SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

A REALIDADE DOS LOTEAMENTOS FECHADOS NO DIREITO BRASILEIRO: A EXISTÊNCIA E MANUTENÇÃO DO INSTITUTO FRENTE AO PARADOXO ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL DE ASSOCIAÇÃO E O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

THE REALITY OF GATED COMMUNITIES IN BRAZILIAN LAW: THE INSTITUTE EXISTENCE AND MAINTENANCE FRONT OF THE PARADOX BETWEEN THE RIGHT OF ASSOCIATION AND FUNDAMENTAL PRINCIPLE OF SOLIDARITY

Adriano Mendonça Ferreira Duarte [1]
Elcio Nacur Rezende [2]

Resumo

Objetivou-se com este trabalho analisar o problema dos loteamentos fechados no Direito Brasileiro, frente à fragilidade do instituto que não possui regulamentação e a insegurança jurídica de sua criação pela forma civil de mera associação. A revisão bibliográfica e jurisprudencial levou à conclusão que atualmente o Direito Brasileiro não reconhece o loteamento fechado como condomínio, mas como mera associação civil, o que leva a uma enorme insegurança jurídica para os proprietários envolvidos, pois segundo a máxima constitucional do Direito de Associação ninguém é obrigado a se associar ou manter-se associado.

Palavras-chave: Condomínio urbano, Direito urbanístico, Eticidade, Direito ambiental das cidades, Taxas condominiais

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this work is to analyze the problem of gated communities in Brazilian Law that does not have regulation and the legal uncertainty of its creation by the civil form of mere association. The literature and cases revision led to the conclusion that Brazilian law does not recognize the walled communities as condominiums, but merely as a civil association, which leads to a huge legal insecurity for owners involved, because according to the Constitutional Law nobody are obliged to associate or remain associated.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Urban condominium, Urban law, Ethics, Environmental law, Condominium fees

[1] Acadêmico do Curso de Mestrado em Direito Ambiental da Escola Superior Dom Helder Câmara

[2] Mestre e Doutor em Direito Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara

Considerações Iniciais

Os loteamentos fechados representam um dos maiores problemas de ordem jurídico-urbanística na atualidade, frente à ausência de lei específica que os regulamente, o que resulta em questões como a privatização de bens públicos (praças e logradouros) e o bloqueio do acesso público através de cancelas e portões (DA SILVA, 1995).

A ausência de norma específica levou a uma tentativa de regularização do instituto através da criação de associações cíveis, pessoas jurídicas de direito privado que constituem um *universitas personarum*, ou seja, um grupo que colima fins ou interesses não econômicos (DINIZ, 2016).

O interesse na criação das associações veio da necessidade dos proprietários dos loteamentos fechados organizarem suas atividades e garantir certa segurança jurídica aos atos da vida em condomínio, perante terceiros e entre os próprios moradores. A instituição da pessoa coletiva leva à possibilidade da participação e representação coletiva, através da criação de diretorias e eleição de um síndico, como também à manutenção financeira do "condomínio" com a instituição de "taxas condominiais".

Os primeiros problemas enfrentados pelos loteamentos fechados surgiram com o fechamento sem autorização das vias públicas, através de portões e cancelas, pois inúmeras ações do Ministério Público surgiram com o fim único de proibir e retirar tais obstáculos frente o direito de livre circulação das pessoas, vezes que as vias não perderam a natureza de bens públicos, assim como as praças internas ao loteamento (DA SILVA, 1995).

Não bastassem as ações do *parquet* buscando o fim dos loteamentos fechados, muitos moradores passaram a requerer o desligamento das associações com base no que dispões o artigo 5º inciso XX da Constituição Federal que trata do Direito de Associação, pois segundo este dispositivo "ninguém poderá ser compelido a associar-se ou manter associado" (MORAES, 2015).

A situação tornou-se insustentável, vezes que, aqueles que permanecem nos condomínios sem pagar as taxas condominiais, passaram a utilizar gratuitamente os serviços de portaria, segurança e de manutenção da área comum. Ao mesmo passo que, os ainda pagantes, passaram a questionar o fato de contribuírem para as despesas de todos os inadimplentes.

O presente trabalho se propõe a encontrar uma solução jurídica para o problema causado pela fragilidade do instituto da associação, enquanto elemento responsável pela regularização dos loteamentos fechados.

Discussão

Ao cuidar propriamente do assunto, o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 432.106 através do voto do Ilustre Ministro Marco Aurélio de Mello reconheceu ser ilegal a cobrança de taxas pelas associações dos loteamentos fechados, frente à violação expressa ao princípio da legalidade e ao direito de associação (VALESI, 2014).

A reação das associações veio em forma de defesa e reiteradas ações de cobrança, afirmando que o não pagamento das taxas representaria claro enriquecimento ilícito, pois não se figura justo e lícito se beneficiar de fato sem a devida contraprestação (STJ – 3ª Turma; Ag.Reg. no Resp nº 490.419- SP, rel. Min. Nancy Andrighi; j. 10/06/03; v.u.).

Não somente as duas maiores cortes do país se dividiram em relação ao tema, como também suas turmas de julgamento, levando o Superior Tribunal de Justiça, frente ao grande número de recursos sobre a mesma matéria, a proferir acórdão em sede de recurso especial repetitivo que determinou: "as taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou os que a elas não anuíram" (STJ- Segunda Seção; REsp 1.439.163-SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, rel. para acórdão Min. Marco Buzzi, Segunda Seção, j. 22/5/2015; v.u.).

O Superior Tribunal de Justiça entendeu, assim como o Supremo, que em uma relação de Direito Privado, em que prevalece a autonomia da vontade, não há de se obrigar um sujeito por aquilo que não se encontra na lei ou contrato. Da mesma forma o repetitivo afastou o entendimento que afirma ser uma aceitação tácita a utilização dos serviços, pois não se cria forma onde a lei não foi expressa, portanto citou o entendimento aventado pelo STF no RE 432.106.

O Ministro Marco Aurélio de Mello considerou que não há ponderação entre o Princípio Geral do não Enriquecimento Ilícito e o constitucional da Livre Associação, por se tratar o primeiro de princípio hierarquicamente inferior e que qualquer entendimento contrário

corresponde a esvaziar o conteúdo protetivo do artigo 5º da Constituição Federal (STF – Primeira Turma; RE 432.106-RJ, rel. Min. Marco Aurélio de Mello; j. 20/09/11; v.u.).

Contudo, não atentaram os doutos ministros para o fato de existir fortes referências na doutrina civilista, em meio a autores de renome como Washington de Barros Monteiro e Miguel Reale, de que o não enriquecimento ilícito como expressão da eticidade é corolário do princípio da solidariedade que está expresso no artigo 3º da Constituição Federal, reconhecido em meio aos constitucionalistas como princípio base da República (VALESI, 2014).

Ora, se presentes tais princípios no seio da Carta Magna, não há que se falar em hierarquia inferior, vezes que a eticidade e a solidariedade encontram respaldo na função social do contrato e também na dignidade da pessoa humana, esta o fundamento maior da República e princípio basilar da ordem democrática (REALE, 1986).

O caso remete ao antigo paradigma do atraso na elaboração das leis e a efemeridade das relações sociais, contudo não se deve esperar somente do poder legislativo a atuação para resolver a lacuna sobre os loteamentos fechados. O clamor da sociedade também deve ser respeitado, seja pela busca da segurança jurídica em suas relações, ou pelo respeito à ética e a solidariedade nas relações jurídicas.

Considerações Finais

A solução encontrada pelo STF e posteriormente seguida pelo STJ não foi a mais correta, nem mesmo a mais justa, pois a tentativa de resolver conflitos gerados pela falta da lei, levou a uma maior insegurança jurídica e ao desrespeito a outros princípios de ordem constitucional como a dignidade da pessoa humana.

A eticidade e a solidariedade não podem ser entendidas como princípios de ordem inferior, nem mesmo de forma transversa, quando analisadas pela aplicação de um de seus instrumentos, qual seja a garantia do não enriquecimento ilícito. Portanto, um julgamento mais correto levaria em conta ambos os princípios no mesmo grau de hierarquia, com método de resolução de conflito mais apropriado como a ponderação (CANOTILHO, 2003).

Entender a situação de forma contrária corresponde a esvaziar os ideais defendidos por uma nova vertente civilista que defende a constitucionalização da ordem privada e o respeito aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 432.106 Rio de janeiro/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 29 setembro de 2011.Disponívelem:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629287 > Acesso em 23 de agosto de 2016.

_____. Repercussão Geral no Agravo de Instrumento 745.831 São Paulo/SP. Relator: Ministro Dias Toffoli. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 20 de outubro de 2011.Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1593776 > Acesso em 23 de agosto de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.280.871 São Paulo/SP. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 22 maio de 2015. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101896590&dt_publicacao=22/05/2015> Acesso em 23 de agosto de 2016.

_____. Recurso Especial 1.439.163 São Paulo/SP. Relator: Ministro Marco Buzzi. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 22 maio de 2015.Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1439163&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em 23 de agosto de 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra: Almedina, 2003.

DA SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____, José Afonso**. Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

DINIZ, Maria Helena de. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Vol. 1 - Teoria Geral do Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Uso Privativo de Bem Público por Particular.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 1992.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2015.

REALE, Miguel. **O projeto de Código Civil, situação atual e seus problemas fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 1986.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro:Renovar, 1999

VALESI, Raquel Helena. **Questões controvertidas no Supremo Tribunal Federal sobre as obrigações dos adquirentes de lotes em loteamento fechado**. São Judas Tadeu, 2015. ISSN 2358.6990. Disponível em: <www.usjt.br/revistadireito/numero-1/12-raquel-valesi.pd>. Acesso em: 24 de agosto de 2016.