamente a um fim com o registro do loteamento, conforme o artigo 22 da Lei de Parcelamento do Solo. Contudo, inexistiu de modo efetivo o uso por qualquer um do povo, ou seja, de fato não serviu ao uso comum. Segundo as peculiaridades do caso, nem originária, nem subsequentemente, os bens públicos foram afetados ao fim para que a lei destinou.

O transcurso de prazo sem que houvesse irresignação por parte do Poder Público ou através de qualquer instrumento processual ou extraprocessual posto à disposição do cidadão, tais como ação popular, mandado de segurança e petição direcionada aos Poderes Públicos, enseja legítima confiança aos integrantes da associação na situação criada e consolidada, ainda que se diga, como a maioria assim o faz, cuidar de ato ilegal. Este também pode encontrar-se açambarcado pela segurança jurídica, sobretudo quando se tem em mente a coisa julgada, a preclusão e a prescrição.

Os associados da pessoa jurídica de direito privado (associação) esperam ou, ao menos, devem esperar do Poder Público comportamento que assegure a paz e a ordem sociais, bem como a respectiva tranquilidade. Não se torna viável, após incutir confiança em terceiros, atuar de modo diverso à conduta anterior. É a proteção à confiança legítima.³⁵⁰ A confiança, é de se ressaltar, encontra-se na base das relações jurídicas de direito privado e de igual modo de direito público. E acresce o fato de, desde o início, o loteamento encontrava-se com o seu perímetro fechado, de sorte que, ao menos em tese, era uma situação que, aos olhos da sociedade e dos moradores, era condizente com o ordenamento jurídico.

Então, rente a previsão do ordenamento jurídico do artigo 71 da Lei n. 13.465/17, na qual já se tem possível desafetação de bem público rente às circunstâncias fáticas, é plausível, com a devida fundamentação, reconhecer no caso concreto a desafetação de parte do sistema viário ou a restrição de uso, tendo em vista a sua não utilização por qualquer um do povo, seja originária, seja subsequentemente, bem como a assunção por parte da associação das despesas de uso e de manutenção do referido bem. Os usos e os costumes, a despeito do princípio da legalidade, são tidos como parte desse bloco que há de ser visto como juridicidade. O bem é formalmente de uso comum, mas não o é - nem o foi - utilizado a tanto.

³⁵⁰ É de se esclarecer a diferença entre a proteção à confiança legítima e a proibição do *nemo potest venire contra factum proprium*. A proteção a confiança tem aplicação na hipótese de atos inválidos, enquanto a proibição de conduta contraditória pressupõe a legalidade do ato vinculante anterior. E, ainda, esta possui aplicação no âmbito da mesma relação jurídica, ao passo que aquela não exige unidade de relação jurídica. (MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 154).

4.4 AQUISIÇÃO DE BENS PÚBLICOS

As pessoas de direito público podem adquirir bens, os quais, uma vez incorporados a sua titularidade, serão denominados públicos. Essas pessoas podem passar a serem titulares proprietárias originária ou derivadamente, na medida em que se diz “*originária*, quando o indivíduo num dado momento, torna-se dono de uma coisa que jamais esteve sob o senhorio de alguém.”³⁵¹ e “*derivada* a que ocorre quando se considera a coisa em função de seu dono atual, ou seja, a titularidade do domínio em relação com outra pessoa que já era proprietária da mesma coisa.”³⁵² Em termos práticos, significa dizer que na aquisição originária o adquirente não possui relação jurídica com o anterior titular, razão pela qual o imóvel é incorporado ao patrimônio daquele sem quaisquer ônus ou gravame, ao passo que a aquisição derivada surge de uma relação jurídica entre o adquirente e o antigo titular, de sorte a manter os ônus e os gravames incidentes sobre o imóvel. Neste caso pressupõe a autonomia privada, enquanto a primeira situação advém de fato jurídico.

O que é bom destacar é a inviabilidade técnico-jurídica de determinados órgãos serem titulares proprietários. O simples fato de serem órgãos, conseqüentemente sem personalidade jurídica, obstam essa ideia. Câmara Municipal, Assembleia Legislativa, Polícia Militar, Ministério Público, Tribunal de Contas e Tribunal de Justiça são exemplos de órgãos destituídos de personalidade jurídica. São entidades de personalidade anômala. Podendo praticar apenas os atos previstos em lei ou, numa visão constitucionalizada do direito, aqueles atos funcionalizados à concreção dos fundamentos e dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro. O fato de eles possuírem inscrição no cadastro nacional de pessoas jurídicas - CNPJ junto à Receita Federal do Brasil não implica aquisição de personalidade. A finalidade é apenas tributária, de controle orçamentário e de fiscalização.

Portanto, esses órgãos/entes por serem destituídos de personalidade jurídica não podem figurar como titulares proprietários de bens, inclusive não podem constar no fôlio real. Quem são aptos a adquirirem bens públicos e, logicamente, figurarem no fôlio real são as pessoas jurídicas de direito público, tais como os Municípios, os Estados-Membros, o Distrito Federal, a União, as autarquias, as fundações públicas etc., os quais adquirem bens submetendo-se, a depender do caso, a regime de direito público ou de direito privado, o que se demonstrará a frente.

³⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. IV..., p. 99.

³⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. IV..., p. 100.

4.4.1 Aquisição de bens pelo direito público

Ao se falar na aquisição de bens pelo direito público, está a associar com os dois preceitos já enfrentados, quais sejam: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público. Esses preceitos compõem o pano de fundo do regime jurídico administrativo. Isso porque:

[...] o ordenamento jurídico confere ao Estado e às suas entidades administrativas poderes que lhe garantem o monopólio de certos bens ou que lhe permitem a aquisição da propriedade por mecanismos que não existem no direito privado ou, ainda que existam, são regidos por um regime jurídico diferenciado.³⁵³

Lastreado nessa ideia, ao Estado e às suas entidades administrativas são atribuídos os seguintes instrumentos jurídico-públicos para aquisição de bens: (i) desapropriação; (ii) transferência compulsória; (iii) herança vacante; (iv) reversão de bens; (v) perdimento de bens; (vi) consórcio imobiliário.³⁵⁴ Em linhas gerais, esses instrumentos jurídico-públicos possuem como essência o seguinte:

A desapropriação consiste no procedimento de retirada forçada do bem da pessoa mediante a respectiva indenização, diante da utilidade ou necessidade pública (Decreto-Lei n. 3.365/1941) ou do interesse social (Lei n. 4.132/1962). Na mesma toada em que a pessoa jurídica, denominada desapropriante, adquire a titularidade proprietária, a pessoa privada³⁵⁵ perde a propriedade. Aquisição e perda da propriedade são duas faces da mesma moeda, isto é, da desapropriação. É modo originário de aquisição de propriedade, pelo que não há de falar em ônus ou gravames que porventura recaiam sobre a coisa, tampouco na incidência de tributo na transferência, embora neste caso os entes públicos estão açambarcados pela não incidência constitucional de qualquer tipo de imposto, tendo em vista que a operação translativa se encontra sob o pálio da imunidade.

Transferência compulsória, também conhecida como aquisição *ex vi legis*, consiste no ato translativo que decorre de imposição legal. Existe mandamento legal que determina, em certas situações, a transferência do bem à pessoa jurídica de direito público. O caso em análise

³⁵³ MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. *Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade...*, p. 186.

³⁵⁴ MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. *Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade...*, p. 186 e ss.

³⁵⁵ Em regra, já que é possível eventualmente a pessoa jurídica de direito público sofrer a desapropriação. Tendo em vista o pacto federativo e a igualdade entre os entes que o compõem, discute-se a constitucionalidade de tal previsão.

retrata esse tipo de transferência por força do artigo 22 da Lei de Parcelamento do Solo. Quando se efetiva a transferência, o seu objeto encontra-se afetado à destinação pública. Concomitantemente, o ato de registrar o loteamento implica a transferência de certos bens ao Município e a afetação a fins públicos, sobretudo pelo fim de urbanização do loteamento.

O Código Civil trata da vacância pela qual, passado um ano da publicação do edital e não havendo herdeiro habilitado nem habilitação pendente, há transferência da posse e administração do patrimônio ao Poder Público (Município ou Distrito Federal), com a consequente exclusão dos herdeiros colaterais, conforme artigo 1.820 e ss. “Com isso, notando que somente com a prolação da sentença de vacância, cumpridas as formalidades instrumentais, se efetiva a transferência do patrimônio de quem falece sem deixar sucessor para o Poder Público [...]”³⁵⁶

A Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição da República, a fim de manter incólume a continuidade do serviço público e também lastreado na imprestabilidade de se manter o bem na titularidade do concessionário se ele não presta mais o serviço para o qual ele (bem) era destinado, prevê no seu artigo 35, § 2.º, o instituto jurídico da reversão de bens. Cuida-se da transferência de bens do concessionário de serviço público, utilizados para prestação deste, para o Poder concedente quando da extinção do contrato. Os bens pertenciam ao concessionário e, após a extinção do contrato, são transferidos à pessoa concedente. Presencia-se verdadeira transmutação na titularidade proprietária.

Há de se falar ainda no perdimento de bens. Consiste em clara demonstração de que o direito de propriedade não é absoluto. A própria Constituição da República prevê a possibilidade de o legislador infraconstitucional prever a perda de bens como sanção penal (artigo 5.º, inciso LXVI, alínea *b*). Pode-se ainda destacar a expropriação prevista no artigo 243 da Constituição de 1988. Trata-se de sanção não penal ante o manifesto descumprimento da função social e da prática de ato ilícito consistente no cultivo de plantas psicotrópicas ou na exploração de trabalho escravo. Ao lado dessas hipóteses, temos a previsão do artigo 75³⁵⁷ da

³⁵⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2022, p. 303.

³⁵⁷ Art. 75. Aplica-se a multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) ao transportador, de passageiros ou de carga, em viagem doméstica ou internacional que transportar mercadoria sujeita a pena de perdimento:

I - sem identificação do proprietário ou possuidor; ou

II - ainda que identificado o proprietário ou possuidor, as características ou a quantidade dos volumes transportados evidenciarem tratar-se de mercadoria sujeita à referida pena.

§ 1.º Na hipótese de transporte rodoviário, o veículo será retido, na forma estabelecida pela Secretaria da Receita Federal, até o recolhimento da multa ou o deferimento do recurso a que se refere o § 3.º.

§ 2.º A retenção prevista no § 1.º será efetuada ainda que o infrator não seja o proprietário do veículo, cabendo a este adotar as ações necessárias contra o primeiro para se ressarcir dos prejuízos eventualmente incorridos.

Lei n. 10.833, de 29 de dezembro de 2003, que altera a Legislação Tributária federal, bem como o disposto no artigo 12³⁵⁸ da Lei n. 8.429, que dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4.º do artigo 37 da Constituição da República.

Por fim, o artigo 46 do Estatuto da Cidade prevê o consórcio imobiliário como instrumento de viabilização financeira de aproveitamento do imóvel. Busca, ao fim e ao cabo, viabilizar a urbanização, a regularização fundiária ou de reforma, conservação ou construção de edificação. Ocorrerá então a transferência do imóvel pela pessoa particular ao Município a fim de concretizar os objetivos ora destacados, conforme prevê o artigo 47 do aludido estatuto. Num refinamento teórico, Marrara destaca o seguinte:

§ 3.º Caberá recurso, com efeito exclusivamente devolutivo, a ser apresentado no prazo de 20 (vinte) dias da ciência da retenção a que se refere o § 1.º, ao titular da unidade da Secretaria da Receita Federal responsável pela retenção, que o apreciará em instância única.

§ 4.º Decorrido o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias da aplicação da multa, ou da ciência do indeferimento do recurso, e não recolhida a multa prevista, o veículo será considerado abandonado, caracterizando dano ao Erário e ensejando a aplicação da pena de perdimento, observado o rito estabelecido no Decreto-Lei n. 1.455, de 7 de abril de 1976.

§ 5.º A multa a ser aplicada será de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) na hipótese de:

I - reincidência da infração prevista no caput, envolvendo o mesmo veículo transportador; ou

II - modificações da estrutura ou das características do veículo, com a finalidade de efetuar o transporte de mercadorias ou permitir a sua ocultação.

§ 6.º O disposto neste artigo não se aplica nas hipóteses em que o veículo estiver sujeito à pena de perdimento prevista no inciso V do art. 104 do Decreto-Lei n. 37, de 18 de novembro de 1966, nem prejudica a aplicação de outras penalidades estabelecidas.

§ 7.º Enquanto não consumada a destinação do veículo, a pena de perdimento prevista no § 4º poderá ser relevada à vista de requerimento do interessado, desde que haja o recolhimento de 2 (duas) vezes o valor da multa aplicada.

§ 8.º A Secretaria da Receita Federal deverá representar o transportador que incorrer na infração prevista no caput ou que seja submetido à aplicação da pena de perdimento de veículo à autoridade competente para fiscalizar o transporte terrestre.

§ 9.º Na hipótese do § 8º, as correspondentes autorizações de viagens internacionais ou por zonas de vigilância aduaneira do transportador representado serão canceladas, ficando vedada a expedição de novas autorizações pelo prazo de 2 (dois) anos.

³⁵⁸ Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9.º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos;

II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos;

III - na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos.

[...]

Eis aqui um instituto de aquisição da propriedade estatal, mas que depende de previsão legal local prévia, bem como de interesse do proprietário privado, de condições financeiras dos entes públicos responsáveis pela execução das políticas urbanísticas e de vontade política. Isso significa dizer que à opção do proprietário pelo consórcio deve-se somar uma concordância – ato discricionário – do Poder Público local.

Se todos os mencionados fatores forem observados, o que já é bastante difícil, o Município receberá a propriedade urbana do particular, incorporando-a em seu patrimônio, e realizará as obras necessárias para harmonizá-la com as diretrizes de desenvolvimento urbano. Trata-se de figura semelhante a uma doação condicional como forma de pagamento de serviços estatais ou mesmo como permuta, ou seja, troca de uma coisa por outra.³⁵⁹

Portanto, esses são os instrumentos postos à disposição das pessoas jurídicas de direito público para aquisição de bens. Aquisição essa que se dá sob a égide do direito público. Deve ater-se a transferência compulsória ou aquisição *ex vi legis*, tendo em vista que ela diz respeito ao pleito de uso exclusivo ou controlado por parte dos moradores do perímetro do loteamento ora objeto de estudo. Sendo ainda importante a percepção tradicional de que a transferência da titularidade do bem da pessoa privada ao Município e a sua afetação, *in casu*, ao uso comum do povo do sistema viário operam-se concomitantemente. O ato é único. Não há sucessividade, pois. O que demandará certamente desconstrução e reconstrução desse entender, ao menos no que diz respeito ao reconhecimento prático, e não apenas teórico, da desafetação fática.

4.4.2 Aquisição de bens pelo direito privado

Ao cuidar da aquisição de bens pelo direito privado, vem à mente a questão da autonomia privada. Essa aptidão de se autorregular as relações jurídicas, desde que exista respeito aos denominados preceitos de ordem pública, como a boa-fé objetiva, a funcionalização dos institutos e das categorias do direito, a dignidade da pessoa humana e a cidadania, não se encaixa por completo às pessoas jurídicas de direito público. Estas pessoas não se encontram submetidas por completo ao regime jurídico aquisitivo de direito privado. Dizem que este sempre será parcialmente revogado por normas de direito público, na medida em que existe um pano de fundo a ser observado, qual seja, o já citado interesse público.

Com isso, os instrumentos colocados à disposição dos entes públicos que acabam por aumentar o seu patrimônio são a alienações onerosas ou gratuitas, acessão, usucapião e a sucessão testamentária.

³⁵⁹ MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. *Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade...*, pp. 194-195.

Ao cuidar das alienações onerosas ou gratuitas, estaremos diante da compra e venda, a permuta, a dação em pagamento e a doação. Não há dúvidas de que a compra e venda consiste, ao menos num prisma privado, o mais tradicional mecanismo obrigacional³⁶⁰ para transmutação da titularidade proprietária. Contrato nominado e típico, eis que, além do *nomen iuris*, possui vasta regulamentação na codificação civil, conforme preveem os artigos 481 a 532.

Os entes públicos devem observar, para a celebração desse negócio jurídico, o disposto no artigo 74 da Lei n. 14.133, de 1.º de abril de 2021, que dispõe sobre licitações e contratos administrativos. Para isso, o imóvel objeto de aquisição deve possuir características de instalação e de localização aptas a tornarem necessária a sua escolha, de modo que devem observar os seguintes requisitos: (i) avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e do prazo de amortização dos investimentos; (ii) a certificação de inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto; e (iii) justificativa que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem vantagem nesta contratação, para o ente público, segundo se verifica no § 5.º do aludido artigo. Dá a entender que essa singularidade seria a pedra de toque para a demonstração do interesse público na aquisição do bem imóvel.

À permuta, que nada mais é que “o contrato mediante o qual uma das partes se obriga a transferir a outra uma coisa, recebendo em contraprestação coisa diversa, diferente de dinheiro”³⁶¹, aplica-se a Lei de Licitações e Contratos, na medida em que o artigo 76 condiciona-a à existência de interesse público devidamente demonstrado e prévia avaliação. É de se reconhecer a importância da permuta no âmbito do direito público porque:

[...] primeiramente é compatível com o interesse público e com a eficiência, seja porque viabiliza operações mais céleres que a desapropriação, seja porque permite que a Administração troque seus bens por outros que lhe pareçam mais adequados às políticas públicas que deve executar e às demandas sociais que lhe cumpre atender. A compatibilidade do instituto com o direito público se reforça ao se considerar que o legislador também o reconheceu ao editar a Lei de Improbidade, diploma em que são criadas algumas amarras para evitar o uso indevido da permuta.³⁶²

Esse instrumento jurídico gerador da obrigação de transmitir a titularidade proprietária, e bem assim um dos modos mais antigo de circular a riqueza, pode ser utilizado

³⁶⁰ O sistema de registro adotado no Estado brasileiro associa-se o título e o modo. O título diz respeito a relação jurídico-obrigacional, pela qual a pessoa se obriga a transmitir a titularidade proprietária a outrem. Ao passo que o modo se relaciona à efetiva transmissão, que se dará por meio do registro (Código Civil, artigo 1.245) em se cuidando de bem imóvel ou através da tradição (Código Civil, artigo 1.267) quando se tratar de bem móvel.

³⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* - vol. III..., p. 174.

³⁶² MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. *Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade...*, pp. 201-202.

pelas pessoas jurídicas de direito público, a despeito de se cuidar de figura jurídica típica do regime jurídico privado. Observar-se-á, pois, este com pitadas do regime jurídico de direito público.

Como forma de alienação gratuita, tendo em vista que existe empobrecimento de uma das partes em detrimento do enriquecimento da outra, existe o negócio jurídico denominado doação, cuja regulamentação encontra-se nos artigos 538 a 564 do Código Civil. A referida Lei de Licitações e Contratos prevê a possibilidade de doar, com dispensa do procedimento licitatório, bens exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo. O donatário, órgão ou entidade da Administração Pública, acaba por enriquecer em detrimento de outro ente público (doador).

O que se deve observar é quando o doador é pessoa natural ou jurídica de direito privado. Ao ocorrer essa hipótese, é importante que a Administração Pública verifique os reais benefícios advindos de eventual incorporação do objeto doado ao seu patrimônio. Não é de difícil percepção a ocorrência de hipóteses em que a incorporação pode implicar, na prática, mais ônus do que bônus, ainda que se venha a caracterizar doação pura e simples. Pode ser que no caso concreto a doação venha a acarretar despesas de grande monta que superem os benefícios trazidos pela incorporação do bem ao patrimônio público. Os custos com a manutenção desse bem são mais elevados do que eventuais vantagens. Ao fim e ao cabo, esse norte deve ser considerado pela Administração ao manifestar a sua concordância ou não com a doação.

As três formas expostas (compra e venda, permuta e doação) são os meios contratuais para a aquisição de bens pelos entes públicos, demandando a observância do disposto no artigo 108 do Código Civil. Ainda sob essa visão contratual, é de se incluir o mandato em causa própria, o qual, uma vez incorporados os elementos do contrato de compra e venda e obedecidas as demais formalidades legais, caracteriza-se como meio hábil a registro, gerando, ao final, a transmutação da titularidade proprietária de bem imóvel, conforme prevê o artigo 685 do Código Civil.

Existe o caso de o ente público receber determinado bem como pagamento de dívida, sobretudo em dinheiro, que terceiro com ele possua. Em direito tributário caracteriza-se como modalidade de extinção do crédito tributário, conforme o artigo 156, inciso XI, da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, que dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Intitulado como Código Tributário nacional. No Código Civil, segundo o previsto no artigo 356 do Código Civil tal categoria jurídica consiste no consentimento de o credor receber prestação diversa da que lhe é devida.

Também é modalidade de extinção de obrigação, de modo a enquadrar como uma teoria geral das obrigações.

Em âmbito do direito administrativo, a Lei de Licitações e Contratos prevê ser possível a incorporação de bem ao patrimônio público por meio da dação em pagamento, quando se permite a sua alienação a terceiros mediante prévia avaliação e licitação na modalidade de leilão (artigo 76, § 1.º).

Com nítido caráter privatístico, a aquisição também pode dar-se por meio de acessão, ou seja, “em virtude da ampliação do imóvel por fatos da natureza ou de incorporação ao imóvel de plantações ou construções feitas por terceiros. Ocorre a acessão quando uma coisa passa a ser parte integrante de outra.”³⁶³ É modo originário de aquisição da propriedade em decorrência da junção (união ou incorporação) de uma coisa a outra. De acordo com a sistemática do Código Civil, são espécies de acesso no direito brasileiro (artigo 1.248):

- “a) Acessão natural, que se dá por fato ou pela força da natureza, independentemente das vontades dos titulares afetados. Classifica-se em: (1) formação de ilha; (2) aluvião; (3) avulsão; (4) abandono de álveo.
- b) Acessão industrial, oriunda do trabalho ou da ação humana. Classifica-se em: (1) construções; (2) plantações.”³⁶⁴

A usucapião implica, na mesma toada e de modo óbvio, a perda e a aquisição da titularidade proprietária. Os entes públicos, por força de dispositivos constitucionais, não podem perder a titularidade proprietária por meio da usucapião. Contudo, não há óbice para que eles adquiram a titularidade através de tal modo aquisitivo. Em benefício dos entes públicos, os bens móveis ou imóveis podem ser adquiridos rente à posse contínua por determinado tempo estabelecido na lei. Posse, continuidade e tempo voltam-se à formação do núcleo da usucapião. Assim:

“A doutrina especializada classifica a usucapião em três tipos: a usucapião extraordinária, a usucapião ordinária e a usucapião especial. A usucapião extraordinária, apesar do nome, é a que melhor corresponde às finalidades do instituto, pois independe de outro requisito, além da posse contínua e do tempo, não lhe sendo óbice a má-fé. Por essa razão, a lei fixa-lhe o tempo mais largo. A usucapião ordinária é a que, além dos requisitos de posse continuada e tempo, está assentada na existência de “justo título” e comprovação de boa-fé, razão por que o tempo para aquisição da propriedade é reduzido. A usucapião especial abrange todas as situações singulares, que não se incluem nos tipos anteriores, de acordo com fins legais determinados. O tempo de posse, para as variadas espécies de usucapião, varia de dois a quinze anos; o tempo, tem entendido a doutrina, pode ser completado no curso do processo judicial e não apenas quando for ajuizado.”³⁶⁵

³⁶³ LOBO, Paulo. *Direito civil: coisas...* p. 147.

³⁶⁴ LOBO, Paulo. *Direito civil: coisas...*, p. 148.

³⁶⁵ LOBO, Paulo. *Direito civil: coisas...* p. 135.

Claro que, por incompatibilidade lógica, certas variações da usucapião especial não se aplicam aos entes públicos, tais como a usucapião especial urbana, seja individual, seja coletiva (Lei n. 10.257/01, artigo 9.º e ss.), usucapião entre cônjuges ou companheiros (Código Civil, artigo 1.240-A) e usucapião indígena (Lei n. 6.001/73, artigo 33). Ao fim, é importante reconhecer a possibilidade de os entes públicos adquirirem a titularidade proprietária pela usucapião frente a situações em que eles desapropriam indiretamente bens e os titulares destes não ingressam com as medidas judiciais cabíveis, seja para receberem a devida contraprestação, sejam para recuperarem a posse. A transmutação da titularidade, sobretudo pelo exercício contínuo de uns dos atributos da propriedade durante o prazo estabelecido em lei, ocorrerá, fulminando qualquer pleito indenizatório, de reintegração ou de reivindicação.

De resto é possível a aquisição por meio da sucessão testamentária. No ordenamento brasileiro reconhece-se dois tipos de sucessão *causa mortis*, quais sejam: a legítima e a testamentária. Não há o reconhecimento da sucessão contratual, tendo em vista o disposto no artigo 426 do Código Civil. Esse ato jurídico de suceder, substituir, o outro numa relação jurídica pós-morte torna-se viável ao ente público quando se cuidar de testamento ou de codicilo, na medida em que ele não se encontra no rol de herdeiros legítimos. Só pode ser herdeiro testamentário ou legatário. Pode ser, por meio da deixa testamentária, aquinhado por bem certo e determinado (legado) ou pela universalidade de bens (herança), seja totalidade, seja parte ideal. Portanto, diante da vontade do testador e se valendo dos instrumentos postos a sua disposição (artigos 1.862 a 1.896), o ente público pode vir a adquirir bens.

4.4.3 Do arremate acerca dos modos de aquisição de bens: um pensar a partir do caso concreto

Do exposto nos dois itens acima (3.4.1 e 3.4.2), é possível verificar um tensionamento com as peculiaridades do caso concreto quando se analisa o modo de aquisição de bens pelo direito público denominado *ex vi legis* (Lei n. 6.766/76), e bem assim quando se volta ao instrumento aquisitivo de bem pelo direito privado conhecido como aquisição industrial na modalidade de construção ou até mesmo plantação.

Quanto à aquisição por força de lei, o tensionamento advém do reconhecimento da afetação originária (diga-se formal), mas a inexistência de efetiva destinação (leia-se material), o que poderia implicar a desafetação fática. Conforme já exposto acima, embora o ordenamento jurídico repudia a desafetação fática, valendo-se, para tanto, na legalidade administrativa que afasta os usos, os costumes e a analogia do seu âmbito de aplicação. Expôs a possibilidade de

reconhecer a desafetação fática frente ao disposto no artigo 71 da Lei n. 13.465/17, trazendo para tanto a analogia (RE n. 1.237.867/SP), porquanto as duas situações (a prevista em lei e a do caso concreto) buscam funcionalizar a titularidade proprietária. É bom descrever as palavras de Reale, ao expor a importância prática da analogia, o que faz nos seguintes termos:

A analogia atende ao princípio de que o Direito é um sistema de fins. Pelo processo analógico, entendemos a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões. Se o sistema de Direito é um todo que obedece a certas finalidades fundamentais, é de se pressupor que, havendo identidade de razão jurídica, haja identidade de disposição nos casos análogos, segundo um antigo e sempre novo ensinamento: *ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio* (onde há a mesma razão deve haver a mesma disposição de direito). Quando recorremos, portanto, à analogia, estendendo a um caso semelhante a resposta dada a um caso particular previsto, estamos, na realidade, obedecendo à ordem lógica substancial ou à razão intrínseca do sistema.³⁶⁶

Os objetivos da Lei n. 13.465/17, quer dizer (i) a incorporação de núcleos informais no ordenamento territorial e (ii) a titulação formal aos seus ocupantes, são, na essência, faces da funcionalização da propriedade. O modo de portar da associação de moradores do condomínio em referência também se caracteriza como meio de funcionalizar a propriedade pública, ainda mais se considerar a gestão privada que recai sobre esses bens. A razão de ambos se assenta na funcionalização social, ambiental e econômica do bem, motivo pelo qual se deve reconhecer a desafetação fática do bem público, ainda que a lei se refira a dispensa de tal procedimento. No fim, está a reconhecer essa espécie de desafetação.

Talvez de modo mais acentuado, o tensionamento que se verifica seja a forma de aquisição de bem pelo direito privado seja a acessão industrial. Isso porque as plantações e as construções realizadas em imóvel alheio presumem-se de seu titular proprietário. É o aceder do móvel ao imóvel. O asfaltamento, a rede de coleta de esgoto e a captação de água pluvial são construções que vieram a ser incorporadas ao patrimônio público, já que “o direito brasileiro, em princípio, acolhe a velha regra de que tudo o que se implanta no solo a este acede (*superfícies solo cedit*), que vem da importância fundamental do solo, na economia tradicional e agrária e que não resiste à realidade contemporânea.”³⁶⁷ Contudo, deve-se rever esse posicionamento da acessão, em especial se considerar função social atribuída ao bem em questão, a boa-fé de quem assim proceder e também interesses econômicos, sociais, ambientais etc.³⁶⁸

Os fatos inerentes ao caso concreto encontram-se inseridos dentro de um condizer funcionalizado, voltando-se à boa-fé e resguardando interesses econômicos, sociais e

³⁶⁶ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 296.

³⁶⁷ LOBO, Paulo. *Direito civil: coisas...*, p. 152.

³⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil*. Vol. 14. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 402.

ambientais, ainda mais se considerar que implica economia aos cofres públicos (asfaltamento e/ou recapeamento), preservação de aspectos ambientais (implantação da rede de esgoto) e a afetação da titularidade proprietária à segurança dos moradores do perímetro.

Esses fatores devem ou deveriam ser aptos a modificar a ideia de se cuidar de análise discricionária da Administração a manutenção ou permissão do cercamento, assim como na inviabilidade de invocar medidas protetivas da posse, sob o argumento de esta encontra-se evitada do vício da precariedade.

Concluindo, a ideia de acessão, inclusive a que beneficiaria o ente público, não pode ser conduzida à indiscutibilidade, sob de estar fomentar o dogma da supremacia do interesse público sobre o privado e bem assim o da indisponibilidade do interesse público. O operador jurídico deve valer-se de preceitos outros para revisitar tal forma de aquisição de bem pelo direito privado, os quais parecem estar presentes no caso concreto.

4.5 OUTORGAS ADMINISTRATIVAS DE USO

4.5.1 Introdução

Expôs que os bens públicos se encontram, de regra, voltados à satisfação de interesses públicos. São destinados ao uso previamente estabelecido em lei. Os de uso comum caracterizam-se com a possibilidade de qualquer um do povo vir a fruir, seja gratuita, seja onerosamente, de sorte que não perdem tal característica o condicionar de uso ao preenchimento de certos pressupostos, como se dá na fixação de horários para o ingresso em determinados parques, segundo se depreende do artigo 99, inciso I, do Código Civil. Enquanto os bens cunhados de uso especial são destinados à instalação dos prédios nos quais se irá prestar o serviço público (Código Civil, artigo 99, inciso II). Ao fim, de acordo com a classificação tricotômica dos bens no referido Código, há bens que integram o patrimônio estatal, porém não estão afetados a determinado uso (artigo 99, inciso III). São os bens disponíveis.

Embora o bem público seja afetado ao uso de todos ou à instalação de prédios da Administração Pública, com o intuito de prestar o serviço público, é possível que o seu uso seja concedido ao particular (pessoa natural ou pessoa jurídica), por meio de atos administrativos, isto é, atos lícitos que têm por fim imediato a aquisição, o resguardo, a transferência, a modificação ou a extinção de direitos e obrigações na seara administrativa. Pode-se ainda acrescentar que a pessoa jurídica de direito público, valendo-se de instrumentos do direito privado (locação e arrendamento), pode conceder o uso de bens dominicais.

À vista disso, Marrara expõe:

Por ‘outorga de uso’ entenda-se o ato jurídico de conteúdo concreto (legislativo ou administrativo) ou o contrato que viabiliza juridicamente o uso de bem público, em qualquer de suas espécies, a administrados, agentes econômicos, entidades estatais ou agentes públicos específicos. A utilidade desses instrumentos se relaciona, principalmente, à necessidade de controlar e gerir usos privativos (normais e anormais), mas não apenas isso. Certos usos comuns extraordinários e usos especiais (ou administrativos) dependem igualmente de instrumentos de outorga, os quais se tornam dispensáveis somente para usos comuns livres (não condicionados), sejam eles primários (afetados) ou secundários (não afetados).

Para os bens afetados - bens de uso comum do povo e bens de uso especial - esses instrumentos de direito administrativo são empregados para operacionalizar relações obrigacionais do Estado com os utentes, estatais ou não. De modo diverso, na gestão dos bens dominicais, o administrador se vale tanto de instrumentos de direito administrativo quanto de meios do direito privado (sejam de direito real ou direito obrigacional). Para tanto, sequer há necessidade de previsão legal específica, uma vez que o Código Civil explicitou que bens dominicais se sujeitam a relações obrigacionais e reais com base em normas de direito privado. Ainda assim, o manuseio de tais mecanismos de outorga há que se realizado de acordo com os valores centrais do direito administrativo.³⁶⁹

Com essa concepção, serão apresentados os instrumentos aptos a caracterizar a outorga de uso privativo, a fim de que a pessoa natural ou a pessoa jurídica obtenha a exclusividade no uso do bem público. A partir desse conceito, e bem assim das suas modalidades, far-se-á uma conexão com a outorga que venha a caracterizar o loteamento de acesso controlado, a fim de debatê-la ou questioná-la metodologicamente.

4.5.2 Autorização de uso

Autorização de uso é o ato administrativo pelo qual o ente público permite que pessoa particular empregue privativamente bem público no seu próprio interesse. Se fosse para seccionar o interesse subjacente, falar-se-ia que o interesse privado é busca direta com a referida outorga, enquanto o interesse público só é visado indireta ou remotamente. O interesse público sempre estará presente, na medida em que a Administração Pública não poderá dele se afastar.

Pode-se aferir duas situações distintas: a primeira diz respeito à remoção de obstáculos, restrições, que impedem que as pessoas utilizem do bem, exercendo uma atividade ou praticando determinado ato, enquanto a segunda envolve a outorga de uso privativo.

Assim, pela primeira tem-se a autorização de uso comum extraordinário, tendo em vista que o uso comum, a despeito de ser aberto a utilização de todos, não é ilimitado. Nele há limitações advindas do poder de polícia. Quando, frente às circunstâncias situacionais, o Poder

³⁶⁹ MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. *Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade...*, p. 234.

Público venha afastar as restrições estabelecidas por este, vê-se a autorização de uso comum extraordinário, valendo-se como pano de fundo determinados interesses, que, de acordo com Amaral, dividem-se: “uns, ligados à necessidade de disciplinar a compatibilidade e a hierarquia dos usos múltiplos de uma coisa dominial; outros, presos à necessidade de conservação material da própria coisa.”³⁷⁰ Exemplo da última situação (conservação material da própria coisa) retira-se do artigo 101³⁷¹ da Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito brasileiro, afora a questão da segurança no trânsito.

A autorização que visa afastar obstáculos para o uso do bem público não se caracteriza como uso privativo, já que o autorizado não obtém exclusividade no uso. O que há é “ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual a Administração remove os obstáculos legais impeditivos do uso de bem público por particular. Trata-se de típico ato de polícia.”³⁷²

Com a segunda situação, presencia-se concretamente o uso privativo, já que a qualidade ou o caráter de exclusivo encontra-se presente, ainda que sobre parcela do bem público. Cretella Júnior define-a como “ato administrativo unilateral e discricionário, mediante o qual a Administração faculta ao particular a utilização privativa de bem público.”³⁷³ De regra, ela se caracteriza como ato precário e discricionário³⁷⁴, a fim de resguardar os interesses da Administração, posto que “cabe afirmar que o administrado não tem direito subjetivo à utilização do bem público, não comportando formular judicialmente pretensão no sentido de obrigar a Administração a consentir no uso [...]”.³⁷⁵

Por fim, cabe ressaltar, por questão lógica, compete ao titular do direito real ou pessoal a autorização. Isto é, a competência para autorização de uso é do ente a quem compete a

³⁷⁰ AMARAL, Diogo Freitas do. *A utilização de bens públicos por particulares*. São Paulo: Juriscred, 1972, p. 91.

³⁷¹ Art. 101 - Ao veículo ou à combinação de veículos utilizados no transporte de carga que não se enquadre nos limites de peso e dimensões estabelecidos pelo Contran, poderá ser concedida, pela autoridade com circunscrição sobre a via, autorização especial de trânsito, com prazo certo, válida para cada viagem ou por período, atendidas as medidas de segurança consideradas necessárias, conforme regulamentação do Contran.

³⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular...*, p. 86.

³⁷³ CRETILLA JÚNIOR, José. Definição da autorização administrativa. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 71, p. 99-121, 1976, p. 120. file:///C:/Users/User/Downloads/66775-Texto%20do%20artigo-88163-1-10-20131125.pdf. Acesso em 15 de abr. de 2023.

³⁷⁴ Contudo, o Decreto n. 84.398, de 16 de janeiro de 1980, que dispõe sobre a ocupação de faixas de domínio de rodovias e de terrenos de domínio público e a travessia de hidrovias, rodovias e ferrovias, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica e dá outras providências, ao cuidar da autorização de uso para energia elétrica, atribui-lhe a natureza de ato vinculado, isso porque atendidas as exigências legais e regulamentares a outorga será concedida, independentemente de aferição dos mal aplicados critérios de conveniência e oportunidade. Verifica-se verdadeiro direito subjetivo à autorização, desde que preenchidos os elementos legais e regulamentares a tanto. O seu indeferimento só poderá ocorrer por razões de ordem técnica. Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular...*, p. 297.

³⁷⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo...*, p. 1261.

administração do bem, situação que resta evidenciada no parágrafo único³⁷⁶ do artigo 1.º do citado Decreto n. 84.398, de 16 de janeiro de 1980, que dispõe sobre a ocupação de faixas de domínio de rodovias e de terrenos de domínio público e a travessia de hidrovias, rodovias e ferrovias, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica e dá outras providências.

4.5.3 Permissão de uso

Ao cuidar de permissão em sentido alargado, é possível relacionar esse ato administrativo tanto à execução de serviço público, como à utilização de bem público. Por isso se fala em permissão de serviço público, assim como em permissão de uso de bem público. Esta será a espécie a ser ora desenvolvida, posto se relacionar direta e imediatamente com o objeto deste trabalho.

Di Pietro conceitua-a como “ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou remunerado, pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a utilização privativa de bem público.”³⁷⁷, compreensão da qual se extrai as características da unilateralidade, discricionariedade e precariedade. Isso porque o ato de outorga se realiza pelo consentimento exclusivo da Administração Pública (unilateralidade), mediante o juízo avaliatório dos interesses envolvidos (conveniência e oportunidade - discricionariedade), e pode ser extinto, através da revogação, a qualquer momento diante de circunstâncias de interesse público devidamente fundamentadas e constatadas efetivamente.

A permissão de uso poderá recair sobre quaisquer espécies de bem público. Ou seja, a permissão de uso pode se dar sobre bem público de uso comum, uso especial ou dominical, submetendo às diretrizes do regime jurídico de direito público. Um dos pontos de distinção entre a autorização e a permissão de uso é o interesse envolvido, o que acaba por implicar as demais variações. Na autorização do interesse preponderante é o privado, enquanto na permissão é o público ou este se encontra no mesmo patamar do privado. O que não se verifica no primeiro caso. Di Pietro, ao tratar das diferenças entre essas duas categorias de outorga, disserta da seguinte forma:

- a) Enquanto a autorização confere a faculdade de uso privativo no interesse privado do beneficiário, a permissão implica a utilização privativa para fins de interesse

³⁷⁶ Parágrafo único - Para os fins do disposto neste artigo, será considerada entidade competente a pessoa física ou jurídica que, em razão de concessão, autorização ou permissão, for titular dos direitos relativos à via de transporte, auto ou linha a ser atravessada, ou a ter a respectiva faixa de domínio ocupada.

³⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular...*, p. 96.

coletivo. Ainda que o uso traga também vantagens para o permissionário, a permissão só deve ser outorgada quando disso resultar atendimento de algum interesse público. É o que se verifica na permissão para instalação, nas calçadas, de bancas de jornais, ou de mesas e cadeiras para servir bebidas e lanches; de barracas nas feiras; de vestiários nas praias, ou, ainda, na permissão para instalação de circo ou parque de diversão nas praças públicas. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “se não houver interesse para a comunidade, mas tão somente para o particular, o uso especial não deve ser *permitido* nem *concedido*, mas simplesmente *autorizado*, em caráter precaríssimo.

b) Dessa primeira diferença entre autorização e permissão decorre outra, relativa à *precariedade*. Esse traço existe em ambas as modalidades, contudo é mais acentuado na primeira. O fato de destinar-se, a autorização de uso privativo, a atender ao interesse privado do usuário justifica a sua maior precariedade; a permissão é menos precária, porque outorgada por razões predominantes de interesse público, o que torna menor o contraste entre o interesse do permissionário e o do usuário do bem público sobre o qual incide a utilização privativa. É uma distinção que se faz no plano teórico, mas que, na prática, é difícil de aplicar-se porque a distinção, quanto à precariedade, é apenas quantitativa.

c) A autorização, sendo dada no interesse privado do usuário, cria para este uma *faculdade*, ao passo que a permissão, sendo conferida no interesse predominante da coletividade, *obriga* o usuário, sob pena de caducidade do uso consentido.³⁷⁸ (Grifos no original).

O que se percebe, ao final, é complexidade prática de se distinguir o que vem a ser autorização e o que vem a caracterizar como permissão de uso de bem público. A fluidez do que vem a ser interesse público ou até mesmo interesse privado talvez só se reduz diante das circunstâncias situacionais, de modo que a utilização dessa classificação dicotômica torna-se mais alvo de controvérsias entre os doutrinadores do que de efetividade prática.³⁷⁹ Acrescente-se ainda, o que será exposto a frente, a necessidade de revisitar o que vem a se denominar discricionariedade administrativa rente à constitucionalização do direito administrativo, ainda mais se visualizar que ela possui perspectivas diferentes à medida que o seu pano de fundo se modifica, ou seja, do Estado de Direito ao Estado Constitucional de Direito. Da legalidade à juridicidade, fatores aptos à alteração de seus significados.

4.5.4 Concessão de uso

Ao lado da permissão e da autorização de uso de bem público, temo a concessão de uso, que se caracteriza como o contrato pelo qual a Administração Pública permite ao particular a utilização exclusiva de bem público, segundo a sua destinação. É contrato, portanto.

³⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular...*, pp. 98-99.

³⁷⁹ Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Autorização e permissão: a necessidade de unificação dos institutos. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro*, n. 16, pp. 117-130, 2002. (https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2798839/Jose_dos_Santos_Carvalho_Filho.pdf). Acesso: 15 de abr. de 2023.

A essência dos três institutos (autorização, permissão e concessão) é idêntica, na medida em que envolve a permissão de que o particular utilize com exclusividade do bem público. Contudo, as duas primeiras possuem natureza jurídica de ato administrativo, enquanto na última é de contrato; em sendo assim, as duas primeiras são unilaterais, ao passo que a última é bilateral.

Ao cuidar da concessão de uso de bem público, Di Pietro, logo após conceituar tal instituto e dizer que a sua natureza é de contrato subordinado ao regime pelo direito público, sinalagmático, oneroso ou gratuito, comutativo e personalíssimo, explana o seguinte:

Elemento fundamental na concessão de uso é o relativo à finalidade. Ficou expresso no conceito de concessão que o uso tem que ser feito de acordo com a *destinação* do bem. No caso de bens destinados à utilização privativa, o uso tem que atender a essa destinação; é o caso, por exemplo, dos bens de uso especial, como os mercados e cemitérios (parcialmente afetados ao uso privativo), dos bens destinados à ocupação por concessionários dos serviços públicos e dos bens dominicais postos no comércio jurídico para fins de moradia, cultivo de terra, exploração agrícola ou industrial, reforma agrária.

Quanto a concessão implica utilização de bem de uso comum do povo, a outorga só é possível para fins de interesse público. Isso porque, em decorrência da concessão, a parcela do bem público concedida fica com sua destinação desviada apenas naquela pequena parcela, pelo uso a ser exercido pelo concessionário. Além disso, como a concessão é outorgada sob forma contratual e, em geral, por prazos mais prolongados, dela decorre estabilidade para o concessionário, uma vez que não pode ser despojado de seu direito de utilização privativa antes do termo estabelecido, a não ser por motivo de interesse público relevante e mediante justa indenização. 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 utilização que ele exercerá terá que ser compatível com a destinação principal do bem ou atender a outro fim de interesse coletivo.³⁸⁰

Sob essa idealização, mais uma vez há de se observar o interesse público na concessão de uso do bem público, a fim de que este seja subordinado à gestão dominial do particular segundo a afetação prevista na relação jurídico-contratual, sob pena de extinção antecipada do contrato diante do descumprimento de seus comandos. Isto é, pela inadimplência contratual.

Têm-se ainda as concessões de serviço público³⁸¹, de obra pública³⁸² e administrativa³⁸³, as quais não são objeto de ora enfrentamento, tendo em vista que, direta ou indiretamente, não envolvem o objeto deste trabalho.

³⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular...*, pp. 112-113.

³⁸¹ Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências.

³⁸² Lei n. 8.987/95, assim como a Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

³⁸³ Artigo 2.º, § 1.º, da Lei n. 11.079/04.

Em conclusão, por se cuidar de contrato administrativo, a concessão de uso de bem público sujeita-se a procedimento licitatório, salvo se vier a caracterizar situação de inexigibilidade.

4.5.5 Outros títulos jurídicos de outorga de uso privativo

Afora os já expostos institutos jurídicos que permitem o uso privativo de bens públicos (autorização, permissão e concessão), é importante ainda destacar a concessão de direito real de uso, a concessão de uso especial para fins de moradia e a cessão de uso. Pelos três primeiros a autorização de uso privativo poderá recair sobre as três espécies de bem público, quais sejam, de uso comum, de uso especial e dominical. Enquanto os demais dizem respeito ao bem dominical. Quer dizer que os bens de uso comum e de uso especial, previstos no artigo 99, incisos I e II, do Código Civil, terão o uso transferido ao particular por meio da autorização, permissão ou concessão, isso porque se encontram afetados à persecução do interesse público; em contrapartida, o bem dominical (Código Civil, artigo 99, inciso III) é passível de transladação na gestão dominial pelos referidos instrumentos jurídicos, e bem assim pelos demais, já que são bens estatais do patrimônio disponível rente à ausência de afetação.

No intuito de regularizar a ocupação do solo, sobretudo o público, o ordenamento jurídico conta com a concessão de direito real de uso, que consiste no negócio jurídico diante do qual “a Administração transfere o uso remunerado ou gratuito de terreno público a particular, como direito real resolúvel, para que dele se utilize em fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra exploração de interesse social.”³⁸⁴ Possui a natureza de direito real (Código Civil, artigo 1.225, inciso XII), passível então de ingresso no fôlio real (Lei n. 6.015, artigo 167, inciso I, 40) na forma de registro.

Dessa maneira, a concessão de direito real de uso é uma das figuras típicas para proceder à regularização do solo urbano (Lei n. 13.465/17, artigo 15, inciso XIII), com disciplina no Decreto n. 271/67, com as alterações levadas a efeito pela Lei n. 11.481/07.

A concessão especial para fins de moradia, inserida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Medida Provisória n. 2.220, de 4 de setembro de 2001, com lastro no artigo 183, § 3.º, da Constituição da República. Almeja essencialmente à moradia do beneficiário e de sua família, direito fundamental da pessoa. “Vale dizer, atendidos os requisitos legais, confere ao seu titular a faculdade de uso do bem especificadamente para fins de moradia.”³⁸⁵ Os seus requisitos estão

³⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 635.

³⁸⁵ KÚMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modena. *Tratado Notarial e Registral*. Vol. 5. Tomo II..., p. 2194.

estabelecidos essencialmente nos artigos 1.º e 2.º da referida legislação.³⁸⁶ Na mesma toada da concessão de direito real de uso, esta figura jurídica também serve para a regularização do solo urbano (Lei n. 13.465/17, inciso XII) e deve ser levada a registro na Serventia Extrajudicial onde o imóvel estiver localizado, nos termos do artigo 167, inciso I, 37, da Lei de Registros Públicos.

Ao fim, destaca-se a cessão de uso, ou seja, “a transferência gratuita da posse de um bem público de uma entidade ou órgão para outro, a fim de que o cessionário o utilize nas condições estabelecidas no respectivo termo, por tempo certo ou indeterminado.”³⁸⁷ Verdadeiro ato de colaboração entre os entes públicos. Contudo, não se restringe a pessoa de direito público, na medida em que a cessão de uso de bens imóveis da União poderá abranger entidades sem fins lucrativos das áreas da educação, cultura, assistência social ou saúde, e bem assim a pessoas naturais ou jurídicas que desenvolvem atividade de interesse público ou social ou de aproveitamento econômico de interesse social, destituída de fins lucrativos, conforme se percebe da leitura do artigo 18³⁸⁸ da Lei n. 9.635, de 15 de maio de 1998, que dispõe, dentre

³⁸⁶ Art. 1.º - Aquele que, até 22 de dezembro de 2016, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área com características e finalidade urbanas, e que o utilize para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1.º - A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2.º - O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez.

§ 3.º - Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

Art. 2.º - Nos imóveis de que trata o art. 1.º, com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupados até 22 de dezembro de 2016, por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor, a concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma coletiva, desde que os possuidores não sejam proprietários ou concessionários, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1.º - O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§ 2.º - Na concessão de uso especial de que trata este artigo, será atribuída igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os ocupantes, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

§ 3.º - A fração ideal atribuída a cada possuidor não poderá ser superior a duzentos e cinquenta metros quadrados.

³⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*. 32. ed..., p. 632.

³⁸⁸ Art. 18 - A critério do Poder Executivo poderão ser cedidos, gratuitamente ou em condições especiais, sob qualquer dos regimes previstos no Decreto-Lei n. 9.760, de 1946, imóveis da União a:

I - Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades sem fins lucrativos das áreas de educação, cultura, assistência social ou saúde;

II - pessoas físicas ou jurídicas, em se tratando de interesse público ou social ou de aproveitamento econômico de interesse nacional.

§ 1. - A cessão de que trata este artigo poderá ser realizada, ainda, sob o regime de concessão de direito real de uso resolúvel, previsto no art. 7.º do Decreto-Lei n. 271, de 28 de fevereiro de 1967, aplicando-se, inclusive, em terrenos de marinha e acrescidos, dispensando-se o procedimento licitatório para associações e cooperativas que se enquadrem no inciso II do caput deste artigo.

§ 2.º - O espaço aéreo sobre bens públicos, o espaço físico em águas públicas, as áreas de álveo de lagos, rios e quaisquer correntes d'água, de vazantes, da plataforma continental e de outros bens de domínio da União,

outros assuntos, sobre regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União.

Isso posto, são contemplados, dentre outros instrumentos jurídicos, no ordenamento jurídico múltiplas formas de outorgas administrativas de uso, sempre com vistas ao interesse público subjacente. Ora essas outorgas possuem natureza de direito real (concessão de direito real de uso e concessão especial de uso), ora natureza de direito pessoal (cessão de uso). Ao fim e ao cabo, buscam a transmutação da gestão dominial defronte às circunstâncias situacionais do caso concreto.

4.5.6 A discricionariedade nas outorgas de uso privativo de bem público: como se deve entendê-la à luz do Estado Democrático de Direito

O sistema de outorga de uso privativo de bem público, à esteira do falado interesse público, invoca, grande parte das vezes, a discricionariedade para conceder ou não a outorga. Entendeu-se, desde muito tempo, discricionariedade como o juízo avaliativo que a Administração Pública levava a efeito a fim de autorizar ou não a prática de certo ato jurídico (leia-se: ato administrativo). Ao lado do poder vinculado, denominou-se poder discricionário, na medida em que, perante as situações da vida, a Administração poderá adotar esta ou aquela solução, de modo que qualquer uma delas será válida perante o ordenamento jurídico. É seu juízo exclusivo, o que não se confunde com arbitrariedade (*contra legis*), já que possui assento na lei.

Como decorrência lógica da complexidade social, a discricionariedade advém da inviabilidade, sobretudo sob o viés positivista, de o legislador prever todas as situações fáticas que possam ocorrer na prática. É o espaço deixado pelo legislador, especialmente:

- a) quando a lei expressamente a confere à Administração, como ocorre no caso da norma que permite a remoção *ex officio* do funcionário, a critério da Administração, para atender à conveniência do serviço;
- b) quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico;
- c) quando a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada; exemplos dessa hipótese encontram-se em matéria de poder de polícia, em

insusceptíveis de transferência de direitos reais a terceiros, poderão ser objeto de cessão de uso, nos termos deste artigo, observadas as prescrições legais vigentes.

§ 3.º - A cessão será autorizada em ato do Presidente da República e se formalizará mediante termo ou contrato, do qual constarão expressamente as condições estabelecidas, entre as quais a finalidade da sua realização e o prazo para seu cumprimento, e tornar-se-á nula, independentemente de ato especial, se ao imóvel, no todo ou em parte, vier a ser dada aplicação diversa da prevista no ato autorizativo e conseqüente termo ou contrato.

que é impossível à lei traçar todas as condutas possíveis diante de lesão ou ameaça de lesão à vida, à segurança pública, à saúde.³⁸⁹

Essas hipóteses supostamente retratam, ao fim e ao cabo, margem de liberdade para que o administrador aja de acordo com o interesse público frente o caso concreto.

É verdade que, à medida que o princípio da legalidade veio a ser ressignificado frente à modificação do Estado, de absoluto-policial a Democrático de Direito, a discricionariedade administrativa também o foi. Di Pietro assim estabelece:

Em resumo, estamos muito longe da discricionariedade entendida como poder político, própria do Estado de Polícia e herdada, parcialmente, no primeiro período do Estado de Direito. A discricionariedade, vista como poder político (porque limitada pela lei) foi sofrendo reduções por vários fatores: pela inclusão dos atos normativos do Poder Executivo no conceito de legalidade; pela elaboração pretoriana da teoria do desvio de poder e da teoria dos motivos determinantes; pela chamada constitucionalização do direito administrativo, entendida no sentido de inclusão de princípios e valores no conceito de legalidade, em sentido amplo; pela interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas, como decorrência de outro aspecto da constitucionalização do direito administrativo: o reconhecimento de um mínimo de efetividade às normas constitucionais que garantem os direitos sociais, como essenciais à dignidade da pessoa humana.³⁹⁰

A constitucionalização do direito administrativo conduz a uma interpretação e aplicação da discricionariedade administrativa que, aparentemente, implicaria insegurança jurídica, em especial pelo fato de as normas constitucionais serem dotadas, não raras as vezes, de vagueza conceitual. O que, na prática, pode vir a causar erosão do princípio da legalidade se utilizada como simulacro para atender interesses espúrios, sobretudo da classe dominante.³⁹¹

Na atual quadra do Estado Democrático de Direito tem-se que considerar a discricionariedade administrativa como a aptidão de escolha das hipóteses de atuação, rente às situações fáticas, conforme a análise do direito em conjunto, e não somente a lei em sentido estrito. Contudo, para que não recai em subjetivismo, ou seja, a fim de que o operador do direito não conduza a sua atividade jurídica de acordo com a sua consciência (sujeito solipsista), inclusive com a adoção do pretense juízo de ponderação, há de se criar uma resposta adequada aos ditames constitucionais. Na verdade, não é a única resposta, mas uma resposta, que mantenha a coerência e a integridade do direito, e de modo fundamentado, isto é, enfrentando os argumentos favoráveis e contrários extraídos do contexto fático-jurídico. É decidir

³⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 223.

³⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo*. São Paulo, SP: Editora Atlas, pp. 169-188, 2010, p. 181.

³⁹¹ MADALENA, Luis Henrique Braga Madalena. A erosão da legalidade e a discricionariedade administrativa. *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. Organizador: Lenio Luiz Streck. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, pp. 257-276, 2019.

considerando especialmente os meios para alcançar certo resultado. Alfim, compreender, interpretar e aplicar o direito caracterizam-se como procedimento intersubjetivo, democrático, que não poderá recair exclusivamente sobre vontade individual de quem quer que seja. É preservar a autonomia do direito.

Portanto, considerar a discricionariedade da forma proposta não é esvaziar a legalidade nem dela fazer letra morta. Tampouco vem a atingir eventual moralidade. O que não se deve é levar a efeito decisões que firam a autonomia do direito, sob o argumento de decidir conforme a consciência, quando na verdade deveria decidir de acordo com o ordenamento jurídico, mantendo-o íntegro e coerente. Deve-se ter receio, e isso sim é desvirtuamento da legalidade e da moralidade, de administradores inescrupulosos, corruptos, que tratam a coisa pública com desleixo, menoscabo, lesionando o erário e, conseqüentemente, enfraquecendo a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos, pelo fato de se valerem de suposta discricionariedade a favor de si ou de terceiros.

4.6 DA CONCLUSÃO PARCIAL: OS CRITÉRIOS PARA ESCOLHA E SUA INSUFICIÊNCIA DIANTE DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO

Com a obtenção de uma compreensão prévia do fenômeno jurídico denominado loteamento de acesso controlado, restara consignado que se cuida de situação fática na qual o Poder Público outorga ao particular (*in casu*: associação de moradores) o uso privativo de bem público, em especial as vias de acesso às moradas (ruas).

Fala-se em controle na medida em que a outorgada poderá fiscalizar as pessoas que queiram ingressar no seu interior. O acesso não é livre - diga-se, e sim monitorado a partir de critérios por ela definidos ou pela própria Administração. Mas de regra se consigna que o simples identificar já se permite que a pessoa ingresse no interior do referido loteamento.

Dá a entender que a outorga administrativa concedida com esse atuar não recebe o mesmo color de outros títulos jurídicos que venham a conceder a outorga de uso privativo de bem público por particular, isso porque, reitera-se, “uso privativo é o que a Administração Pública confere, mediante título jurídico individual, a pessoa ou grupo de pessoas determinadas, para que o exerçam, com exclusividade, sobre parcela de bem público.”³⁹² Independentemente da variabilidade do conteúdo do uso, seja para fins de ocupação (instalação de banca de jornal ou mesas e cadeiras de bares nos passeios), seja com o intuito de transformação (construção de

³⁹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular...*, p. 29.

hospedaria à beira mar), seja com a finalidade de apropriação (utilização de recursos hídricos), a associação não possui exclusividade no uso, já que o acesso ao interior do loteamento é franqueado as demais pessoas previamente identificadas.

Corroborando com essa ideia, vê-se que na outorga administrativa para instalação de bancas de jornal recai sobre logradouro público. O particular utiliza-se com exclusividade daquela parte do bem público a fim de exercer a venda de jornais e revistas que, ao fim, possui certa utilidade pública. Sobre essa parcela de titularidade pública o particular exerce com exclusividade um ou mais dos atributos da propriedade, de modo a excluir terceiros desse mesmo uso. Inclusive pode valer-se dos meios jurídicos de tutela da posse para defender o seu direito. Enquanto no loteamento de acesso controlado falta-lhe a qualidade do que é exclusivo, na medida em que na essência da outorga admite-se a participação de outrem no uso, desde que previamente identificado. Se ao terceiro foi-lhe negado o acesso, após a adequada identificação, provavelmente o ordenamento jurídico lhe franqueia a utilização de meios processuais com o intuito de obter o acesso ao interior do loteamento.

Nas outorgas administrativas de uso privativo do bem público por particular têm-se a exclusividade no exercício de um dos poderes da propriedade, ao passo que na outorga para controlar o acesso nas vias públicas que compõem o loteamento inexiste essa exclusão. O que se verifica, na prática, é o monitoramento das pessoas que ingressam no seu âmbito, razão pela qual se traz a inquietação se tal controle vem a caracterizar como atribuição indevida a um particular de atividade tipicamente administrativa, sobretudo àquela que diz respeito à fiscalização e ao condicionamento de direitos individuais em favor da coletividade ou do próprio Estado.³⁹³

Em vista disso, as já existentes e tradicionais outorgas administrativas de uso privativo de bem público por particular, em especial a autorização, a permissão e a concessão de uso, não são aptas a responder a contento a possibilidade de a associação de moradores do loteamento de acesso controlado restringir/monitorar o acesso de pessoas em seu âmbito, tendo em vista a falta de exclusividade. O que pode vir a caracterizar seria uma nova espécie de outorga jurídica rente à ausência de encaixe nas já conhecidas no ordenamento jurídico. O caso não pressupõe

³⁹³ Art. 78 - Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais e coletivos.

Parágrafo único - Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder. (Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966).

uso exclusivo, e sim uso controlado por um particular, que, em linha de princípio, poderia ser só da atividade (de controle) meio, e não fim, nos moldes previamente tracejados pela Administração Pública autorizante.

5 DA PRODUÇÃO DE EFEITOS JURÍDICOS DO LOTEAMENTO DE ACESSO CONTROLADO DE FATO DENOMINADO ‘CONDOMÍNIO PORTO SEGURO’, LOCALIZADO NO MUNICÍPIO DE INHUMAS-GO

A contemporaneidade impõe constantemente o estabelecimento de relações sociais. Estas relações acabam por gerar efeitos jurídicos. Embora seja difícil cindir os fatos do direito, na medida em que a situação fática quase sempre acarreta efeitos jurídicos, às vezes se depara com fatos que não possuem eficácia jurídica. São simplesmente fatos, sem qualquer adjetivação.

Certamente, do caso exemplar não se pode cindir os fatos do direito. Da situação circunstancial, isto é, da conduta humana levada a efeito e ao cabo irradiam consequências, tendo em vista o ordenamento jurídico brasileiro. Consequências essas que devem ser efetivadas no nível social.

Neste tópico, então, cuidará das “consequências (= efeitos) imputadas pelas normas jurídicas ao fato jurídico”³⁹⁴, o que vem a denominar-se como eficácia jurídica. Não se descuidará da eficácia do direito, a qual “por sua vez, é usada na literatura jurídica, predominantemente, para designar a efetiva realização da norma jurídica no meio social a que se destina, referindo-se à circunstância de se tornarem realidades aquelas consequências por ela imputadas, hipoteticamente, ao fato jurídico.”³⁹⁵ Com isso, a entrada do fato ora denominado condomínio de acesso controlado de fato no mundo jurídico acarreta efeitos jurídicos, já que invariavelmente a vida social estabelece interações entre as pessoas e, para alguns, entre pessoas e objeto, tal como parte da doutrina defende nos direitos reais. São as relações jurídicas, cujo assentamento dá-se nas interações interpessoais, sobre as quais incidem as normas, criando, alfim, situações jurídicas, ou seja, direitos, ônus, deveres, obrigações etc.

5.1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O PARCELAMENTO DO SOLO URBANO NO MUNICÍPIO DE INHUMAS-GO

Os dados ora trazidos a este trabalho foram extraídos do livro fruto da dissertação deste autor intitulada “da resignificação do instituto do parcelamento do solo rural a partir da

³⁹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 20.

³⁹⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico ...*, p. 20.

constitucionalização prospectiva do direito agrário”³⁹⁶, na qual, dentre o período de 2007 a 2017, procurou extrair os sentidos emprestados ao parcelamento rural em determinado contexto, chegando à conclusão de que “o parcelamento do solo rural levado a efeito e ao cabo no Município de Inhumas no período descrito caracteriza como exercício dos atributos da titularidade proprietária nos moldes propostos no seio do individualismo, patrimonialismo e voluntarismo do Estado Liberal [...]”³⁹⁷, o que acabaria por afastar, de regra, interesses de terceiros, reforçando a visão egoística de titularidade proprietária. Cuidou-se da terra como situação jurídica patrimonial, eis que tratada exclusivamente como mercadoria.³⁹⁸ Ela passa a ser meio necessário à circulação de riquezas, e não ao desenvolvimento da personalidade da pessoa humana.

Embora a obra em questão venha a cuidar do parcelamento do solo rural, é de se destacar, segundo metodologia adotada, que o imóvel rural era, por meio da pertinente lei municipal, inserido na zona de expansão urbana ou até mesmo na zona urbana, para fins de parcelamento e de estrita observância dos ditames da Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei n. 6.766/79). Com efeito, extraem-se os seguintes dados:

Então, surgiram, como consequência do parcelamento do solo rural no período em questão, 24 (vinte e quatro) loteamentos, dando ensejo a 8.669 (oito mil, seiscentos e sessenta e nove) novas matrículas. Entende-se por *matrícula* o *lócus* em que se descreve e caracteriza o imóvel, seja no aspecto objetivo, seja no aspecto subjetivo, de sorte que, por força do princípio da unitariedade, em cada matrícula só pode haver um imóvel (AUGUSTO, 2013, p. 232). Em termos mais diretos, surgiram 8.669 (oito mil, seiscentos e sessenta e nove) novos imóveis urbanos.

Desses 24 (vinte e quatro) loteamentos, são 18 (dezoito) loteadores, ora pessoas naturais, ora pessoas jurídicas. E das pessoas jurídicas constituídas para esse fim, há em duas *de nomes diferentes* a mesma pessoa natural no quadro societário, considerado como sócio que alavanca os recursos para a elaboração da infraestrutura necessária a tanto, ao passo que o outro é o titular proprietário. Essa é a regra desse tipo de empreendimento na referida localidade.

³⁹⁶ CARMO JÚNIOR, Marcos Antônio do. *Da resignificação do instituto do parcelamento do solo rural a partir da constitucionalização prospectiva do direito agrário: uma análise no Município de Inhumas-GO de 2007 a 2017*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

³⁹⁷ CARMO JÚNIOR, Marcos Antônio do. *Da resignificação do instituto do parcelamento do solo rural a partir da constitucionalização prospectiva do direito agrário ...*, p. 135.

³⁹⁸ “[...] trabalho, terra e dinheiro são elementos essenciais da indústria. Eles também têm que ser organizados em mercados e, de fato, esses mercados formam uma parte absolutamente vital do sistema econômico. Todavia, *o trabalho, a terra e o dinheiro não são mercadorias*. O postulado de que tudo o que é comprado e vendido tem que ser produzido para a venda é enfaticamente irreal no que diz respeito a eles. Em outras palavras, de acordo com a definição empírica de uma mercadoria, eles não são mercadorias. Trabalho é apenas um outro nome para a atividade humana que acompanha a própria vida que, por sua vez, não é produzida para venda, mas por razões inteiramente diversas, e essa atividade não pode ser destacada do resto da vida, não pode ser armazenada ou mobilizada. *Terra é apenas outro nome para a natureza que não é produzida pelo homem*. Finalmente, o dinheiro é apenas um símbolo do poder de compra e, como regra, ele não é produzido mas adquire vida através do mecanismo dos bancos e das finanças estatais. Nenhum deles é produzido para a venda. *A descrição do trabalho, da terra e do dinheiro como mercadorias é inteiramente fictício*. (POLANYI, Karl. *A grande transformação: a origem da nossa época*. Tradução de Fanny Wrabel. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 94, grifo do autor).

Há ainda 2 (dois) loteamentos em que o Município de Inhumas é o loteador, quais sejam, Polo do Vestuário de Inhumas e Polo Empresarial do Sabor, nos quais o citado município outorgou gratuitamente às titularidades proprietárias aos empresários e às sociedades empresárias que exercessem a atividade relacionada ao objeto do loteamento, com vistas a levar ao cabo o desenvolvimento econômico e social do município.

Esses imóveis rurais, de acordo com a classificação ora levada a efeito, foram inseridos previamente na área urbana (perímetro urbano) ou na área de expansão urbana para fins de incidência dos termos e disposições da Lei n. 6.766/79. Exemplo claro disso foi a edição da Lei municipal n. 2.803, de 6 de janeiro de 2011, que incluiu imóveis rurais na zona urbana ou de expansão urbana, dando ensejo aos seguintes loteamentos: Residencial Portal de Inhumas I, II, III e IV, Residencial Raiza, Residencial Vivendas San Marino, Residencial Solar Park Boa Vista, Residencial Solar Park Maria de Lourdes e Residencial Clotildes Essado. Em relação a este último, o imóvel rural que lhe dera origem (matrícula n. 11.355) foi objeto de desmembramento do solo rural, inclusive com prévia oitiva do INCRA (autorização 06/2014 emitida pela Superintendência Regional do INCRA no Estado de Goiás), dando ensejo a duas novas matrículas, quais sejam, 25.905 e 25.906, certo de que a primeira (25.905) permaneceu como imóvel rural (sítio de recreio, embora na zona de expansão urbana) e com a dimensão abaixo da fração mínima do parcelamento - *de acordo com a autorização acima referida* -, e a segunda foi objeto de loteamento denominado, repita-se, Residencial Clotildes Essado. Tanto o titular do sítio de recreio como o sócio principal do loteador do residencial em questão são a mesma pessoa.

Peculiaridade interessante decorre da matrícula que dera origem ao Residencial Palmeira, a matrícula originária de n. 4.743 era de titularidade de um casal. Este casal veio a divorciar e, como objeto de partilha, cada um ficou com um percentual desse imóvel rural. A parte que coube à divorciada foi objeto de loteamento, dando ensejo ao surgimento de 457 (quatrocentos e cinquenta e sete) novos lotes, certo de que na sociedade constituída para lotear, a divorciada consta como sócia mediante a integralização do capital social feita com o referido imóvel. O remanescente do imóvel rural, parte que coube ao divorciado, permanece ainda como imóvel rural, com o recolhimento do imposto territorial rural e com a devida inscrição no cadastro de imóvel rural, porém, por força da Lei municipal n. 2.803/11, se encontra inserido na zona urbana, a despeito das exigências descritas no art. 32, §1.º, do CTN.

[...]

Os loteamentos Solar Park Monte Carlo, Residencial Raiza, Portal de Inhumas I, II, III e IV, Residencial Atlântico Sul, Residencial Atlântico Norte, Residencial Vivendas San Marino, Solar Park Maria de Lourdes, Residencial Clotildes Essado e Residencial Solar Park Boa Vista não tiveram nenhum negócio jurídico cujo registro foi levado ao cabo no Registro de Imóveis de Inhumas. Em termos mais diretos, são 5.617 (cinco mil, seiscentos e dezessete) matrículas cujos proprietários sejam os loteadores, certo de que, à margem das matrículas, não nenhum direito real de aquisição registrado ou averbado.

Vale dizer, de acordo com dados estatísticos extraídos do sítio do IBGE, que a população estimada para o Município de Inhumas no ano de 2018 é de 52.465 (cinquenta e dois mil, quatrocentos e sessenta e cinco) pessoas, certo de que no último censo (2010) era de 48.264 (quarenta e oito mil, duzentos e sessenta e quatro) pessoas. A última pesquisa conduzida pelo referido instituto, que se deu no ano de 2010, que se prestou a analisar as características da população e dos domicílios, apurou que, num universo de 15.303 (quinze mil, trezentos e três) domicílios, 3.726 (três mil, setecentos e vinte e seis) domicílios (imóveis) eram alugados e 1.488 (mil, quatrocentos e oitenta e oito) cedidos. A grande parte (13.519), ressaltou-se, dos domicílios eram ocupadas por duas ou mais pessoas.

Por fim, na Serventia Imobiliária do Município de Inhumas existem, atualmente, em torno de 33.235 (trinta e três mil, duzentos e trinta e cinco) matrículas inseridas no sistema, além disso há transcrições e matrículas nos livros físicos que ainda não foram

transferidas para o sistema, certo de que transcrições há 21.024 e em torno de 30% (trinta por cento) não foram inseridas no sistema.³⁹⁹

Com esse recorte temporal realizado (2007 a 2017), buscou demonstrar que o Poder Público direta ou indiretamente tratava a terra apenas como situação jurídica patrimonial, descurando-se dos modos de expressão (criar, fazer e viver) das pessoas quando perante ela estivesse. Quer dizer que a terra deveria também ser tratada pelo Poder Público como mecanismo a serviço da vida. Instrumento de acesso/implemento dos preceitos constitucionais, isto é, como situação jurídica existencial.

É importante demonstrar esse modo de proceder do município em questão, que, com certa frequência, vem a repetido em outros municípios existentes no território brasileiro. O tratar a terra como situação jurídica patrimonial, descurando da implementação ou da observação de situações jurídicas existenciais, é a realidade, sobretudo quando se deixa de realizar a manutenção e conservação das vias e espaços públicos, a coleta de lixo, implementação de rede de esgoto, rede elétrica e coleta de água fluvial e pluvial. Esses serviços dialogam com determinados direitos, tais como o de moradia e o de saneamento básico, os quais, na essência, dizem respeito às situações jurídicas existenciais.

Após 2017, houve ainda o registro de dois loteamentos, especificadamente no ano de 2020, quais sejam, Residencial Vale Azul III e Residencial Alvorada. O primeiro possui a área total de 81.422,98m² (oitenta e um mil, quatrocentos e vinte e dois vírgula noventa e oito metros quadrados), englobando a abertura de 187 (cento e oitenta e sete) novas unidades imobiliárias destinadas à alienação, enquanto o segundo tem a área total de 56.264,00m² (cinquenta e seis mil, duzentos e sessenta e quatro metros quadrados), dando ensejo a 134 (cento e trinta e quatro) novas unidade imobiliárias vocacionadas à alienação. Afora essas unidades imobiliárias, nos aludidos loteamentos existiram áreas destinadas a equipamentos institucionais, ao espaço verde e ao sistema viário, conforme se depreende, respectivamente, dos Decretos municipais ns. 215, de 25 de setembro de 2020, e 226, de 22 de outubro de 2020.

Por fim, em 30 de janeiro de 2023, por meio do Decreto n. 20, o município de Inhumas-GO veio a aprovar loteamento de acesso controlado denominado Residencial Bosque das Águas, encerrando a quantidade de 90 (noventa) novas unidades imobiliárias, afora áreas destinadas ao espaço verde, institucional e ao sistema viário. O ideário do município consiste, tão somente - de acordo com a terminologia adotada na legislação de regência -, no resguardo da segurança dos seus residentes, às expensas destes e sem a contraprestação do Poder

³⁹⁹ CARMO JÚNIOR, Marcos Antônio do. *Da resignificação do instituto do parcelamento do solo rural a partir da constitucionalização prospectiva do direito agrário ...*, pp. 123-129.

Público,⁴⁰⁰ embora em outros dispositivos venha a resguardar ou exigir elementos ínsitos a uma morada em consonância com os preceitos constitucionais.⁴⁰¹ Ao fim e ao cabo, o município, com a referida legislação, demonstra que está por diminuir seus encargos sociais e, talvez, políticos, repassando ao particular obrigações e deveres que lhe cabem originariamente, ainda mais num Estado no qual a cada dia que passa os bens e valores que ingressam nos cofres públicos não são suficientes para o cumprimento de suas principais funções. Não rara as vezes, a atividade normalmente desenvolvida pelo Estado resta por prejudicada rente à ausência de recursos.

Portanto, o parcelamento do solo no município de Inhumas, de acordo com o recorte realizado, mantivera de regra a terra como situação jurídica patrimonial. O caráter mercadológico prevalecia prévia e abstratamente sobre o aspecto existencial da terra. A especulação imobiliária preponderava e ainda prepondera. Com a regulamentação do loteamento de acesso controlado, a despeito de algumas atecnias na legislação, o Poder Público municipal reconheceu, direta ou indiretamente, outros aspectos inerentes ao direito de moradia, que, certamente, não se reduz ao simples habitar, e sim ao habitar com determinadas adjetivações, tais como saneamento básico, segurança, coleta de água pluvial e conservação de

⁴⁰⁰ A Lei municipal n. 3.334, de 20 de junho de 2022, que estabelece normas urbanísticas para instituição, aprovação e implantação de loteamento de acesso controlado no município de Inhumas e dá outras providências, estabelece o seguinte:

[...]

Art. 5.º - O controle de acesso ao loteamento objetiva, tão somente, a segurança dos moradores locais, às suas expensas e sem ônus ao Município.

Art. 6.º - O controle de acesso ao loteamento não poderá prejudicar ao direito de ir e vir dos munícipes, garantido constitucionalmente, observadas as Regras do Regulamento Interno da Associação de Moradores.

Art. 7.º - É vedado o impedimento de acesso aos não residentes, pedestres ou condutores de veículos, permitida a exigência de identificação e cadastro.

⁴⁰¹ Art. 51 - A onerosidade de permissão de bem público consiste:

I - na obrigatoriedade de manutenção, conservação e limpeza das áreas públicas permissionadas;

II - na manutenção do paisagismo da área interna ao núcleo fechado, inclusive da faixa de área externa, contígua ao elemento de fechamento dos núcleos;

III - na implantação e manutenção da sinalização horizontal e vertical de trânsito e de orientação interna do núcleo fechado;

IV - na coleta e segregação dos resíduos sólidos nas vias internas do loteamento de acesso controlado e no acondicionamento adequado na entrada do loteamento, conforme normas pertinentes, para posterior coleta pelo serviço público de limpeza urbana;

V - na guarda de acesso às áreas fechadas do loteamento e na vigilância das áreas comuns internas, que podem ser controladas por meio de implantação de circuito interno de vigilância;

VI - na responsabilidade pelo consumo de energia elétrica decorrente da iluminação das áreas de acesso restrito, por parte dos proprietários, incluindo tarifa residencial;

VII - na responsabilidade do loteador ou associação que represente os moradores à manutenção e ao custeio das despesas com as áreas públicas permitidas em uso especial;

VIII - na manutenção de um serviço de limpeza geral conectado com o serviço de coleta de lixo público;

IX - na obrigatoriedade de promover a urbanização e conservação das vias públicas, inclusive arborizadas.

§ 1.º - A manutenção e limpeza dos imóveis não edificados internos ao núcleo fechado são de responsabilidade de seus permissionários.

[...]

áreas públicas. São situações qualificativas descumpridas reiteradamente pelo Poder Público como um todo, na medida em que, ainda que seja um Estado interventor, se depara com uma escassez de recursos públicos, de modo a não conseguir fazer frente a tais despesas/manutenções.

5.2 DAS PECULIARIDADES FÁTICO-JURÍDICAS DO LOTEAMENTO EM QUESTÃO

De acordo com o demonstrado no início, o loteamento que serve como caso paradigmático possui a essência de loteamento comum, regido pela Lei n. 6.766/79, porém, desde a sua origem ou precisamente desde o seu registro, parte do seu perímetro é cercado de fato, cujo acesso ao seu interior é controlado pela associação de seus moradores.

O cercamento e, como consequência, o controle de acesso perduram-se há mais de 15 (quinze) anos, o que, por si só, pressupõe, à vista de terceiros ou dos próprios moradores, a impressão de se cuidar de uma situação consolidada, na medida em que é de se esperar, seja do particular, seja do Poder Público, a ausência de mudança abrupta de conduta ainda que de atos supostamente contrários à lei.

Não bastasse o cercamento, com o controle de acesso, no seu âmbito houve melhoramentos levados a efeito pelos moradores, vindo a demonstrar a inoperância do Poder Público municipal diante das atividades que lhe cabem. Pode-se dizer que no referido período houve, pelos moradores, a efetiva implementação do saneamento básico⁴⁰², já que o tratamento

⁴⁰² A Lei n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis ns. 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1.995, e revoga a Lei n. 6.528, de 11 de maio de 1978, dispõe o seguinte:

Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - saneamento básico: conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de:

a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e seus instrumentos de medição;

b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias à coleta, ao transporte, ao tratamento e à disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até sua destinação final para produção de água de reuso ou seu lançamento de forma adequada no meio ambiente;

c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: constituídos pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais de coleta, varrição manual e mecanizada, asseio e conservação urbana, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbana; e

d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: constituídos pelas atividades, pela infraestrutura e pelas instalações operacionais de drenagem de águas pluviais, transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas, contempladas a limpeza e a fiscalização preventiva das redes;

[...]

do esgoto e dos excrementos, de acordo com aprovação inicial do loteamento ocorria por meio de fossas sépticas, as quais não devidamente alocadas acabam por poluir o lençol freático. Assim, no referido loteamento houve, em substituição do sistema de fossas sépticas, a instalação de rede de coleta de esgoto e rede de drenagem urbana, assim como a alocação de galeria de coleta de água pluvial.

Acrescente-se ainda que houve a feitura de um novo asfaltamento, demonstrando a conservação e a manutenção das vias cercadas. A assunção do serviço de coleta de lixo na parte interna, as despesas com a manutenção e conservação da iluminação pública, sem prejuízo de eventual contribuição de iluminação pública que houver.

O que se percebe com a assunção dessas atividades por parte dos moradores, perante a inércia do Poder Público municipal, é a proteção imediata do meio ambiente. Contribui para a adequada manutenção da cidade, e bem assim para uma melhor qualidade de vida. Afora um viés econômico, já que existe desoneração dos gastos públicos, de modo que é possível a destinação da verba a outras atividades estatais. Caracteriza-se, portanto, como equilíbrio entre situação jurídica patrimonial (desoneração) com a situação jurídica existencial (qualidade de vida advinda da proteção do meio ambiente).

É importante ressaltar que o cercamento não veio a abranger espaços edificáveis pertencentes ao município, sobretudo aqueles destinados às áreas institucionais, vez que estão destinados ao uso especial. Dentro do cercamento consta uma área verde, a qual é objeto de constante manutenção por parte da associação, evitando assim a degradação através de agentes poluidores. Na verdade, a realidade imobiliária demonstra que a área verde no projeto de loteamento corresponde apenas a destinação de parte da gleba maior a ser loteada, sem realmente se caracterizar como um “colorido e plasticidade ao meio urbano [...] além de atenuação de ruídos, da fixação e retenção do pó, da reoxigenação do ar (como as áreas verdes), de oferecer frescura e projetar sombras, embeleza-as.”⁴⁰³ Ao pedaço de terra marrom - diga-se, do qual se denominou no projeto de loteamento de área verde, os moradores vieram a arborizar, atribuindo a funcionalização devida, qual seja, de reoxigenação do ar, assim como decorativa.

Portanto, perante essas situações circunstanciais relatadas conduzidas pela associação de moradores do loteamento de acesso controlado de fato, extraímos consequências jurídicas reveladoras de um bom funcionamento do ordenamento jurídico, sobretudo o que diz respeito ao adequado direito de moradia, ao meio ambiente saudável, à segurança da população e,

⁴⁰³ SILVA, José Afonso da Silva. *Direito urbanístico brasileiro...*, p. 311.

inclusive, a diminuição dos gastos públicos. Pode-se considerar esse núcleo como instrumento concretizador dos preceitos constitucionais.

5.3 DO PROCEDIMENTO AQUISITIVO DAS UNIDADES IMOBILIÁRIAS: UMA ANÁLISE À LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA DOS ADQUIRENTES

O ordenamento jurídico deve-se ser maleável o suficiente a fim de se adequar aos fatos sociais. A aparência, isto é, o aspecto exterior do mundo fático, é apta, rente a determinadas situações, sobretudo aquelas que perduram no tempo, a flexibilizar as normas jurídicas. O ordenamento jurídico, como exposto, é dotado de certa porosidade, o que ganha contornos de relevância ao tensionar a aparência do direito com os fatos sociais. Extrai-se, a título de exemplo, do direito das famílias o casamento putativo, no qual ao menos um dos cônjuges contrai o matrimônio desconhecendo o impedimento que o torna nulo ou o celebra nas hipóteses de anulabilidade, de modo que, em relação a esse que desconhecia tal fato, o fato jurídico em questão produz os efeitos estabelecidos no ordenamento jurídicos como se válido fosse. É a proteção ao indivíduo de boa-fé. São exemplos desse tensionamento entre a aparência do direito e os fatos sociais o caso do funcionário de fato e bem assim do herdeiro e do domicílio aparentes.

Essa concepção que busca atribuir confiança às relações jurídicas intersubjetivas. Nos dizeres de Soares, ao enfrentar o referido tensionamento, denominando o caso ora exemplar de condomínio de fato, assim descreveu:

A aparência analisada sob a ótica dos condomínios irregulares vai revelar-se através da sua acepção ilusória, eis que, a sua forma exterior induzirá a se acreditar que determinadas vias ou logradouros públicos, não são em realidade públicos e sim de ordem privada, vistos como verdadeiros condomínios horizontais. A noção jurídica da aparência está harmonizada com os aplicadores que constituem a teoria da aparência, ou seja: a) que uma situação de fato seja visível aos olhos de terceiros como situação de direito; b) que a situação de fato seja ostensiva, embora sua análise estrutural nos revele que a realidade jurídica é outra; c) que possa como consequência ser anulada sem prejuízo de terceiros gerando responsabilidade civil. O valor indicativo dos fatos ostensivos se acha preso nos seus defeitos. A vista de certas circunstâncias, podemos acreditar que a realidade de um direito (por exemplo a propriedade, o condomínio) não é mera imaginação, e diante disso, acarretar tamanhas consequências que poderiam vir a prejudicar terceiros de boa-fé, como a hipótese de um locatário de um determinado lote que pensando morar em um condomínio, paga a contribuição mensal a título de rateio de despesas, por ignorar que o proprietário do imóvel alugado não seja participante da associação de moradores da localidade.⁴⁰⁴

⁴⁰⁴ SOARES, Danielle Machado. *Condomínio de fato...*, p. 88.

Destaque-se que os adquirentes de imóveis inseridos dentro do perímetro cercado de fato passaram a contribuir para a manutenção das despesas de limpeza, segurança, energia e água, conservando, ao final, o sistema viário como se titulares proprietários fossem, na medida em que confiam na situação fática espelhada. É de se ressaltar, ainda, que, à semelhança do disposto no artigo 1.345⁴⁰⁵ do Código Civil, constava nos atos notariais (escrituras públicas de alienação) certidão expedida pelo presidente da Associação de Moradores constando a ausência de débitos para com esta. Débitos esses relativos às despesas com o loteamento de acesso controlado de fato.

Esse complexo de situações circunstanciais dava e dá ensejo a crença de que se cuida de uma situação de direito. Situação essa condizente com os preceitos do ordenamento jurídico. Fato esse que ganha colorido especial ao trazer a mente o fato de o Estado brasileiro ser claramente inoperante no cumprimento de parte de suas obrigações, especialmente aquelas que dizem respeito à segurança.

Os titulares proprietários, assim como os novos adquirentes, são de boa-fé, o que se reforça com o fato de o cercamento ter-se operado pelo loteador, e não por conta e risco dos moradores. O Município, a seu turno, tornou-se inerte com os fatos. Talvez os considerou convenientes, na medida em que se exime de determinadas responsabilidades. Por isso que ao Poder Público também se deve aplicar a boa-fé na feição objetiva, inclusive em sua tríplice função (interpretativa, de controle e integrativa). Quer dizer como regra de conduta: leal, proba e honesta. Com esse sentido:

Isto significa que o Poder Público deve ser coerente em suas condutas e, se propiciou ao administrado a segurança de que ele poderia praticar determinado ato ou ter determinada conduta porque ao ver do Estado estaria correta, não pode de modo abrupto e incoerente com a sua conduta anterior modificar seu entendimento em detrimento do administrado.

Na literatura jurídica alemã existe entendimento que aplica à Administração o instituto da *Verwirkung* - uma espécie de “decadência”, de “renúncia tácita”, causa extintiva de direito -, como decorrência da cláusula geral de boa-fé objetiva, que impede a Administração de praticar um ato, se for incompatível com o que praticara anteriormente relativamente ao mesmo administrado.

Essa proibição de *venire contra factum proprium*, que nasceu do direito privado, impõe-se à Administração porque decorre diretamente do Texto Constitucional, pois agindo contra seus próprios atos a Administração viola os princípios da segurança jurídica (CF 1.º, 5.º, *caput* e XXXVI), da solidariedade (CF 3.º, I), da legalidade e da moralidade administrativa (CF 37 *caput*).⁴⁰⁶

⁴⁰⁵ Art. 1.345 - O adquirente de unidade responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio, inclusive multas e juros moratórios.

⁴⁰⁶ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*, volume I, tomo I: teoria geral do direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 583-584.

De modo idêntico que se exige do particular o agir de modo escorreito, probo, honesto, deve-se exigir esse portar da Administração Pública. Porventura, se esta vier a atuar em determinado sentido, mormente perdurando no tempo tal modo de se conduzir e criando legítima confiança em terceiros, inconcebível impor a estes direitos e obrigações decorrentes da mudança abrupta de comportamento. O Poder Público deve ser coerente nas suas condutas, sejam comissivas, sejam omissivas, sob pena de implicar malversação do princípio da igualdade.⁴⁰⁷

Portanto, chega-se à conclusão de que o procedimento como se dava à aquisição das unidades imobiliárias dentro do loteamento de acesso controlado de fato, em especial com a remissão à certidão no ato notarial de ausência de débitos perante a Associação de Moradores, criava a legítima expectativa de a situação fática ser condizente com o ordenamento jurídico, sendo reforçada (expectativa) com a efetiva, periódica e posterior contribuição para a manutenção e conservação dos logradouros públicos que, aos olhos dos particulares, eram bens particulares ou, na pior das hipóteses, bens cujo uso exclusivo foi outorgado pelo titular proprietário (*in casu*, Município). Eis a boa-fé.

5.4 O TEMPO DO CERCAMENTO FÁTICO COMO FATO SOCIAL A SER PROTEGIDO SOB A PERSPECTIVA DA SEGURANÇA JURÍDICA⁴⁰⁸

O tempo, sobretudo o seu decurso, é fenômeno inexorável. O tempo exerce influência nas relações jurídicas, na medida em que nada é dotado de eternidade. Por isso não condiz com os preceitos constitucionais a manutenção *ad aeternum* de relações jurídicas pendentes, sob pena de trazer insegurança jurídica. A sociedade exige um mínimo de estabilização nas relações jurídicas, motivo pelo qual existem institutos jurídicos tais como a prescrição, decadência, preclusão, vinculação aos precedentes, proibição do *venire contra factum proprium*, proteção à confiança legítima, usucapião, coisa julgada, direito adquirido, dentre outros que, ao fim e ao cabo, visam a evitar surpresas no agir.

O transcorrer do tempo traz a reboque a necessidade de segurança nas relações ora travadas, isto é, previsibilidade nas atuações das pessoas, a fim de assegurar a ordem e a paz

⁴⁰⁷ PÉREZ, Jesús Gonzáles. *El principio general de la buena fé en el derecho administrativo*, 4. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2004, p. 222.

⁴⁰⁸ Embora seja comum no âmbito doutrinário distinguir a segurança jurídica no aspecto objetivo (previsibilidade das normas jurídicas), bem como no aspecto subjetivo (confiança do administrado), não adotará expressamente esse posicionamento. Contudo, ressalte-se, que o aspecto que mais se enquadra ao caso exemplar é o da segurança sob o viés subjetivo, na medida em que a boa-fé, seja sob o aspecto subjetivo, seja sob o prisma objetivo, dos adquirentes ganha maior colorido rente aos fatos sociais.

social. O que se busca é a manutenção do *status a quo* com o intuito de impedir mudanças repentinas no atuar do particular ou do Poder Público, ainda que a conduta originária seja supostamente ilegal, mas quem a conduz é de boa-fé e sobre ela incide determinada confiança adjetivada de legítima. Tendo como pano de fundo o Estado Democrático de Direito, Barroso estabelece que:

[...] a ordem jurídica gravita em torno de dois valores essenciais: a segurança e a justiça. Para realizar a justiça, tanto material como formal, preveem-se diferentes mecanismos, que vão da redistribuição de riquezas ao asseguramento do devido processo legal. É para promovê-la que se defende a supremacia da Constituição, o acesso ao Judiciário, o respeito a princípios como os da isonomia e o da retroação da norma punitiva mais benéfica. A segurança, por sua vez, encerra valores e bens jurídicos que não se esgotam na mera preservação da integridade física do Estado e das pessoas. Ab-rogam-se em seu conteúdo, ao contrário, conceitos fundamentais para a vida civilizada, como a continuidade das normas jurídicas, a estabilidade das situações anteriormente controvertidas. Em nome da segurança jurídica, consolidaram-se institutos desenvolvido historicamente, com destaque para a preservação dos direitos adquiridos e da coisa julgada. É nessa mesma ordem de ideias que se firmou e difundiu o conceito de prescrição (*e da decadência, por idêntico*), vale dizer, da estabilização das situações jurídicas potencialmente litigiosas por força do decurso do tempo.⁴⁰⁹ (grifo do autor)

O transcurso de tempo, e no caso exemplar o de mais de 15 (quinze) anos, aliado à boa-fé dos adquirentes, são situações jurídicas capazes de estabilizar a relação jurídica derivada do cercamento de fato. Os adquirentes confiaram, ao celebrarem o respectivo negócio jurídico, nos fatos ali demonstrados e visualizados *in loco*, o que se confirma com o vertimento das contribuições para a manutenção e conservação das áreas públicas. O intuito da segurança jurídica consiste na estabilização das relações jurídicas, e bem assim na manutenção da ordem e paz social.

A proteção da confiança dos adquirentes, parte integrante do núcleo da segurança jurídica, dá-se pela inércia do Poder Público em contestar/impugnar o cercamento de fato realizado pelo loteador, pelo que se pode dizer que inexistente, como estado anímico, má-fé por parte deles. Ao contrário, há boa-fé, inclusive no viés objetivo, tendo em vista que o agir dos moradores fora pautado na correção, lealdade, probidade e honestidade, qualificações essas caracterizadas pelas contribuições para a manutenção e conservação dos bens públicos. Esse modo de atuar direciona-se à concretização dos preceitos constitucionais, como o adequado direito de moradia.

Ao tratar da boa-fé no direito privado, extensível ao direito público, Martins-Costa expõe o seguinte a respeito da *suppressio e surrectio*:

⁴⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei n. 9.873/99. *Revista diálogo jurídico*, v. 1, n. 4, Salvador: CAJ, 2001, p. 3.

Há situações em que a contraditoriedade desleal não decorre de dois atos sucessivos de uma mesma pessoa, ou da malícia de quem quer se valer de ato próprio censurável, nem da violação de uma estrutura sinalagmática, mas é indiretamente ocasionada pelo descompasso entre o não uso de um direito subjetivo ou de uma faculdade, durante certo tempo, em vista de uma relação negocial. Este não uso pode criar na contraparte - contra a qual poderia ter sido dirigido o direito subjetivo do credor da prestação - a *confiança na estabilidade da situação*. Assim, o seu exercício posterior, modificando a situação que estava estabilizada pelo tempo, prova uma surpresa que abala o estado de confiança na situação criada. Nesse caso, pela concreção da boa-fé, cogita-se de o devedor pedir ao juiz a limitação (ou a “paralisação”, “tolhimento”, “supressão” ou mesmo a “extinção”) do exercício do direito subjetivo do credor. Esse efeito é denominado de *supressio*, figura em cujo cerne está a estabilidade e/ou previsibilidade do comportamento, manifestada sobretudo pela consolidação no tempo de certas situações.⁴¹⁰ (grifo do autor).

A autora em questão, após destacar que a *supressio* só tem assento como *ultima ratio*, pois se deve preservar institutos como a prescrição, decadência e renúncia tácita, advoga que seus requisitos para aplicação serão individualizados face às circunstâncias do caso concreto, harmonizando-os com as demais normas do ordenamento jurídico. São, assim, requisitos: (i) inatividade, (ii) imputabilidade e (iii) protetividade.⁴¹¹

Pela inatividade há de se pressupor o transcurso de longo período dentro do qual o titular do direito poderia exercê-lo, porém se quedou inerte. Não se caracteriza como mera omissão, e sim uma inércia qualificada circunstancialmente. Os critérios qualificativos da inércia serão extraídos do caso concreto, de forma a ser, abstrata e previamente, desaconselhável traçar um prazo dentro do qual será considerada a inatividade. O que se deve ter em mente é que o simples exercício atrasado de uma situação jurídica não pode vir a se configurar deslealdade. Pelo segundo requisito (imputabilidade) à inércia no exercício da situação jurídica deve ser atribuída ao seu próprio titular, e não a terceiros que não titulares. Alfim, pela protetividade o devedor deve acreditar no não exercício da situação jurídica pelo credor, na medida em que nele se incutiu legítima confiança de que este não irá exercer o seu direito.⁴¹² O Código Civil consagra os institutos da *supressio* e da *surrectio* no artigo 330, ao cuidar do lugar do pagamento numa relação obrigacional.

Em vista disso, o tensionamento existente entre a suposta juridicidade (ou legalidade numa visão mais tradicional) e a estabilização da relação jurídica existente é evidente. Trazendo para o caso, esse choque entre a necessidade de outorga administrativa para o uso privativo de bem público e o cercamento de fato deve ser analisado sob a perspectiva do transcurso de tempo.⁴¹³ Assim, no ordenamento jurídico brasileiro se espera não frustrar abruptamente a

⁴¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...*, p. 710.

⁴¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...*, p. 714.

⁴¹² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...*, p. 714.

⁴¹³ Interessante a seguinte passagem, na medida em que ela barca duas situações assemelhadas às circunstâncias do caso ora tratado, quais sejam, (i) vedação de usucapir área comum em condomínio e (ii) desafetação fática de

expectativa legítima dos adquirentes na manutenção do *status a quo* quando da aquisição. Até mesmo porque esse proceder vem a caracterizar, sem prejuízo de outros instrumentos jurídicos, violação do princípio da boa-fé (*suppressio e surrectio*), cuja aplicação, à exaustão, também se dá no âmbito estatal. A passagem de mais de 15 (quinze) anos sem oposição de terceiros⁴¹⁴, inclusive do Poder Público, é o suficiente para gerar estabilização na relação jurídica decorrente do referido fato social, ainda mais se considerar a boa-fé dos adquirentes e a disposição patrimonial para a manutenção do cercamento e da implementação dos direitos não concretizados pelo Poder Público.

5.5 DA READEQUAÇÃO DA FUNÇÃO REGISTRAL: UMA MEDIDA QUE SE IMPÕE RENTE AOS FATOS SOCIAIS CONSOLIDADOS

O sistema registral brasileiro tem, dentre outros fins, como finalidade garantir a segurança jurídica diante da realidade social. Ao assegurar a certeza jurídica, estar-se-á

destinação de área comum. No caso concreto, tem-se (i) vedação de usucapir bem público e (ii) consagração doutrinariamente de impossibilidade de desafetação fática de bem público. Vejamo-la:

“Um dos arestos em que por primeiro foi invocada a *suppressio* em razões de decidir foi no *caso do corredor não utilizado*.

Alguns moradores de um condomínio utilizavam, em caráter de exclusividade, área originalmente destinada a um corredor externo aos seus apartamentos (configurando, portanto, área comum do prédio). Em virtude de alterações no projeto condominial, essa área perdera a destinação a que estava *ab initio* projetada, então passando a ser utilizada exclusivamente por alguns dos condôminos, que, inclusive, unificaram as unidades contíguas e assim obtiveram matrícula predial única. Isso não obstante, uma outra condômina, vinte anos passados, veio reclamar o uso da área que, comprovadamente, não era indispensável às necessidades condominiais. Decidindo em favor dos utentes da área, assim ementou-se a decisão:

<<Condomínio. Área comum. Prescrição. Boa-fé. Área destinada a corredor, que perdeu sua finalidade com alteração do projeto e veio a ser ocupada com exclusividade por alguns condôminos, com a concordância dos demais. Consolidada a situação há mais de vinte anos sobre área não indispensável à existência do condomínio, é de ser mantido o *status quo*. Aplicação do princípio da boa-fé (*suppressio*).

Conquanto reconhecendo estar vedado ao condômino invocar a prescrição contra outro quando se tratasse de área destinada ao uso comum e de existência indispensável ao condomínio, o voto explicitou não se configurar, no caso, o requisito da indispensabilidade da área para o condomínio. Isso porque, com as modificações no projeto do prédio, o espaço do primitivo corredor perdera a razão de ser, transformando-se em área morta, sem qualquer utilidade coletiva. Por isso mesmo, durante anos a fio, não houvera nenhuma reclamação dos demais condôminos sobre o fato de um dos moradores ter se apropriado de parte do corredor inútil aos demais.

Da conjugação entre esses fatos e o princípio da boa-fé percebeu o julgador a inadmissibilidade do exercício, pelo condomínio, do direito a exigir a retomada da área.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...*, pp. 716-717).

⁴¹⁴ Para adquirir a titularidade proprietária por meio da aquisição originária denominada usucapião o maior prazo previsto no ordenamento jurídico brasileiro é de 15 (quinze) anos, conforme o artigo 1.238 do Código Civil. Ora, uma situação de fato cujo transcurso de prazo seja superior a 15 (quinze) anos, por coerência, deveria ou deverá ser considerada estabilizada, se preenchida os demais pressupostos para tanto. No âmbito legislativo, existe a previsão do artigo 54 da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelecendo o prazo de 5 (cinco) anos. É de se destacar, por questões de opção legislativa, a existência de prazos maiores para aquisição de outros direitos, tal como ocorre com a aquisição originária do direito de superfície que é de 20 (vinte) anos, bem como a preempção da hipoteca que é de 30 (trinta) anos, segundo, respectivamente, os artigos 1.379, parágrafo único, e 1.485 do Código Civil.

prevenindo litígios, isso porque “a verdadeira função do sistema registral imobiliário está em tutelar a propriedade privada, bem assim combater a clandestinidade, irmã gêmea da fraude.”⁴¹⁵ A função registral deve ser desempenhada de modo a obstar transcrições não condizentes com à realidade social e, também, evitar a ausência de informações a respeito do conteúdo desta. As partes interessadas, bem como terceiros, devem ter a possibilidade de obter informações fáticas e jurídicas acerca da situação dos imóveis inscritos no fôlio real.

O contratempo técnico que se depara no dia a dia consiste na necessidade de se observar os limites da lei no exercício da função registral. O oficial de registro não atua por vontade própria, já que o desempenho de seu múnus se encontra adstrito aos limites traçados na lei. Por isso que, ante a ausência de previsão legal, não há como levar aos assentos imobiliários o controle de fato no referido loteamento. É interessante esse ponto já que “o princípio da legalidade, da legitimidade ou da tipicidade, basilar no âmbito registral, consiste em limitar a atuação do registrador apenas à prática de atos registrários (matrícula, registro ou averbação) com expressa previsão legal”⁴¹⁶, o que obsta de certa forma a inserção nos assentos imobiliários de fatos não previstos em lei. Pode-se dizer que, ao contrário de outras atividades jurídicas, a atividade registral não é eminentemente criadora, e sim asseguradora de direitos, pelo que a legalidade se impõe com maior vigor.

Contudo, quando se tratar da segurança jurídica dinâmica, isto é, a que tutela a transmissão (circulação) de bens imobiliários, é de bom alvitre a inserção, sobretudo nos instrumentos jurídicos de alienação, de cláusula na qual conste a obrigação de o adquirente contribuir com as despesas de manutenção e conservação das áreas utilizadas pelos moradores do condomínio de acesso controlado de fato. Isso é possível, e aconselhável, face o autorregramento das relações jurídico-sociais. A autonomia privada aqui se aplica. O conhecimento do fato social em questão não pode ser escusado pela parte sob o risco de incidir em comportamento desleal.

Uma vez incluída a referida cláusula no instrumento hábil a registro e o fato social consolidado, é de se questionar se há possibilidade de invocar o artigo 246 da Lei de Registros Públicos, cuja dicção é a seguinte: “além dos casos expressamente indicados no inciso II do caput do art. 167 desta Lei, serão averbadas na matrícula as sub-rogações e outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro ou repercutam nos direitos relativos ao imóvel.”,

⁴¹⁵ ERPEN, Décio Antônio; PAIVA, João Pedro Lamana. Princípios do registro imobiliário formal. In DIP, Ricardo Henry Marques (coord.). *Introdução ao direito notarial e registro*. Porto Alegre: Fabris, 2004, p. 171.

⁴¹⁶ KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. *Tratado Notarial e Registral*. Vol. 5. Tomo I. 1. ed. São Paulo: YK Editora, 2020, p. 227.

para o fim de averbar a consolidação do fato social ou ao menos a ciência da obrigatoriedade no vertimento das contribuições até que assim permaneça o controle de fato. Esse ato acessório que modifica os atos praticados na matrícula é de caráter exemplificativo, porquanto existem hipóteses outras derivadas da vontade. E é essa a ideia do artigo 246 retromencionado.

Não basta, contudo, se tratar de ato de averbação para possuir assento no livro registral. Ainda que os atos de averbação sejam exemplificativos, ao contrário dos atos de registro, ela (averbação) somente terá assento no fólio real se vier, direta ou indiretamente, mediata ou imediatamente, a surtir algum efeito jurídico-real sobre o imóvel ou seus titulares. De regra, os efeitos são indiretos ou mediatos sobre os atos registrais. O oficial de registro, ao qualificar o título que lhe é submetido, considerará o seu conteúdo e os efeitos a serem produzidos, como se dá, por exemplo, com a união estável, que, embora não modifique técnica e juridicamente o estado familiar do companheiro, é passível, e aconselhável - alguns Estados pelo meio das normas administrativas determinam tal agir -, de inclusão no assento imobiliário rente aos seus efeitos jurídicos. Ao enfrentar a questão, parte da doutrina assim dispôs:

Outra questão que é tormentosa no Registro de Imóveis é a união estável. Por se tratar de relação que nasce e se constituiu na informalidade, por anos nunca se cogitou em constar na qualificação pessoal dos atos registrários que o seu titular vivia em união estável e com quem. Até hoje, a Lei 6.015/1973 não sofreu qualquer alteração para inserir a existência de uma união estável para considerar a especialidade subjetiva completa, de modo que não traz tal exigência em seu art. 176.

Ocorre que as uniões estáveis existem, são muito comuns e o direito registral imobiliário passou anos sem proteger o direito daqueles que não constavam das matrículas como companheiros dos proprietários, ou até mesmo como adquirentes, a depender do regime adotado na união.

Como a união estável não é um estado civil, as partes eram qualificadas no título com seu estado civil original, não mencionando a existência de uma união. Assim, se o imóvel era adquirido por apenas um dos companheiros (normalmente pelo homem, infelizmente tal tendência se comprova com fatos), este teria liberdade absoluta para dispor ou onerar o bem, sem o conhecimento de seu companheiro ou companheira. É lamentável, mas isso acontece com muita frequência.

[...]

Assim, nos últimos anos, especialmente depois da vigência do Código Civil de 2002, diversas decisões administrativas, Provimentos das Corregedorias dos Estados, como também a Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça, têm permitido o acesso da informação nos títulos e registros quanto à existência de união estável entre os titulares de direitos imobiliários, o que é medida protetiva eficiente na prevenção de litígios.⁴¹⁷

Percebe-se que, da informalidade da união estável à inserção no fólio real de tal fato social, a publicidade registral, ainda que com passos aquém da evolução social, procura coadunar-se com as modificações da atual sociedade. O registro almeja a segurança jurídica. Deve espelhar a realidade.

⁴¹⁷ GENTIL, Alberto *et al.* *Registros públicos...*, p. 352.

Com efeito, o fato social consolidado, se vier a repercutir indireta ou mediatamente sobre a relação jurídico-real, seja no aspecto objetivo, seja no viés subjetivo, deve ser levado a assento no livro imobiliário, ainda mais se considerar o princípio da concentração, pelo qual se deve “concentrar, **dentro dos limites legais existentes**, o maior número de informações possíveis com relação ao bem e aos seus titulares.”⁴¹⁸ (grifo dos autores). Com a edição da Lei n. 13.097, de 19 de janeiro de 2015, consagrou o referido princípio seu artigo 54⁴¹⁹. A associação da publicidade com a concentração são mecanismos para a concretização da segurança dos registros.

À vista do exposto, a função registral encontra-se voltada ao cumprimento das exigências estabelecidas na lei para atingir seus objetivos e, dentre estes, a segurança jurídica no tráfego imobiliário. A consolidação do fato social, tal como se dá nas uniões estáveis, deve dar ensejo à readequação da referida função, na medida em que a atualização da situação jurídica do imóvel, bem como a dos seus titulares, no fôlio real se impõe como medida imperativa à instrumentalização da boa-fé, de modo a permitir a averbação dessa situação à margem da matrícula do imóvel objeto de transação, quando do título constar a ciência/obrigatoriedade das contribuições para a manutenção das áreas públicas. No fim, todas as ocorrências e atos, e aí se incluem situações fáticas consolidadas, que atingem o imóvel ou os seus titulares devem ser lançadas na correspondente matrícula.

⁴¹⁸ GENTIL, Alberto *et al.* *Registros públicos...*, p. 451.

⁴¹⁹ Art. 54 - Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações:

I - registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias;

II - averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, de que a execução foi admitida pelo juiz ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos no art. 828 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil);

III - averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei; e

V - averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso IV do caput do art. 792 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

§ 1.º - Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no registro de imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

§ 2.º - Para a validade ou eficácia dos negócios jurídicos a que se refere o caput deste artigo ou para a caracterização da boa-fé do terceiro adquirente de imóvel ou beneficiário de direito real, não serão exigidas:

I - a obtenção prévia de quaisquer documentos ou certidões além daqueles requeridos nos termos do § 2.º do art. 1.º da Lei n. 7.433, de 18 de dezembro de 1985; e

II - a apresentação de certidões forenses ou de distribuidores judiciais.

5.6 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO LOTEAMENTO DE ACESSO CONTROLADO DE FATO E O PROVIR: DIREITO SUBJETIVO À OUTORGA

O fato social requer a atribuição de um sentido. Sentido esse que é construído e reconstruído de acordo com os anseios e as modificações sociais. A norma jurídica, por sua vez, pressupõe compreensão, interpretação e aplicação. Acabam por ser situações quase sempre incidíveis.

Consideram-se que os fatos sociais são dotados de força constitutiva rente aos sistemas conceitual e normativo. O direito aqui é considerado dentro da dialética entre texto e contexto, o que traz consigo a construção da norma frente aos fatos nos quais ela será aplicada e para os quais ela é interpretada. O direito é, assim, construído a partir e para o(s) problema(s), de modo a poder reaplicá-lo, por coerência e integridade do ordenamento jurídico, a outros casos idênticos ou com similaridade fática. Então, há o “reconhecimento de que os fatos sociais são componentes essenciais para que a norma possa se construir, sendo, porém, essa construção, necessariamente, coerente com os princípios vetores que dão unidade ao sistema.”⁴²⁰

Com isso, o contexto histórico do caso exemplar direcionará a compreensão, interpretação e aplicação da norma. A construção do direito será empreendida com suporte na realidade social, de sorte a ser incompreensível o extrair de sentido da norma diverso de outro se forem contexto histórico e fato social semelhantes. O direito é maleável e poroso, pois está em constante modificação, mas modificação essa conduzida rente aos anseios e às transformações sociais, e não por arbitrariedade do operador do direito, e voltando-o (direito) ao desenvolvimento da personalidade da pessoa humana. Esta é o centro das preocupações, numa relação de coexistencialidade.

As circunstâncias concretas são consideradas na compreensão, interpretação e aplicação da norma, sem descurar dos preceitos constitucionais, inclusive com respeito a estes, construindo uma resposta adequada sob a perspectiva constitucional, na medida em que não se deve considerar como adequada a única correta, e sim aquela devidamente fundamentada, através da qual se permite aos interessados e a terceiros exercerem um juízo crítico acerca de seus pressupostos/elementos, com o intuito de impugná-la com os meios próprios oferecidos pelo sistema normativo.

⁴²⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A metodologia do direito civil na obra de Luiz Edson Fachin. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths (coordenadores). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição...*, p. 30.

Ruzyk, concluindo o que se entende por constitucionalização prospectiva, assim descreve:

Em suma, a constitucionalização do direito civil recolhe a expressão abstrata da norma, a expressão concreta das decisões que definem seu sentido, os valores que informam a identificação de princípios implícitos e se projeta para a permanente renovação do direito, a acompanhar as demandas e a multiplicidade de valores de uma sociedade plural, e a promover, dialeticamente, a “cidadania em emancipação”. Cidadania em emancipação: eis o contributo funcional mais relevante, que pode sintetizar o pensamento de um autor cuja obra em curso revela a permanente preocupação com um direito humanizado, que consolida avanços civilizatórios e se projeta para um porvir “a serviço da vida”. Ideias e autor, por certo, se entrelaçam no caráter profundamente humanista, na rigidez da ética e na seriedade e coerência de atos e propósitos.⁴²¹ (grifo do autor)

Com essas premissas, os fatos sociais caracterizadores do loteamento de acesso controlado de fato possuem força constitutiva, sobretudo se considerar o tempo já decorrido. O cercamento do perímetro do loteamento, com o uso de fato e privativo de bens públicos, a conservação e a manutenção destes, e bem assim com a feitura da rede de coleta de água pluvial e de esgoto, asfaltamento e segurança, são fatores fáticos que instrumentalizam o direito à moradia digna. Enaltecem também os atributos da titularidade proprietária.

Eis o contexto fático para que a norma jurídica deva ser compreendida, interpretada e aplicada. Fato e norma exercendo influências recíprocas. Assim, a metodologia de constitucionalização do direito civil, por se cuidar de, antes de tudo, uma teoria geral do direito, pode, e deve, ser aplicada aos demais ramos jurídicos, inclusive aos de direito público e aí inclui o direito administrativo. O direito administrativo também é ramo jurídico constitucionalizado, como já exposto.

O que se pretende demonstrar, rente à realidade dos fatos, é que a constitucionalização da titularidade proprietária, constitucionalização essa decorrente da destinação fática de bens públicos à funcionalização da propriedade privada, impõe reflexos em institutos e categorias do direito público. Em outros termos, ao cercar o loteamento com o intuito de garantir maior segurança na atual sociedade, ao concretizar alguns serviços de saneamento, ao assumir as despesas de manutenção e conservação dos logradouros públicos, ao revitalizar a área verde, estar-se-ão contribuindo também para funcionalizar social, ambiental e economicamente a titularidade proprietária, o que, direta e imediatamente, modifica o contexto no qual as outorgas administrativas de uso privativo de bens públicos são deferidas/concedidas.

⁴²¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A metodologia do direito civil na obra de Luiz Edson Fachin. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths (coordenadores). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição...*, p. 35.

No ordenamento jurídico brasileiro, é de se lembrar, que as outorgas administrativas de uso privativo de bem público foram confeccionadas doutrinária e legislativamente, de regra, à base da discricionariedade, ou seja, no juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública. O que, ao final, desemboca na fluidez do que se entende por interesse público. Se este estiver presente, concede; ao contrário, não. E esse modo de pensar se arrasta por anos a fio, ainda que se modifique o cenário. É o que se denominou senso comum. A autorização, a permissão e a concessão, espécies que são da outorga administrativa, são institutos ditos discricionários.

Conforme o exposto, se a intenção for atribuir a esse instituto o caráter de direito subjetivo, isto é, de “poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento.”⁴²², o ordenamento assim o faz, segundo se depreende, exemplificadamente, do artigo 7.º do Decreto-Lei n. 271, de 28 de fevereiro de 1967. Contudo, a metodologia da constitucionalização do direito não se prende a modelos formais. Novas demandas, preceitos constitucionais e hodierna realidade fática exigem nova construção normativa, e não a repetição da anterior, vez que contextos fáticos diversos ensejam significados diversos dos institutos. Como destaca Fachin, os signos se mantêm, mas os significantes modificam-se, à medida que a sociedade se transforma.

Quer dizer que a ausência de lei que atribui à outorga administrativa a essência de direito subjetivo não constitui, frente ao lugar de fala adotado, óbice à caracterização desse poder. Isso porque ele não advém exclusivamente da lei, e sim da ordem jurídica. Tem-se ainda que a constitucionalização da propriedade privada/pública e, também, da posse de titularidade privada/pública implica reflexo em institutos do direito público, sobretudo se valer de instrumentos destes para a efetivação da funcionalização daquelas (titularidades e posse). E isso não é desconsiderar a dicotomia entre direito privado e direito público, mas levar em consideração que na atual sociedade, complexa que é, existe uma amenização entre as fronteiras de ambos, seja pela constitucionalização, seja pela publicização do direito privado, seja pela privatização do direito público. O núcleo duro de cada ramo, porém, resta incólume.

Independentemente do rótulo que se apuser na outorga administrativa (autorização, permissão ou concessão), deve-se levar em conta que essa interação estreita entre os institutos do direito privado com os institutos do direito público acaba por desaguar na funcionalização da titularidade proprietária, seja ela privada, seja ela pública. Por isso que existe efetiva e concretamente uma redefinição do loteamento de acesso controlado de fato perante os preceitos

⁴²² AMARAL, Francisco. *Direito civil...*, p. 287.

constitucionais, como o da moradia, solidariedade social, igualdade substancial, segurança e cidadania. A ressignificação do loteamento em questão, fundada nos fatos sociais consolidados, traz a reboque necessidade de revisar os critérios para outorga administrativa de uso privativo de bens públicos e, de igual modo, de reler o que vem a se entender como suposto interesse público.

Ressalte-se que se tem na atualidade que a constitucionalização do direito administrativo diminui a discricionariedade administrativa, tendo em vista que, ao analisar esta última nos limites da lei, no princípio da legalidade ingressaram outros valores de modo a reformulá-lo.⁴²³ De legalidade a juridicidade. Contudo, ela ainda permanece.

Chega-se à conclusão de que a interlocução entre saberes jurídicos, e no caso entre o direito civil (titularidade proprietária e posse) e o direito administrativo (bens públicos e outorgas administrativas), rente à força constitutiva dos fatos e à normatividade dos direitos sociais previstos na Constituição da República, resta retratada a constitucionalização do loteamento de acesso controlado de fato. Como decorrência, é de se reconhecer que a invocação pura e simples da discricionariedade administrativa para conceder ou não a outorga administrativa não condiz com os preceitos constitucionais. O que se deve considerar é que, se houver a funcionalização do loteamento de acesso controlado de fato - tendo em vista inclusive a coexistencialidade entre moradores e não moradores -, surgirá o direito subjetivo à outorga administrativa de uso privativo de bem público, a independe de lei específica e do *nomen iuris* atribuído, na medida em que o referido poder jurídico advém da ordem jurídica, e não exclusivamente da lei. Esta se encontra contida naquela, de sorte que:

Isso tudo implica a afirmação de um Direito (*ius*) distinto da lei (*lex*), ou seja, de um Direito que se forma a partir de elementos normativos constitutivos diferentes da lei. Nesse sentido, estão os conceitos de “direitos fundamentais”, das chamadas “cláusulas gerais”, dos “enunciados abertos” e, evidentemente, dos “princípios”. Todos estes elementos - que passam a ser constitutivos da normatividade - são reconhecidos independentemente da lei ou apesar dela.⁴²⁴

De modo a corroborar com o exposto, pode-se invocar, tendo em vista a configuração da *suppressio* (cf. item 5.4), a *surrectio*. *Suppressio* e *surrectio* são as faces da mesma moeda. Se, de um lado, a configuração do instituto da *suppressio* implica o tolhimento no exercício de situações jurídicas (direito subjetivo, faculdade etc.); de outro, a *surrectio* acarreta o surgimento de situações jurídicas em benefício da contraparte. Numa linguagem binária e simplista, se um perde; o outro ganha. Menezes Cordeiro destaca que “o beneficiário pode encontrar-se numa

⁴²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo...

⁴²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica...*, p. 241.

de duas situações: ou, tendo-se livrado de uma adstrição antes existente, recuperou, nessa área, uma permissão genérica de actuação, ou, tendo conquistado uma vantagem particular, adquiriu uma permissão específica de aproveitamento, ou seja, um direito subjectivo.”⁴²⁵ Em vista disso, a *surrectio* tem o condão de criar direitos subjectivos⁴²⁶, embora para Neves a boa-fé não criaria posições jurídicas novas rente à ausência de declaração de vontade e face à inexistência de previsão legal.⁴²⁷ Considerando os aportes teóricos utilizados para a construção do trabalho, o último posicionamento é de se refutado porque o direito é reconhecido por diversos elementos constitutivos, que não só a lei. Inclusive, a depender das circunstâncias concretas, o direito pode se dar contrária ou independentemente desta. E, dentre esses elementos, a cláusula geral da boa-fé, na concepção ora emprestada, é apta a constituir sim novo direito subjectivo.⁴²⁸ Não haverá translatividade da titularidade proprietária, a qual permanecerá com a ente público.

Por fim, idênticos os preceitos constitucionais e os fatos sociais, esse ideário (criação do direito subjectivo aos utentes) aplicar-se-á aos casos futuros diante da coerência e da integridade do ordenamento jurídico, mormente se não acarretar gastos públicos ou transferências ilegais ou inconstitucionais de recursos por parte do erário.

⁴²⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 821.

⁴²⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa-fé no direito civil...*, p. 823.

⁴²⁷ NEVES, Julio Andrade. *A suppressio (Verwirkung) no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 80.

⁴²⁸ “Conquanto opinião doutrinária objete a aplicabilidade da *surrectio* no Direito civil brasileiro, a jurisprudência, expressa ou implicitamente, admite a figura.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...*, p. 722).

6 PROPOSTA DE LEGE FERENDA

6.1 JUSTIFICATIVAS DO PROJETO DE LEI

Ao propor a edição de lei que venha *a posteriori* atribuir direito subjetivo à associação de moradores do loteamento de acesso controlado de fato parece paradoxal, na medida em que a constitucionalização prospectiva do direito não se encontra amarrada a fórmulas, a modelos formais ou a qualquer outro padrão previa e abstratamente estabelecido, de forma que o direito é construído, destruído e reconstruído conforme os anseios e as modificações sociais. Como dito, o direito é poroso, maleável ou dúctil, sendo oxigenado pelas aspirações da multifacetada sociedade.

Contudo, os administradores públicos encontram-se com o pensar voltado ainda à legalidade forjada pelo Estado de Polícia. Legalidade essa bastante estrita. A constitucionalização do direito administrativo, porém, veio, conforme exposto, a ressignificá-la, passando no atual Estado brasileiro de legalidade estrita a juridicidade, máxime pela pluralidade normativa ou de fontes⁴²⁹ atualmente existente. Às vezes, e não rara, inexistente por parte dos órgãos de controle o devido ponderar, observando também e de igual modo a legalidade estrita. Em decorrência, o administrador, infelizmente, que viesse a agir sob a concepção da constitucionalização prospectiva do loteamento de acesso controlado de fato poderia, afora a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público à qual se encontra vinculado, responder civil, administrativa e penalmente. Certamente seria absolvido nas instâncias judiciais, mas o transtorno de figurar no polo passivo de uma demanda judicial é impagável. O medo paira, de regra, sobre os gestores.

Por isso que, tendo em vista o atual estado de coisas no Brasil - talvez em decorrência das mazelas dos administradores ou por medo/receio -, se justifica o projeto de lei atribuindo à comunidade de moradores o poder jurídico de exigir de outrem (no caso pessoa jurídica de

⁴²⁹ “Segundo Erik Jaime, as características da cultura pós-moderna no direito seriam o pluralismo, a comunicação, a narração, o que Jayme denomina ‘le retour des sentiments’, sendo o Leitmotiv da pós-modernidade a valorização dos direitos humanos. Para Jayme, o direito como parte da cultura dos povos muda com a crise da pós-modernidade. O pluralismo manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a descodificação ou a implosão dos sistemas genéricos normativos (‘Zersplietierung’), manifesta-se no pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou que se beneficiam da proteção do meio ambiente, na pluralidade de agentes ativos de uma mesma relação, como os fornecedores que se organizam em cadeia atualmente e em relações extremamente despersonalizadas. Pluralismo também na filosofia aceita atualmente, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores são muitas vezes antinômicos. Pluralismo nos direitos assegurados, nos direitos à diferença e ao tratamento diferenciado aos privilégios dos ‘espaços de existência’.” (MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2004, p. 26, nota 3).

direito público) o agir de certa forma, uma vez verificada a constitucionalização do loteamento de acesso controlado de fato. Direta ou indiretamente, termina por trazer aos gestores da coisa pública maior segurança no desempenho de seu múnus, além de submeter a matéria à discussão na casa legislativa. Corroborando com o raciocínio, alivia o Poder Judiciário de analisar demandas em que se discute a natureza da outorga administrativa quando vier a ser recusada pelo Poder Público, sob a alegação de inexistência de previsão em lei específica, não obstante a juridicidade advinda da constitucionalização.

Portanto, é de se considerar que o “texto claro de uma norma deve ser aplicado pelos juízes (isto é, em casos como esses, eles devem reconhecer que o texto claro da lei equivale ao Direito aplicável ao caso) não em virtude da supremacia legislativa, mas da relevância dada a essa supremacia dentro do modelo de integridade.”⁴³⁰ Caracteriza-se certa deferência ao sistema *civil law* adotado no Brasil, certo de que, se caso for, poderá o operador jurídico valer-se dos critérios para não aplicá-la (cf. 1.4) e, conseqüentemente, resignificar o instituto jurídico valendo-se de eventual e posterior força constitutiva dos fatos numa relação de intersubjetividade.

6.2 EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

1. A violência é cada vez mais crescente nos médios e grandes centros urbanos, inclusive cidades de menor porte também sofre com esse lamentável fato. O Poder Público demonstra não ser capaz de trazer a contento segurança à integridade e ao patrimônio da pessoa, o que se confirma com a expansão de setores de seguro, tanto pessoal, como patrimonial. De igual modo, as políticas públicas envolvendo a concretização de direitos previstos na Constituição não são levadas a efeito e ao cabo por diversas razões.

2. A realidade demonstra ser rotineiro o cercamento fático de logradouros e áreas públicas por reunião de pessoas com ideais comuns, constituindo o que vem a denominar loteamento de acesso controlado de fato, de modo que esse grupo (normalmente associação de moradores do aludido loteamento) vem a ratear as despesas com a manutenção e conservação dessas áreas (recapeamento e/ou feitura do asfalto), com a concretização de direitos relacionados ao saneamento básico (implantação da rede de esgoto e da rede de coleta de água pluvial), ao meio

⁴³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica ...*, pp. 252-253.

ambiente (recuperação e preservação de áreas verdes e coleta de lixo doméstico) e às situações jurídicas existenciais, tais como moradia adequada e segurança à integridade da pessoa.

3. No plano abstrato, por se constituir um cercamento sem a outorga formal do instrumento jurídico que assim permita, pode-se considerar, sob a perspectiva formal, como loteamento irregular. Sob a concepção doutrinária, é comum dizer que a outorga administrativa de uso privativo de bem público, concretizadas pela autorização, permissão e concessão de uso, é de regra competência discricionária, na medida em que cabe a Administração Pública aferir a oportunidade e a conveniência na concessão da outorga, ou seja, escolhe, dentre duas ou mais opções, aquela que supostamente atende ao interesse público.

4. O que se percebe, no plano concreto, é que muitas vezes essa reunião de moradores vem a concretizar situações jurídicas existenciais e, por outro lado, o titular proprietário do bem público queda-se inerte rente às obrigações legal e constitucionalmente determinadas, inclusive não se importando com o uso fático do bem público (omisso, diga-se).

5. À vista do ordenamento jurídico brasileiro, a usucapião de bem público, seja urbano (Constituição da República, art. 183, § 3.º), seja rural (Constituição da República, art. 191, parágrafo único), é proibida, inclusive sobre bens públicos sem a prévia ou concreta afetação (bem dominical). Por sua vez, o exercício dos poderes da titularidade proprietária (Código Civil, artigo 1.228), uma vez recaindo sobre bens públicos, recebe a qualificação de ocupação, tendo em vista que é destituída de proteção, nos termos do Enunciado n. 619 do Superior Tribunal de Justiça.

6. Com efeito, recai insegurança jurídica sobre os moradores do loteamento em questão, especialmente pelo fato de estarem submetidos à discricionariedade administrativa tal qual foi forjada e cotidianamente utilizada (beira o bel-prazer do administrador). Não obstante, a força constitutiva dos fatos demonstra, além da concretização de situações jurídicas existenciais, eventual constitucionalização do instituto ora mencionado.

7. A constitucionalização do direito não pressupõe texto específico, tendo em vista que a norma jurídica é resultado da interpretação rente às circunstâncias fáticas. Contudo, é de suma importância o projeto de *lege ferenda* considerando atribuir maior segurança a atividade administrativa, sobretudo pelo fato de, na prática, o administrador se encontrar vinculado à legalidade estrita (e no caso se manterá o senso comum de dizer que, sem ausência de texto específico, a autorização, a permissão e a concessão de uso privativo de bem público é de competência discricionária), bem como se cuidar de deferência ao legislador, proteção da boa-fé objetiva na função integrativa (criação de deveres anexos - *suppressio e surrectio*).

8. Por fim, a existência de texto específico não constitui válvula de escape para a inexistência de interpretação. O texto legal, com o intuito de ser aplicado, sempre será objeto de interpretação num contexto de intersubjetividade.

Essas são as considerações que inspiraram e inspiram o projeto de lei anexado, renovando meus protestos de respeito a Vossa Excelência.

6.3 PROJETO DE LEI

PROJETO DE LEI N. 01/2023

Dispõe sobre o direito subjetivo na concessão de outorga administrativa para uso privativo de bens públicos no loteamento de acesso controlado de fato no caso de ser utilizado como meio para a concretização de situações jurídicas existenciais pelos e para os utentes e para os não utentes.

Art. 1.º - Entende-se por loteamento de acesso controlado de fato aquele que possui o seu perímetro cercado sem a outorga administrativa de uso privativo de bens públicos.

Art. 2.º - A associação de moradores do loteamento de acesso controlado de fato tem o poder jurídico de exigir do titular proprietário do bem público a outorga administrativa para o uso privativo do bem público, sobretudo dos logradouros públicos, quando houver a constitucionalização dessa categoria jurídica.

Parágrafo único. Considera-se como constitucionalização do loteamento de acesso controlado de fato, dentre outras hipóteses verificáveis rente às circunstâncias fáticas, a concretização de situações jurídicas existenciais pelos e para os utentes e para os não utentes, assim como a observância das normas urbanísticas, ambientais, civis e trabalhistas.

Art. 3.º - O controle de acesso dar-se-á às expensas da associação outorgada, inclusive a manutenção dos bens públicos cujo uso privativo lhe fora outorgado, não implicando qualquer espécie de ônus ao ente público outorgante.

Art. 4.º - O controle de acesso ao loteamento não poderá obstar o direito constitucional de ir e vir dos munícipes, assegurado constitucionalmente, observadas os dispositivos estabelecidos no regulamento da outorgada.

Art. 5.º - É vedado, demonstrando o interesse, o acesso dos não residentes no loteamento de acesso controlado, permitida a identificação e o cadastro a critério da outorgada.

Art. 6.º - É vedada a cessão a terceiros, a qualquer título, do bem público outorgado, assim como a utilização diversa da qual foi outorgada.

Art. 7.º - Ao outorgante é assegurado o direito de fiscalizar o cumprimento das obrigações estabelecidas no instrumento de outorga, bem como verificar *in loco* a concretização de situações jurídicas existenciais.

Art. 8.º - A extinção da outorga administrativa de uso privativo de bem público ocorrerá nos casos de:

I - inobservância reiterada das obrigações impostas no instrumento de outorga;

II - desrespeito a preceitos constitucionais que buscam a concretizar situações jurídicas existenciais, tais como normas trabalhistas, ambientais, urbanísticas e civis.

Parágrafo único. O procedimento de extinção da outorga, sem prejuízo de outras sanções de menor grau, será o estabelecido pelo ente público outorgante.

Art. 9.º - Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista dos aportes utilizados, as conclusões, as quais se encontram em constante revisão à medida que os anseios sociais se modificam, são as seguintes:

1. A teoria da constitucionalização prospectiva do direito civil caracteriza-se como aporte teórico que serve, com as adaptações pontuais, aos demais ramos jurídicos do direito privado, assim como aos ramos jurídicos de direito público, na medida em que possui premissas de teoria geral.

2. Os institutos e as categorias jurídicas encontram-se submetidos, sob a perspectiva do citado aporte teórico, a funcionalização emergente da Constituição (texto e contexto), sob o prisma da intersubjetividade, respeitando os marcos temporal e espacial.

3. Assim, a posse, considerada como direito autônomo, deve estar consoante com a força que emerge da Constituição (texto e contexto), sobretudo frente ao poder constitutivo da realidade social, razão pela qual se deve ressignificar em face das circunstâncias concretas o conteúdo do enunciado n. 619 de orientação interpretativa para inquietações jurídicas do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, de detenção a posse.

4. A constitucionalização da titularidade proprietária implica um plexo de situações jurídicas, consistentes em direitos, ônus, obrigações, deveres e encargos, observáveis tanto pelo seu titular, como por terceiros não titulares, tendo em vista que, ao lado dos tradicionais atributos da titularidade (usar, gozar, dispor e reaver), existe a função social, econômica e ambiental.

5. As situações jurídicas titularizadas pelas pessoas jurídicas de direito público encontram-se em constante processo de modificação à medida que devem estar de acordo com a força emergente da Constituição (texto e contexto), dando ensejo à releitura de certos dogmas aplicáveis nas relações jurídico-administrativas, tais como indisponibilidade do interesse público, supremacia do interesse público sobre o privado e bens públicos.

6. Na perspectiva da constitucionalização prospectiva do direito, o reconhecimento de situação jurídica patrimonial volta-se à concretização de situações existenciais. Portanto, o direito de moradia no viés de um teto sob a cabeça das pessoas, por si só, não tem o condão de adjetivá-lo de digno. O direito de moradia digna, considerando a sua fluidez, é concretizado perante às circunstâncias fáticas do caso concreto, dentro de uma delimitação temporal e espacial, e numa relação em que se considera as diferentes formas de pensar. Não é conceito totalizante e universalizante.

7. Há necessidade de reler categorias de direito público forjadas sob a perspectiva de um Estado autoritário, tais como legalidade, indisponibilidade, supremacia, discricionariedade e interesse público.

8. Ao cuidar do parcelamento do solo, é possível vislumbrar esse ato jurídico, ao menos, sob três perspectivas, quais sejam: (i) civilista: já que trata diretamente com os poderes da titularidade proprietária (Código Civil, artigo 1.228), (ii) urbanística: já que é instrumento de ordenação municipal e (iii) ambiental: uma vez que opera a integração público/privado no contexto ecológico-ambiental, o que demanda essa imbricação entre os saberes jurídicos.

9. Com o intuito de esclarecer as apreensões conceituais a respeito das categorias derivadas do parcelamento, bem como daquelas que lhe são similares, procedeu-se à distinção entre loteamento, desmembramento e desdobro.

10. Ao distinguir tecnicamente o loteamento fechado de fato do loteamento de acesso controlado de fato, chega-se à conclusão de que esse fechamento normalmente se dá por força da realidade social, sobretudo aquela que deriva da ineficácia estatal na prestação dos serviços de reponsabilidade da pessoa jurídica de direito público.

11. Com o intuito de compreensão do objeto de investigação, especialmente para verificar se existem textos legais prevendo aplicação certo dispositivo, tal como ocorre com o previsto na Lei n. 2.757/56, que trata da obrigação fracionária das obrigações previstas nas leis trabalhistas pelos empregados do condomínio predial, distinguiu-se condomínios voluntário, legal, edifício (ou em planos horizontais), deitado (ou de casas assobradas), em multipropriedade e de lotes. Contudo, embora o texto legal prevê tal espécie de obrigação apenas para os condôminos do condomínio predial, nada obsta a sua aplicação nos demais institutos afins, inclusive no loteamento de acesso controlado de fato, na medida em que, frente aos aportes teóricos adotados, texto difere de norma, que é produto da interpretação em face dos fatos sociais e numa relação de intersubjetividade.

12. O argumento de que o bem público é, por si só, função não caracteriza como óbice ao reconhecimento de funções outras, inclusive àquelas a concretizar interesses privados. O bem público deve ter como norte a multiplicidade de funções, desde que sejam compatíveis com o desenvolvimento sustentável e a sua destinação.

13. No Estado Democrático de Direito, como é o caso do brasileiro, o ideário trazido pela supremacia do interesse público sobre o privado, ideário esse forjado sob os auspícios de um Estado totalitário, não condiz com os objetivos e os fundamentos da República Federativa do Brasil, sobretudo numa coexistencialidade, de modo que não se deve *a priori* e abstratamente considerar o público superior ao privado, tendo em vista que, perante o contexto factual, é

possível o interesse privado ser de igual ou superior dignidade, o que demanda a sua ressignificação.

14. É possível a afetação, desafetação e reafetação fática, seja pelo fato de se considerar a conduta da Administração pautada pela juridicidade e não legalidade estrita, seja pelo fato de existir, hipóteses diversas, o reconhecimento em texto legal específico tal desafetação (Lei n. 13.465/17, artigo 71). É a força constitutiva dos fatos.

15. As outorgas administrativas, em especial a autorização, a permissão e a concessão de uso, foram forjadas doutrinariamente como atos de competência discricionária no contexto do positivismo, salvo se houver previsão legal em sentido contrário.

16. Sob a perspectiva dos aportes teóricos adotados, a discricionariedade resta por remodelada, e não extinta, no sentido de ser possível a busca por uma resposta adequada à Constituição (texto e contexto), em especial se considerar a juridicidade na qual ela se encontra inserida. Não se concebe o subjetivismo de outrora.

17. A autorização, a permissão e a concessão, espécies tradicionais de outorga administrativa de uso privativo de bem público, não se enquadram tecnicamente no loteamento de acesso controlado de fato, na medida em que, se houver o controle de acesso apenas no simples identificar, não haverá a rigor o uso privativo, e sim o controle cujos parâmetros são tracejados pelo outorgante. O utente não poderá ir além do que esse tracejamento.

18. Foram descritas as peculiaridades fáticas do caso paradigmático, tais como o período do cercamento de fato, a existência de conservação e manutenção dos logradouros públicos, a implementação do saneamento básico, a inserção de novo asfaltamento, a coleta do lixo doméstico, dentre outras situações que retratam disposições patrimoniais funcionalizadas à concretização de situações existenciais.

19. Os adquirentes das unidades imobiliárias inseridas dentro do loteamento de acesso controlado de fato tinham a crença de que as circunstâncias fáticas se encontravam, abstratamente, de acordo com o ordenamento jurídico, em especial pelo fato de nas escrituras de alienação ser comum a inserção de cláusula na qual consta a quitação das obrigações financeiras perante a associação de moradores (utente) à similaridade do disposto no artigo 1.345 do Código Civil, o que vem a retratar a boa-fé subjetiva. Afora isso, portavam-se com lealdade, probidade e retidão frente às relações fático-jurídicas daí derivadas (boa-fé objetiva).

20. Por força de dispositivo constitucional (artigos 183, § 3.º e 191, parágrafo único), não se pode usucapir bem público. Em face disso, com o intuito de estabilizar relações fático-jurídicas que se prolongam no tempo, mas sem desrespeitar os prazos prescricionais e decadências, assim como a renúncia, é de se invocar ao caso concreto, como *ultima ratio*, a

boa-fé objetiva na função integrativa intitulada de *suppressio* e *surrectio*. Inexiste óbice à aplicabilidade no âmbito das relações de direito público, pelo que é perfeitamente enquadrável no caso.

21. Em face das circunstâncias do caso paradigmático, que denotam a constitucionalização do instituto objeto de pesquisa, reconhece-se o tolhimento, extinção ou supressão do direito subjetivo da pessoa jurídica de direito público no pleito de retorno à afetação originária no registro do loteamento (Lei n. 6.766/69, artigo 22) e, por outro lado, atribui à pessoa de direito privado (utente fático) o poder jurídico de exigir o instrumento jurídico formal de outorga administrativa de uso privativo de bem público. *Suppressio* e *surrectio*, respectivamente. Duas faces da mesma moeda. No caso, não há transferência de titularidade, de sorte que esta se mantém na pessoa de direito público.

22. Por fim, o que pode parecer contraditório em face dos aportes teóricos utilizados, propõe projeto de *lege ferenda* com o intuito de deferência ao legislador e, de igual modo, trazer certa segurança no atuar administrativo no porvir, mas reconhecendo que o lugar de fala desta tese diferencia texto de norma jurídica, sendo esta produto da interpretação perante o caso concreto, a independer de lei textual ou até contrário a esta. Assim, inclusive o projeto de lei (ou a própria) estará submetido a interpretação rente à força constitutiva dos fatos, tendo em vista que o direito está a serviço da vida.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE, João Ricardo Brandão; PEGHINI, Cesar Calo. Função social da propriedade e estatuto jurídico do patrimônio mínimo: o contributo essencial de Luiz Edson Fachin. *In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths* (coordenadores). **Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin**. Belo Horizonte: Fórum, pp. 295-308, 2019.

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira de. **Da função social da posse**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. XVI.

AMADEI, Vicente Celeste; AMADEI, Vicente de Abreu. **Como lotear uma gleba: o parcelamento do solo urbano em seus aspectos essenciais (loteamento e desmembramento)**. 4. ed. Campinas-SP: Millennium Editora, 2014.

AMARAL, Diogo Freitas do. **A utilização de bens públicos por particulares**. São Paulo: Juriscred, 1972.

AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. *In: MENDES, Gilmar Mendes*. STOCO, Rui. [Org]. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais: direito civil, parte geral, v. 2, pp. 995-1011, p. 1003).

_____. **Direito civil: introdução**. 10 ed. revista e modificada. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ARAUJO NETO, Henrique Batista de. **A envergadura constitucional da posse qualificada na desapropriação privada**. 2012. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/13931>. Acesso em 15 mar. 2022.

ARRONE, Ricardo. **Propriedade e domínio**. A teoria da autonomia. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BALBINO FILHO, Nicolau. **Registro de imóveis**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução. **Revista da faculdade de direito da UFMG**. Vol. 35. Belo Horizonte: Editora Nova Fase, pp. 13-52, 1995.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. **Revista de Direito Administrativo**, v. 197, pp. 30-60, 1994.

_____. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei n. 9.873/99. **Revista diálogo jurídico**, v. 1, n. 4, Salvador: CAJ, 2001.

_____. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, p. 31-63, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 1990.

BENÍCIO, Hercules Alexandre da Costa. **A dinâmica relação entre autonomia e interdependência dos entes federados em matéria de ordenamento territorial urbano: a validade da regulação municipal de loteamentos fechados e de condomínios urbanísticos.** 2016. 228 f. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito. Universidade de Brasília: Brasília. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/20035>. Acesso em 10 jan. 2021.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito.** Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri-SP: Manole, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 2 fev. 2021.

_____. **Decreto n. 3.079**, de 15 de setembro de 1938. Regulamenta o Decreto-Lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, que dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações. Acesso em 22 out. 2022.

_____. **Decreto n. 15.783**, de 8 de novembro de 1922. Aprova o regulamento para execução do Código de Contabilidade Pública. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D15783.htm. Acesso em 22 out. 2022.

_____. **Decreto n. 84.398**, de 16 de janeiro de 1980. Dispõe sobre a ocupação de faixas de domínio de rodovias e de terrenos de domínio público e a travessia de hidrovias, rodovias e ferrovias, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D84398.htm. Acesso em 22 out. 2022.

_____. **Decreto n. 99.170**, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em 22 out. 2022.

_____. **Decreto-Lei n. 37**, de 18 de novembro de 1966. Dispõe sobre o imposto de importação, reorganiza os serviços aduaneiros e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del058.htm. Acesso em 15 mar. 2022.

_____. **Decreto-Lei n. 58**, de 10 de dezembro de 1937. Dispõe sobre o loteamento de terrenos para pagamento em prestações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del058.htm. Acesso em 15 mar. 2022.

_____. **Decreto-Lei n. 271**, de 28 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre loteamento urbano, responsabilidade do loteador concessão de uso e espaço aéreo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0271.htm. Acesso em 15 mar. 2022.

_____. **Decreto-Lei n. 1.455**, de 7 de abril de 1976. Dispõe sobre bagagem de passageiro procedente do exterior, disciplina o regime de entreposto aduaneiro, estabelece normas sobre mercadorias estrangeiras apreendidas e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0271.htm. Acesso em 12 de set. 2022.

_____. **Decreto-Lei n. 3.365**, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm. Acesso em 22 fev. de 22.

_____. **Decreto-Lei n. 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em 22 fev. 22.

_____. **Decreto-Lei n. 9.760**, de 5 de setembro de 1946. Dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del9760.htm. Acesso em 22 de fev. 22.

_____. **Instrução Normativa (IN) n. 17-b**, de 22 de dezembro de 1980, do Instituto Nacional de Reforma Agrária (INCRA). Dispõe sobre o parcelamento de imóveis rurais. Disponível em http://www.incra.gov.br/media/institucional/legislacao/atos_internos/instrucoes/instrucao/I17_b_221280.pdf. Acesso em 15.abr. de 2022.

_____. **Instrução Normativa (IN) n. 82**, de 27 de março de 2015, do Instituto Nacional de Reforma Agrária (INCRA). Dispõe sobre os procedimentos para atualização cadastral no Sistema Nacional de Cadastro Rural e dá outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=282479>. Acesso em 15.abr. de 2022.

_____. **Lei n. 2.757**, de 23 de abril de 1956. Dispõe sobre a situação dos empregados porteiros, zeladores, faxineiros e serventes de prédios de apartamentos residenciais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2757.htm. Acesso em 11 mar. 2021.

_____. **Lei n. 3.071**, de 1.º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%203.071%2C%20DE%201%C2%BA%20DE%20JANEIRO%20DE%201916.&text=C%C3%B3digo%20Civil%20dos%20Estados%20Unidos%20do%20Brasil.&text=Art.,os%20princ%C3%ADpios%20e%20conven%C3%A7%C3%B5es%20internacionais. Acesso em 11 mar. 2021.

_____. **Lei n. 4.132**, de 10 de setembro de 1962. Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4132.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%204.132%2C%20DE%2010%20DE%20SETEMBRO%20DE%201962.&text=Define%20os%20casos%20de%20desapropria%C3%A7%C3%A3o,Art. Acesso em 11 mai. 2022.

_____. **Lei n. 4.591**, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4591.htm. Acesso em 11 mai. 2022.

_____. **Lei n. 4.717**, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em 11 mai. 2022.

_____. **Lei n. 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm. Acesso em 10 mai. 2022.

_____. **Lei n. 5.972**, de 11 de dezembro de 1973. Regula o procedimento para o registro da propriedade de bens imóveis discriminados administrativamente ou possuídos pela União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5972.htm. Acesso em 10 mai. 2022.

_____. **Lei n. 6.001**, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.001%2C%20DE%2019,sobre%20o%20Estatuto%20do%20%C3%8Dndio.&text=Art.,e%20harmoniosamente%2C%20%C3%A0%20comunh%C3%A3o%20nacional. Acesso em 10 ago. 2022.

_____. **Lei n. 6.015**, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em 4 mar. 2021.

_____. **Lei n. 6.383**, de 7 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o Processo Discriminatório de Terras Devolutas da União, e dá outras Providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6383.htm. Acesso em 4 mar. 2021.

_____. **Lei n. 6.528**, de 11 de maio de 1978. Dispõe sobre as tarifas dos serviços públicos de saneamento básico, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6528.htm. Acesso em 8 abr. 2023.

_____. **Lei n. 6.766**, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6766.htm. Acesso em 4 mar. 2021.

_____. **Lei n. 6.969**, de 10 de dezembro de 1981. Dispõe sobre a aquisição, por usucapião especial, de imóveis rurais, altera a redação do § 2.º do art. 589 do Código Civil e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6969.htm. Acesso em 11 mai. 2022.

_____. **Lei n. 8.009**, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8009.htm. Acesso em 11 jun. 2022.

_____. **Lei n. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 11 jun. 2022.

_____. **Lei n. 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em 15 jun. 2022.

_____. **Lei n. 8.245**, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em 11 jun. 2022.

_____. **Lei n. 8.429**, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em 11 jun. 2022.

_____. **Lei n. 8.629**, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8629.htm. Acesso em 11 jun. 2022.

_____. **Lei n. 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em 2 de jul. 2022.

_____. **Lei n. 8.935**, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em 4 mar. 2021.

_____. **Lei n. 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em 9 de jun. 2022.

_____. **Lei n. 9.503**, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503compilado.htm. Acesso em 11 de jun. 2022.

_____. **Lei n. 9.635**, de 15 de maio de 1998. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização de que trata a Lei n. 9.491, de 9 de setembro de 1997, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9635.htm. Acesso em 7 de jun. 2022.

_____. **Lei n. 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em 9 de jun. 2022.

_____. **Lei n. 9.873**, de 23 de novembro de 1999. Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19873.htm. Acesso em 9 de jun. 2022.

_____. **Lei n. 10.257**, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em 9 de jun. 2022.

_____. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 11 de jan. 2021.

_____. **Lei n. 10.833**, de 29 de dezembro de 2003. Altera a Legislação Tributária Federal e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.833.htm. Acesso em 10 de jun. 2022.

_____. **Lei n. 11.079**, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em 9 de jun. 2022.

_____. **Lei n. 11.284**, de 2 de março de 2006. Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF; altera as Leis ns. 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11284.htm. Acesso em 9 de jun. 2022.

_____. **Lei n. 11.445**, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis ns. 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm. Acesso em 23 de out. 2022.

_____. **Lei n. 11.481**, de 31 de maio de 2007. Dá nova redação a dispositivos das Leis ns. 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.666, de 21 de junho de 1993, 11.124, de 16 de junho de 2005, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, 9.514, de 20 de novembro de 1997, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dos Decretos-Leis ns. 9.760, de 5 de setembro de 1946, 271, de 28 de fevereiro de 1967, 1.876, de 15 de julho de 1981, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987; prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111481.htm. Acesso em 9 de jun. 2022.

_____. **Lei n. 11.888**, de 24 de dezembro de 2008. Assegura às famílias de baixa renda assistência técnica pública e gratuita para o projeto e a construção de habitação de interesse social e altera a Lei n. 11.124, de 16 de julho de 2005. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=11888&ano=2008&ato=970o3YU5UNRpWT699>. Acesso em 9 de jun. 2022.

_____. **Lei n. 13.097**, de 19 de janeiro de 2015. Reduz a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP, da COFINS, da Contribuição para o PIS/Pasep-Importação e da Cofins-Importação incidentes sobre a receita de vendas e na importação de partes utilizadas em

aerogeradores; prorroga os benefícios previstos nas Leis ns. 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.440, de 14 de março de 1997, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 11.196, de 21 de novembro de 2005, 12.024, de 27 de agosto de 2009, e 12.375, de 30 de dezembro de 2010; altera o art. 46 da Lei n. 12.715, de 17 de setembro de 2012, que dispõe sobre a devolução ao exterior ou a destruição de mercadoria estrangeira cuja importação não seja autorizada; altera as Leis ns. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, 12.973, de 13 de maio de 2014, 9.826, de 23 de agosto de 1999, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 11.051, de 29 de dezembro de 2004, 11.774, de 17 de setembro de 2008, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 12.249, de 11 de junho de 2010, 10.522, de 19 de julho de 2002, 12.865, de 9 de outubro de 2013, 10.820, de 17 de dezembro de 2003, 6.634, de 2 de maio de 1979, 7.433, de 18 de dezembro de 1985, 11.977, de 7 de julho de 2009, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 11.076, de 30 de dezembro de 2004, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.074, de 7 de julho de 1995, 12.783, de 11 de janeiro de 2013, 11.943, de 28 de maio de 2009, 10.848, de 15 de março de 2004, 7.565, de 19 de dezembro de 1986, 12.462, de 4 de agosto de 2011, 9.503, de 23 de setembro de 1997, 11.442, de 5 de janeiro de 2007, 8.666, de 21 de junho de 1993, 9.782, de 26 de janeiro de 1999, 6.360, de 23 de setembro de 1976, 5.991, de 17 de dezembro de 1973, 12.850, de 2 de agosto de 2013, 5.070, de 7 de julho de 1966, 9.472, de 16 de julho de 1997, 10.480, de 2 de julho de 2002, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 6.530, de 12 de maio de 1978, 5.764, de 16 de dezembro de 1971, 8.080, de 19 de setembro de 1990, 11.079, de 30 de dezembro de 2004, 13.043, de 13 de novembro de 2014, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 10.925, de 23 de julho de 2004, 12.096, de 24 de novembro de 2009, 11.482, de 31 de maio de 2007, 7.713, de 22 de dezembro de 1988, a Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, o Decreto-Lei n. 745, de 7 de agosto de 1969, e o Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972; revoga dispositivos das Leis ns. 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.360, de 23 de setembro de 1976, 7.789, de 23 de novembro de 1989, 8.666, de 21 de junho de 1993, 9.782, de 26 de janeiro de 1999, 10.150, de 21 de dezembro de 2000, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 12.973, de 13 de maio de 2014, 8.177, de 1.º de março de 1991, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 11.051, de 29 de dezembro de 2004 e 9.514, de 20 de novembro de 1997, e do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113097.htm. Acesso em 10 de jun. 2022.

_____. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 10 de jun. 2022.

_____. **Lei n. 13.465**, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis ns. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória n. 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis n.º 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar n. 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei

n. 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm. Acesso em 11 jan. 2021.

_____. **Lei n. 13.467**, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1.º de maio de 1943, e as Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm. Acesso em 11 jan. 2021.

_____. **Lei n. 13.777**, de 20 de dezembro de 2018. Altera as Leis ns. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos), para dispor sobre o regime jurídico da multipropriedade e seu registro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13777.htm. Acesso em 10 de jun. 2022.

_____. **Lei n. 14.133**, de 1.º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em 10 de set. 2022.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do serviço público**, v. 121, n. I, ano 47, jan.-abr. 1996.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 5. ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 39/2002. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUNAZAR, Maurício Baptistella. **Da obrigação propter rem**. Dissertação (Mestrado em Direito). Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-06022014-140824/en.php>. Acesso em 13 set. 2022.

CABRAL, Karoline Salves Monteiro. **Loteamentos de acesso controlado**: proposta de protocolo municipal de governança. 2020. 108 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito). Universidade Salvador - Unifacs. Disponível em: <https://tede.unifacs.br/handle/tede/676>. Acesso em 25 mar. 2022.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros**: crime, segregação e cidadania em São Paulo. Tradução de Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. 3. ed. São Paulo: Editora 34; Edusp, 2011.

CANÁRIO, Pedro; VASCONCELLOS, Marcos. **Crítico da jurisprudência, Fachin tem a chance de transformá-la**. Consultor Jurídico - Conjur, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-17/critico-jurisprudencia-fachin-chance-transforma-la>. Acesso em 25 mai. 2023.

CARMO JÚNIOR, Marcos Antônio do. **Da ressignificação do instituto do parcelamento do solo rural a partir da constitucionalização prospectiva do direito agrário**: uma análise no Município de Inhumas-GO de 2007 a 2017. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

CARVALHO, Afrânio de. Loteamento e seu registro. *In*: DIP, Ricardo. JACOMINO, Sérgio. [Org]. **Registro imobiliário**: modificações da propriedade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais: direito registral, v. 4).

CARVALHO, Salo de. **Como (não) se faz um trabalho de conclusão:** provocações úteis para orientadores e estudantes de direito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Autorização e permissão: a necessidade de unificação dos institutos. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 16, pp. 117-130, 2002.

_____. **Manual de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CASTEJÓN, Fabio Simões. **A legalidade dos loteamentos fechados à luz do direito positivo**. 2005. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo. Disponível em: https://lares.architexturez.net/system/files/LARES_2010_388-521-3-RV.pdf. Acesso em 25 de mar. 2022.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. Obrigações propter rem e condomínios atípicos. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. [Org]. **Obrigações: estrutura e dogmática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais: obrigações e contratos, v. 1, pp. 777-795).

CHALHUB, Melhim Namem. Condomínio de lotes de terreno urbano. <https://academia.irib.org.br/xmlui/handle/123456789/955>, 2009. Acesso em 25 out. 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: direito das coisas, direito autoral**. Volume 4. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **A posse: perspectivas dogmáticas actuais**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA, Valestan Milhomem da. A juridicidade dos loteamentos fechados com a publicidade no Registro de Imóveis. <https://academia.irib.org.br/xmlui/handle/123456789/915>, 2008. Acesso em: 25 de out. 2022.

CRETELLA JÚNIOR, José. Definição da autorização administrativa. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 71, p. 99-121, 1976.

CROMWELL, Adriana Carla Souza. **Os loteamentos urbanos de acesso controlado e seus impactos no uso de espaços públicos segregados, no município de Manaus**. 2018. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental). Universidade do Estado do Amazonas - UEA. Disponível em: <http://177.66.14.82/handle/riuea/1982>. Acesso em 26 de mar. 2022.

DE CARVALHO DANTAS, Marcus Eduardo. Da função social da propriedade à função social da posse exercida pelo proprietário: uma proposta de releitura do princípio constitucional. **Revista de informação legislativa**, v. 52, n. 205, p. 23-38, 2015.

DE FREITAS, José Carlos. Da legalidade dos loteamentos fechados. <https://academia.irib.org.br/xmlui/handle/123456789/2162>, 2002. Acesso em 25 out. 2022.

DE JESUS–BAHIA, Antônio. **Legalidade da cobrança de taxa de manutenção nos loteamentos fechados (“condomínios de fato”) em Santo Antônio de Jesus - Bahia.** *A FACEMP*, pp. 118-170. Disponível em: <https://unifacemp.edu.br/wp-content/uploads/2019/11/facemp.edu.br-revista-exlege-direito-facemp-2016.pdf#page=118>. Acesso em 25 de marc. 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Sistemas de registro de imóveis.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A gestão jurídica do patrimônio imobiliário do Poder Público. **Cadernos Fundap**, ano 9, n. 17, São Paulo, 1989.

_____. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo.** São Paulo, SP: Editora Atlas, pp. 169-188, 2010.

_____. Introdução do direito privado na Administração Pública. **Direito privado administrativo.** Organizadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Uso privativo de bem público por particular.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Direito administrativo.** 34 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ERPEN, Décio Antônio; PAIVA, João Pedro Lamana. Princípios do registro imobiliário formal. *In DIP*, Ricardo Henry Marques (coord.). **Introdução ao direito notarial e registro.** Porto Alegre: Fabris, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea.** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

_____. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 27, pp. 49-69, 1992.

_____. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Questões do direito civil contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Direito civil: sentidos, transformações e fim.** Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____. **Teoria crítica do direito civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; EL DEBS, Martha; DIAS, Wagner Inácio Dias. **Direito de laje: do puxadinho à digna moradia.** Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais.** 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

_____. **Curso de direito civil: direitos reais.** 18. ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2022.

_____. **Curso de direito civil: sucessões.** 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2022.

FAZANO, Haroldo Guilherme Vieira. **Propriedade horizontal e vertical.** 2.ed. Leme: J. H. Mizuno, 2014.

FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. **Direito ao ambiente e propriedade privada: (aproximação ao estudo da estrutura e das consequências das " leis-reserva" portadoras de vínculos ambientais).** Coimbra Editora, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

JÚNIOR, Izaías Gomes Ferro. Loteamento fechado. <https://academia. irib. org. br/xmlui/handle/123456789/1072>, 2014. Acesso em 25 out. 2022.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. O Código Civil francês, origens e sistemas. *In*: MENDES, Gilmar Mendes. STOCO, Rui. [Org]. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais: direito civil, parte geral, v. 2, pp. 811-823).

FRANÇA, Rubens Limongi. O código civil brasileiro. *In*: MENDES, Gilmar Mendes. STOCO, Rui. [Org]. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais: direito civil, parte geral, v. 2, pp. 1237-1249).

FREITAS, Juarez. Da necessária reclassificação dos bens públicos. **Estudos de direito administrativo**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editora, 1997.

FREITAS, Rodrigo Cardoso. **A concretização dos direitos fundamentais de posse, propriedade e moradia por meio da desapropriação judicial privada indireta**. 2017. 358 f. Tese (Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais). Disponível em: <http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/238>. Acesso 2 de abr. 2022.

FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do *leasing***. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Interpretação do Direito Privado: o Direito Civil Constitucional prospectivo em diálogo com a Crítica Hermenêutica do Direito. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, pp. 309-329, 2019.

GAETI, Wanderli Acillo. Condomínio de lotes: viabilidade, benefícios e restrições. *In*: DIP, Ricardo. JACOMINO, Sérgio. [Org]. **Registro imobiliário: modificações da propriedade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais: direito registral, v. 4, pp. 683-734).

GALUPPO, Marcelo Campos. **Da idéia à defesa: monografias e teses jurídicas**. 2. ed. atual. conforme as normas NBR 6.023:2003, NBR 6.034:2004, NBR 12.225:2004 e NBR 14.724:2005. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

GENTIL, Alberto *et al.* **Registros públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: Método, 2021.

GIL, Antônio Hernández. **La posesion**. Obras Completas. Madri: Espasa-Calpe, 1987. V. II.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 2: teoria geral das obrigações. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. **A posse como direito autônomo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Direitos reais e autonomia da vontade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HERNANDEZ, Isa Raquel Silva Ota. **A privatização dos espaços públicos nos loteamentos fechados em Uberlândia**. 2011. 188 f. Dissertação (Mestrado em Geografia). Universidade Federal de Uberlândia: Campus Santa Mônica. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/16116>. Acesso em 2 de abr. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da administração pública. **Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática**. Coordenação: Gustavo Henrique Justino de Oliveira; organização: Wilson Accioli de Barros Filho. São Paulo: Almedina, pp. 33-62, 2020.

KERN, Marinho Dembinski. **Condomínio de lotes e loteamentos fechados**. São Paulo: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil - IRIB, 2019.

KONDER, Carlos Nelson de Paula. **Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro**. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: UERJ, 2009. Disponível em: <https://www.btd.uerj.br:8443/handle/1/9185>. Acesso 5 mai. 2022.

KÛMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Ferrari. **Dicionário notarial e registral**. 1. ed. São Paulo: YK Editora, 2022.

_____. **Tratado notarial e registral**. Vol. 5. Tomo I. 1. ed. São Paulo: YK Editora, 2020.

_____. **Tratado notarial e registral**. Vol. 5. Tomo II. 1. ed. São Paulo: YK Editora, 2020.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Pillares, 2016.

LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. Seis objeções ao direito civil constitucional. **Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS**, 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24323>. Acesso em 15 mar. 2022.

LIMA, Rafael Augusto de Mendonça. **Direito agrário e colonização**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de informação legislativa**, v. 141, pp. 99-109, 1999.

_____. Direito civil-constitucional. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coordenadores.). **Manual de teoria geral do direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, pp. 35-58, 2011.

_____. Metodologia do direito civil constitucional. **Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovisky; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceanne Bezerra de (coordenadores). Florianópolis: Conceito Editorial, pp. 19-27, 2014.

_____. **Direito civil: coisas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPEZ Y LOPEZ, Angel M. **La disciplina constitucional de la propiedad privada**. Madrid: Tecnos, 1988.

MADALENA, Luis Henrique Braga Madalena. A erosão da legalidade e a discricionariedade administrativa. **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. Organizador: Lenio Luiz Streck. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, pp. 257-276, 2019.

MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. **Apontamentos sobre a juridicidade dos “condomínios fechados” sob a ótica da função social da propriedade urbana**. 2014. 278 f. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais: Belo Horizonte. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_Magalh%C3%A3esAAM_1.pdf. Acesso em 2 dez. 2021.

MAIA, Cláudio; FIDELES, Júnior; MEDINA, Gabriel. Reforma agrária. **Agricultura Familiar em Goiás**, 2016.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. **Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. Saraiva, 2002.

_____. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo**. V. 1. Coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 30 ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. **Direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELO, Marcelo Augusto Santana de. **Teoria geral do registro de imóveis: estrutura e função**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editora Ltda., 2012.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1982.

MIRAGEM, Bruno. **Teoria geral do direito civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo; TEPEDINO, Gustavo (org.). **Fundamentos do direito civil**. Volume 5: direitos reais. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Posse**. Estudo dogmático. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. II, t. I.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MUÑOZ, Jaime Rodrigues-Arana. Sobre las transformaciones de derecho público de León Düguit. **Revista Interesse Público**, ano 16, n. 84, p. 150, Belo Horizonte. Fórum, abr.-mar., 2014.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 40 ed, rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil**, volume I, tomo I: teoria geral do direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Instituições de direito civil**, volume I, tomo II: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Instituições de direito civil: direito das obrigações**, volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Instituições de direito civil, volume IV: direitos patrimoniais e reais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NEVES, Julio Andrade. *A suppressio (Verwirkung) no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2016.

OSÓRIO, Fabio Medina. Supremacia do interesse público sobre o privado. **Revista de Direito Administrativo**, v. 220, p. 69-107, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código napoleão. In: MENDES, Gilmar Mendes. STOCO, Rui. [Org]. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais: direito civil, parte geral, v. 2, pp. 837-848, p. 843).

_____. **Condomínio e incorporações**. 12. ed. rev. e atual. segundo a legislação vigente. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Instituições de direito civil** - v. I. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017

_____. **Instituições de direito civil** - vol. III. Atual. Caitlin Mulholland. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Instituições de direito civil**. Vol. IV. Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro filho. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PÉREZ, Jesús Gonzáles. **El principio general de la buena fé en el derecho administrativo**, 4. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

POLANYI, Karl. **A grande transformação: a origem da nossa época**. Tradução de Fanny Wrabel. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Parte Especial. Tomo XIII. Direito das coisas: parcelamento. Direitos de vizinhança. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2001.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**. Tradução José Cretella Júnior. São Paulo: Editora RT, 1995.

ROCA, Javier Garcia. Separación de poderes y disposiciones del ejecutivo com rango de ley: mayoria, minorias, controles. **Revista de direito constitucional e internacional**, vol. 27/1999, abr.-jun. 1.999.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros Editora, 2005.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social da posse: trinta anos depois. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coord.).

Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, pp. 559-569, 2019.

RODRIGUES, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?:** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROLEMBERG, Sheila Santos. **A função social da propriedade pública e o direito à moradia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A metodologia do direito civil no pensamento de Luiz Edson Fachin. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths (coordenadores). **Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição:** estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, pp. 27-35, 2019.

SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; MENDES, Eduardo Heitor. Função, funcionalização e função social. *In:* SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coordenadores). **Direito civil constitucional.** 1 ed. São Paulo: Atlas, pp. 97-124, 2016.

SANTOS, Raphael Pereira dos; AGUADO, Juventino de Castro. Políticas públicas na implementação da moradia na desapropriação judicial privada por posse-trabalho. **Revista Paradigma**, n. 21, 2012.

SÃO PAULO. Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo - CGJSP, **Provimento n. 58**, de 28 de novembro de 1989. Normas de serviço. Cartórios Extrajudiciais, tomo II. Disponível em <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=133038>. Acesso em 4 de mar. de 22.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 46, pp. 193-244, 2003.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição.** São Paulo: Atlas, 2013.
_____. Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira. SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e Constituição.** São Paulo: Atlas, pp. 243-266, 2013.

SCHREIBER, Anderson... [et al.]. **Código civil comentado:** doutrina e jurisprudência. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. Da contribuição do Código Civil para o direito administrativo. **Revista de direito administrativo**, v. 78, pp. 1-25, 1964.

SCORZATO, Tatiana Galardo Amorim. **A Lei n. 13.465/2017 e a ordenação do solo urbano brasileiro:** análise dos loteamentos de acesso controlado e dos condomínios de lotes. 2018. 157 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí - Univali. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/2507/Dissertac%CC%A7a%CC%83o%20-%20Tatiana%20Galardo%20Amorim%20Dutra%20Scorzato.pdf>. Acesso em 4 abr. 2022.

SGARBI, Adrian. **Introdução à teoria do direito.** São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, Clóvis Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão do futuro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: v. 25, n. 97, p. 163 (jan./mar. 1988).
 _____. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006

SILVA, José Afonso da Silva. **Direito urbanístico brasileiro**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

SOARES, Danielle Machado. **Condomínio de fato**: incidência do princípio da autonomia privada nas relações jurídicas reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SOARES, Mário Lúcio Quintão Soares. **Teoria do estado**: novos paradigmas em face da globalização. 5. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica e jurisdição**: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

_____. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017a.

_____. **Hermenêutica e jurisdição**: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. 4. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021

_____. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Parecer**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/manifestacao-politica-juizes-nao-punida.pdf>. Acesso em 30 mai. 2023.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TEPEDINO, Gustavo. **Multipropriedade imobiliária**. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Temas de direito civil**, v. 3, p. 1-22, 2004.

_____. **Comentários ao Código Civil**. Vol. 14. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da constituição da república. (SYN) **THESIS**, v. 5, n. 1, pp. 15-21, 2012.

_____. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. *In*: TEPEDINO, GUSTAVO; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. A perseverante construção da legalidade constitucional. **Direito civil constitucional**: a construção da legalidade constitucional nas relações privadas. Aline de Miranda Valverde Terra ... [et al.]; coordenado por Deborah Pereira Pinto dos Santos, Gustavo Tepedino, Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2022.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do direito civil**. Volume 2: obrigações. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TOFFOLI, José Antonio Dias; PERES, Livia Cristina Marques. Desjudicialização conforme a constituição e tratamento adequado dos conflitos de interesse. **Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público**. Coordenadores Rita Dias Nolasco... [et al.]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, pp. 35-55, 2021.

VALESI, Raquel Helena. **O loteamento fechado e o rateio das despesas comuns**. 2006. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/handle/handle/6841>. Acesso em 5 de abr. 2022.

VARELA, João de Matos Antunes. **Direito das obrigações**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2003, v. I.

XAVIER, Luciana Pedroso. **As teorias do patrimônio e o patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2011.

XAVIER, Luciana Pedroso; XAVIER, Marília Pedroso. Transformações no conceito jurídico de patrimônio: a contribuição de Luiz Edson Fachin. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coord.). **Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição**: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, pp. 231-242, 2019.

ZAVASCKI, Teori Alvino. A tutela da posse na Constituição Federal e no projeto do Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.