

As prefeituras privadas e a inconstitucionalidade do fechamento de ruas e de praças

Autoria Coletiva:

Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos

Procuradores de Justiça: Antônio Joaquim Fernandes Neto, Antônio Sérgio Rocha de Paula, César Antônio Cossi, Giovanni Mansur Solha Pantuzzo, Gisela Potério Santos Saldanha, Jacson Rafael Campomizzi, Luiz Carlos Teles de Castro, Nedens Ulisses Freire Vieira, Rodrigo Cançado Anaya Rojas, Shirley Fenzi Bertão

Tese apresentada por: Antônio Sérgio Rocha de Paula

I Exposição dos fatos e dos fundamentos

O Município de Belo Horizonte promulgou, em 20.01.2004, a Lei n.º 8.768, que dispõe sobre a “permissão de direito real de uso de área pertencente ao Município, em via com cul-de-sac ou com característica semelhante que faça recomendar seu fechamento”.

A norma citada autoriza o Executivo a outorgar permissão de direito real de uso de área pertencente ao Município e de uso comum, destinada a sistema viário ou praça (art. 1º).

O parágrafo único do referido dispositivo estabelece que tal permissão será concedida exclusivamente para a via “cul-de-sac ou com característica semelhante” que faça recomendar seu fechamento, assim definida no Dicionário Houaiss: “rua sem saída, com uma área maior e geralmente arredondada, para a manobra de veículo”.

A lei em comento tem por finalidade “estimular a participação da comunidade na gestão de negócio público de seu interesse, tal como segurança e limpeza pública, e propicia à municipalidade economia no gasto com sua conservação” (art. 2º).

A permissão é concedida à sociedade civil constituída por proprietários ou moradores, a qual, além de assumir os serviços públicos de manutenção e conservação dos bens, realiza contrapartida de caráter urbano, ambiental ou social – pagamento por meio da realização de obras, definidas pelo Poder Público.

A aludida lei prevê que a área objeto da permissão “ficará desafetada do uso comum” (art. 5º); porém, permite o “acesso a qualquer pessoa, desde que identificada” (art. 6º). A construção de portaria para monitoramento da entrada de pessoas no local é autorizada pelo último artigo citado.

O Município de Belo Horizonte tem concedido “permissão de direito real de uso” de áreas ocupadas por ruas, por praças e por bairros (cf. Decretos n.ºs 11.746 e 11.744, de 24.06.2004, e 12.055, de 25.05.2005), o que tem provocado discussões acaloradas na sociedade.

As associações e os moradores beneficiados têm sustentado que a Lei Municipal n.º 8.768/2004 autorizou a instituição de loteamentos ou condomínios fechados, através da concessão de direito real de uso de bens públicos (art. 3º do Decreto-Lei n.º 271/67 c/c a Lei n.º 4.591/64). Esses loteamentos têm como característica principal, segundo vários precedentes jurisprudenciais, o acesso exclusivo dos moradores e das pessoas por eles autorizadas.

O Município de Belo Horizonte tem afirmado que não há uso privativo dos bens públicos, mas, sim, uso controlado com a finalidade de proporcionar maior segurança aos moradores e aos transeuntes. Assim, de acordo com o citado ente público, a permissão de direito real de uso, na forma como vem sendo concedida, não viola o direito de ir e vir dos demais munícipes, que poderão fazer uso do bem de uso comum, devendo para tanto apenas se identificar.

Esse “uso controlado” de bens de uso comum do povo – erroneamente denominado “permissão de direito real de uso” – em nada se assemelha ao instituto da concessão de direito real de uso, previsto na lei federal (art. 7º do Decreto-Lei n.º 271, de 28.02.1967), na qual se instaura um direito real, que possui como característica sua imediata adesão à coisa e o chamado direito de sequência. A exclusividade sobre o bem

confere ao titular a prerrogativa de vê-lo respeitado por todos, os quais ficam impedidos de opor-lhe qualquer embaraço.

O § 2º do referido art. 7º do Decreto-Lei n.º 271/67 dispõe que, desde a inscrição da concessão, o particular fruirá plenamente do terreno e responderá por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas. Mais à frente, o § 4º do citado dispositivo prevê que, salvo disposição contratual em contrário, a concessão transfere-se por ato *inter vivos* ou por disposição legítima ou testamentária.

Na hipótese, embora o art. 1º da Lei n.º 8.768, de 20.01.2004, tenha autorizado a permissão de direito real de uso de área municipal *cul-de-sac*, de uso comum, destinada a sistema viário ou praça, o que pressupõe a exclusividade do uso do bem pelo permissionário, a parte final do art. 6º da citada norma permite o acesso de qualquer pessoa ao local, desde que identificada.

Não estamos, portanto, diante do aludido instituto previsto na norma federal. Não houve concessão ou permissão de direito real.

O novo instituto previsto na lei municipal em tela também não se assemelha à permissão de uso – que tem natureza pessoal –, segundo a qual por ato unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, concede-se ao particular o uso privativo de bem público.

Na hipótese, como já dito, não há que se falar em uso exclusivo do bem pelo particular, o que afasta o argumento das associações e dos moradores de que a lei municipal teria autorizado a instituição de condomínio ou loteamento fechado.

Ora, de acordo com precedentes jurisprudenciais – TJMG: AC n.º 436.855-6, j. 16.06.04; AC n.º 369.812-0; AC n.º 195.051-6; AC n.º 280.421-7, j. 22.02.2000; AI n.º 429.359-8, j. 04.03.2004; AI n.º 429.359-8 –, a característica principal do condomínio fechado está no fato de que só têm acesso a ele os proprietários ou quem por estes for admitido.

Há, ainda, os seguintes requisitos para a instituição desses loteamentos: a) lei municipal autorizando expressamente a instituição do condomínio fechado e regulando as relações com o Poder Público; b) aprovação do loteamento fechado pelos órgãos competentes com os documentos elencados no art. 18 da Lei n.º 6.766/79 e registro no

Cartório Imobiliário; c) existência de regulamento do uso das vias e dos espaços livres, à semelhança da convenção de condomínio prevista no art. 9º da Lei n.º 4.591/64.

Não há que se falar, portanto, em loteamento ou condomínio fechado.

Não existe dúvida, portanto, de que a Lei n.º 8.768, de 20.01.2004, apresenta incoerências que desafiam o intérprete. Além de adotar terminologia inadequada, a referida norma confundiu institutos de Direito Administrativo. Criou nova forma de uso de bem público de uso comum do povo – o “uso controlado”.

Ora, o uso dos bens públicos pertence a todos os cidadãos indistintamente, sem que se necessite de permissão especial. O desfrute do bem por parte de um não pode excluir ou limitar a possibilidade de gozo por parte dos demais.

Ruy Cirne Lima, citado por Eros Roberto Grau¹⁶⁶, adverte:

É característico do uso comum que nenhum utente possa excluir outro, dada a paridade de situação entre todos.

E, como integrantes do domínio municipal, poderão os bens de uso comum ser objeto de permissão de uso aos proprietários de determinados lotes? A limitação imposta ao direito à circulação – exigência de prévia identificação – seria legítima?

A resposta é negativa para as duas indagações.

A respeito do tema da utilização das vias públicas, Eros Roberto Grau¹⁶⁷, citando José Afonso da Silva, adverte:

Uma das funções urbanísticas do Poder Público é a de criar condições à circulação, sendo o sistema viário “o meio pelo qual se realiza o **direito à circulação**, que é a manifestação mais característica do **direito de locomoção, direito de ir e vir e também de ficar** (estacionar, parar), assegurado da Constituição Federal”.

Este **direito de circular** “consiste na faculdade de deslocar-se de um ponto a outro através de uma via pública ou afetada ao uso público”, do que resulta constituir, a utilização da via pública, não “uma mera

¹⁶⁶ GRAU, Eros Roberto. *Bens de uso comum*. RDP n.º 76/50

¹⁶⁷ Parecer e revista citados, p. 51

possibilidade, mas um poder legal executável **erga omnes**". Em consequência – prossegue José Afonso da Silva, citando Pedro Escribano Collado – “a Administração não poderá impedir, nem geral nem singularmente, o trânsito de pessoas de maneira estável, a menos que desafete a via, já que, de outro modo, se produziria uma transformação da afetação por meio de uma simples atividade de polícia”.

Como a desafetação das ruas não se verifica, uma vez que todos poderão ter acesso à área, a limitação imposta ao direito à circulação viola o direito constitucional de liberdade de locomoção (art. 5º, XV, da CF).

É bem verdade que a Administração pode impor limitações ao uso dos bens públicos, exigindo, por exemplo, remuneração, como ocorre no pedágio e na cobrança por estacionamento de veículos (art. 103 do novo Código Civil), mas nesses casos a restrição tem finalidade pública, qual seja, a conservação das vias e o aumento da oferta de vagas.

Na hipótese, ao contrário, a limitação do uso das ruas atende ao interesse privado, beneficiando tão somente os moradores locais, os quais, com a instalação da portaria, instituíram verdadeiro condomínio fechado em área que nunca teve essa destinação.

As associações – responsáveis pela manutenção e conservação dos bens concedidos – transformam-se em verdadeiras prefeituras privadas, o que é inadmissível.

O argumento de que a população teria sido beneficiada com essa política de segurança pública, *data venia*, não convence.

Não se exige prévia identificação para o acesso às demais áreas de lazer da Cidade.

A Lei Orgânica Municipal, além de identificar os jardins, as praças, os quarteirões fechados como espaços privilegiados para o lazer (art. 174), proíbe expressamente a descaracterização dessas áreas (art. 40).

Não há dúvida de que são os moradores do local os únicos beneficiários do ato. O interesse privado prevaleceu sobre o público.

A simples construção da portaria e a instalação das cancelas já são suficientes para afastar a população do local, porquanto, ainda que não fosse essa a intenção do ente público, para os usuários dessas ruas, a imagem que fica é a de que, a partir dessas obras, as áreas teriam se transformado em condomínios fechados.

A inconstitucionalidade salta aos olhos.

A Lei Municipal n.º 8.768/2004, além de invadir competência legislativa concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal (art. 24, I, da CF), criou nova forma de utilização de bem público de uso comum do povo – o “uso controlado” –, e tal inovação afronta o princípio constitucional da supremacia do interesse público, objetivo fundamental da República (art. 3º, IV, da CF).

A competência para legislar sobre direito urbanístico é da União, dos Estados e do Distrito Federal (art. 24, I, da CF). Cabe ao Município legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, da CF), bem como “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (art. 30, VIII, da CF).

Na hipótese, a lei citada dispõe sobre a desafetação de bens de uso comum do povo (ruas e praças) e cria nova forma de uso desses bens por particulares, o que também contraria os seguintes dispositivos da lei federal, que dispõem sobre os loteamentos:

A inscrição torna inalienáveis por qualquer título, as vias de comunicação e os espaços livres constantes do memorial e planta. (art. 3º do Dec-Lei n.º 58/1937)

Desde a data da inscrição do loteamento passam a integrar o domínio público do município as vias e praças e áreas destinadas a edifícios públicos e outros. (art. 4º do Dec-Lei 271/67)

Desde a data do 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. (art. 22 da Lei n.º 6.766/79)

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem reiteradamente declarado a inconstitucionalidade de leis municipais semelhantes. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 55.920.0/6, Rel. Des. Fonseca Tavares, Órgão Especial, j. 10.05.2000, além da fundamentação a respeito da violação da Constituição Estadual (art. 180, VII), o acórdão fez as seguintes considerações sobre a inconstitucionalidade à luz da Carta Federal:

[...]

A competência para legislar sobre direito urbanístico é da União e dos Estados, restando aos Municípios competência meramente complementar para dispor sobre loteamentos.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal de Justiça nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 38.384-0-SP, Órgão Especial, Rel. Dante Busana, j . 29.04.98, v.u., e na de a 18.103-0-SP, j . 22.06.94, relatada pelo Des. Rebouças de Carvalho, cuja ementa a seguir se transcreve:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei Municipal - Ocorrência - Desafetamento de área de lazer de loteamento - Proibição em áreas públicas - Executivo que não dispõe de discricionariedade para decidir sobre desafetamento - Artigo 180, VII da Constituição Estadual - Município com competência legislativa apenas suplementar - Inconstitucionalidade declarada.

[...]

Autonomia não é sinônimo de independência.

Os Executivos municipais estão submetidos ao conjunto de regras emanado de instâncias superiores, especialmente aquelas que destinam setores daqueles empreendimentos ao sistema de circulação, implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, proporcionais à densidade de ocupação prevista para a gleba (verbis).

Respeitando ditos parâmetros, o Administrador das comunas atenderá o espírito público, com vistas ao desenvolvimento das cidades e garantia do bem estar de seus habitantes, inspirado pela uniforme ocupação do espaço.

Em sentido contrário, ao querer transferir a prestação de serviços necessários em bairros mais distantes a associações de moradores, e permitir seja realizado, por estas, um controle do acesso às áreas de uso comum, em usurpação à atribuição exclusiva dos estados federados (Segurança Pública), lança ele à perplexidade o administrado, que por vias transversas se vê limitado no direito de ir e vir.

Ainda que tal se revele uma solução prática, tem ela nítido caráter de favorecimento do interesse de poucos em detrimento da coletividade.

Tal como postas, as normas combatidas subverteram a hierarquia constitucional dos temas tratados, vislumbrando-se o vício na invasão pela edilidade de atribuição pertinente a círculo legislativo imediatamente superior. (grifo nosso)

Evidente a violação do princípio constitucional da supremacia do interesse público, também conhecido como princípio da finalidade pública, definido por Alexandre de Moraes da forma seguinte:¹⁶⁸

¹⁶⁸ Ob. cit. p. 797.

Consiste no direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum.

A Constituição Federal prevê no inciso IV, do art. 3º, que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil *promover o bem de todos*, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[...]

Esse vetor objetivo fundamental deverá servir como *vetor de interpretação*, seja na edição de leis ou atos normativos, seja em suas aplicações.

[...]

Trata-se, pois, de um princípio constitucional explicitado no já citado inciso IV, do art. 3º, e reforçado no *caput* do art. 37, com a redação dada pela EC n.º 19/98, uma vez que a idéia de predominância do interesse público está interligada à eficiência da administração pública.

Nesse sentido, apreciando hipótese semelhante, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.706-4-DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 09.04.2008, declarou a inconstitucionalidade da Lei Distrital n.º 1.713/97, que transferia a administração de quadras residenciais para as prefeituras comunitárias ou associações de moradores.

O art. 4º da aludida lei distrital¹⁶⁹, à semelhança da lei municipal em comento, além de facultar às citadas entidades civis a prestação de alguns serviços públicos – limpeza, jardinagem, coleta seletiva do lixo e segurança dos moradores –, autorizava a instalação de obstáculos nos limites externos das áreas, para dificultarem a entrada e a saída de veículos e desde que não trouxessem prejuízo nem colocassem em risco o livre acesso das pessoas.

O dispositivo referido também foi declarado inconstitucional em substancial voto do Ministro Eros Grau, assim ementado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL N. 1.713, DE 3 DE SETEMBRO DE 1.997. QUADRAS RESIDENCIAIS DO PLANO PILOTO DA ASA NORTE E DA ASA SUL. ADMINISTRAÇÃO POR PREFEITURAS OU ASSOCIAÇÕES DE MORADORES. TAXA DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO. SUBDIVISÃO DO DISTRITO FEDERAL.

¹⁶⁹ Art. 4º: Poderão ser fixados, nos limites externos das áreas das quadras ou conjuntos, obstáculos que dificultem a entrada e a saída de veículos e que não prejudiquem nem coloquem em risco o livre acesso de pessoas.

FIXAÇÃO DE OBSTÁCULOS QUE DIFICULTEM O TRÂNSITO DE VEÍCULOS E PESSOAS. BEM DE USO COMUM. TOMBAMENTO. COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO PARA ESTABELECEER AS RESTRIÇÕES DO DIREITO DE PROPRIEDADE. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 2º, 32 E 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

[...]

4. O artigo 4º da lei possibilita a fixação de obstáculos a fim de dificultar a entrada e saída de veículos nos limites externos das quadras ou conjuntos. Violação do direito à circulação, que é a manifestação mais característica do direito de locomoção. A Administração não poderá impedir o trânsito de pessoas no que toca aos bens de uso comum. (grifo nosso)

II Conclusão

1. A Lei n.º 8.768/2004, do Município de Belo Horizonte, além de invadir competência legislativa concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal, criou nova forma de utilização de bem público de uso comum do povo – o “uso controlado” –, inovação que afronta o princípio constitucional da supremacia do interesse público, objetivo fundamental da República (art. 3º, IV, da CF).

2. A exigência de identificação para o acesso a ruas e praça viola o direito à circulação, que é a manifestação mais característica do direito de locomoção. A Administração não poderá impedir o trânsito de pessoas no que toca aos bens de uso comum.