



**B) Meio urbano  
e bens públicos**

***B) Urban environment  
and public assets***



# LOTEAMENTOS URBANOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

## URBAN LAND DIVISION PLANS IN LIGHT OF THE BRAZILIAN CONSTITUTION

RICARDO MARCONDES MARTINS

Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP.  
Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da PUC-SP.  
ricmarconde@uol.com.br

Recebido em: 14.11.2018.

Aprovado em: 01.02.2019

ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Administrativo; Imobiliário e Registral

**RESUMO:** Este estudo tem por objeto o regime jurídico dos loteamentos a partir do estatuto constitucional da propriedade. Examinadas as regras constitucionais sobre o dever de cumprimento da função social, estudou-se a competência municipal para fixação do coeficiente de aproveitamento. O respeito ao coeficiente mínimo, regra geral, exige o parcelamento do solo por loteamento ou desmembramento. Examinou-se, então, o regramento jurídico da aprovação, do registro e do cancelamento de loteamentos urbanos. Estudou-se o princípio da conservação do loteamento e os efeitos dele decorrentes. Examinaram-se os loteamentos ilegais, clandestinos e irregulares, e a regularização fundiária. A partir da distinção entre concurso voluntário e afetação, discutiu-se a caracterização do concurso voluntário nos loteamentos ilegais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito fundamental de propriedade – Função social da propriedade – Loteamentos urbanos – Cancelamento de loteamentos –

**ABSTRACT:** The subject matter of this study is the legal regime applicable to land division plans in view of the provisions contained in the Brazilian Constitution on the ownership of real property. Upon examination of the constitutional rules that impose observance of the social function of property, one considered the competent jurisdiction of city governments to establish a specific ratio of use thereof. The minimum ratio stipulates that the division of land be made either through land division plans or through "dismemberment plans". Hence, one examined not only the legal rules that apply to the approval, registration and cancellation of urban land division plans, but also the principle of preservation of a land division plan and the effects produced thereby. One has also analyzed illegal, unauthorized and irregular land division plans followed by further compliance therewith. Upon distinguishing between voluntary concurrence and appropriation, one discussed the characterization of voluntary concurrence in illegal land division plans.

**KEYWORDS:** Fundamental right to property – Social function of property – Urban land division plans – Cancellation of land division plans – Unauthorized

Loteamentos clandestinos – Loteamentos irregulares – Concurso voluntário – Afetação – Princípio da conservação do loteamento.

land division plans – Irregular land division plans – Voluntary concurrence – Appropriation – Principle of preservation of a land division plan.

SUMÁRIO: 1. Direito de propriedade. 2. Função social da propriedade. 3. Direito de propriedade e loteamento. 4. Loteamentos legais. 5. Cancelamento do registro. 6. Loteamentos ilegais. 7. Concurso voluntário. 8. Conclusões. Referências bibliográficas.

## 1. DIREITO DE PROPRIEDADE

A propriedade, comumente estudada na seara do direito civil, é um instituto do direito público<sup>1</sup>. Trata-se de um direito fundamental, positivado no artigo 5º, XXII, da CF/88: “é garantido o direito de propriedade”. Pretende-se aqui estudar os *loteamentos urbanos* sob uma perspectiva constitucional e, para tanto, o ponto de partida deve ser o direito fundamental de propriedade. A questão prévia do presente estudo é: qual é o papel do Legislador Municipal e da Administração Municipal em relação a esse direito? Para enfrentá-la, devem ser fixadas algumas premissas em relação aos direitos fundamentais, a partir de dois conjuntos de teorias.

O primeiro conjunto diz respeito às teorias do suporte fático. Existem, basicamente, duas posições: a do suporte fático amplo e a do suporte fático restrito. Para os partidários da primeira, tudo o que for abrangido pelo texto em que o direito fundamental está positivado diz respeito ao suporte fático do respectivo direito. Ao revés, para os partidários da segunda, nem tudo que é abrangido pelo texto integra o suporte fático<sup>2</sup>. Adota-se, aqui, a teoria ampla: o suporte fático do direito fundamental abrange tudo o que for subsumido ao texto em que ele está positivado<sup>3</sup>. O segundo conjunto diz respeito às teorias interna e externa dos direitos

1. Foi o que reconheceu Celso Antônio Bandeira de Mello: “O direito de propriedade [...] encarta-se, ao nosso ver, no Direito Público e não no Direito Privado” (Novos aspectos da função social da propriedade no direito público. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo, ano 3, v. 8, jan.-mar. 2019. p. 409).
2. Sobre ambas, vide: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 307-332; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo; Malheiros Editores, 2009. p. 79 et seq.
3. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Temas polêmicos da desapropriação municipal. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo, ano 2, v. 4, jan.-mar. 2018. p. 136-137.

fundamentais<sup>4</sup>. Para os partidários da primeira, a configuração do direito fundamental é uma atividade conjunta do Constituinte e do Legislador. Este, ao estabelecer limites ao direito fundamental, está, na verdade, definindo os contornos do direito. A norma extraída do texto constitucional seria uma norma incompleta; somente a partir da leitura global do ordenamento, das normas constitucionais e legislativas, seria possível estabelecer a norma do direito fundamental. Para a teoria interna há limites constitucionais e legislativos ao direito fundamental, os quais definem os contornos do respectivo direito. Para os partidários da teoria externa, há que se distinguir a norma constitucional que estabelece *prima facie* a proteção do direito fundamental, e as normas constitucionais e legislativas que o restringem. São normas autônomas: a que estabelece o direito e a que o restringe. Para a teoria externa há autênticas restrições constitucionais e legislativas ao direito fundamental. Adota-se nessa exposição a teoria externa: existe a norma constitucional que garante o direito de propriedade e normas constitucionais e legislativas que restringem o direito de propriedade.

O próprio constituinte restringiu o direito de propriedade ao determinar que ela deve atender à função social (CF, art. 5º, XXIII). Outrossim, é indiscutível que o Legislador possui competência para restringir a propriedade assegurada constitucionalmente, mas sua competência é restringida por três fatores. Primeiro, existe uma conformação constitucional do direito propriedade, decorrente do significado constitucional da própria palavra “propriedade”. Perceba-se: apesar de garanti-la, o constituinte não a definiu, o que gera um problema hermenêutico. Não é necessário definir o direito fundamental de liberdade, mas é necessário definir o direito fundamental de propriedade. Isso porque ele consiste num direito institucional, quer dizer, num direito cuja tutela jurídica exige uma definição jurídica<sup>5</sup>. Quando a Constituição protege um instituto jurídico – um conjunto de normas reunidos num núcleo típico –, ela se reporta ao conjunto normativo que dá concretude ao referido instituto. Ao garanti-lo, torna impossível sua supressão pelos poderes constituídos. Tratando-se de direito individual, nem o constituinte pode efetuar essa supressão, por se tratar de cláusula pétrea (CF/88, art. 60, § 4º, IV). Perceba-se a diferença dogmática: para proteger a liberdade, basta a previsão constitucional do direito à liberdade<sup>6</sup>; para proteger a propriedade,

4. Sobre ambas, *vide*: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 277 et seq.; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*, cit., p. 127 et seq.

5. Sobre os direitos institucionais *vide*, por todos: MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 693-694.

6. Sobre o direito fundamental à liberdade, *vide* MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015. Cap. 2. p. 59 et seq.

7. O loteador deve submeter, após a fixação de diretrizes municipais para a respectiva área, o projeto de loteamento ao exame do Município; após a aprovação, o projeto deve ser registrado no Cartório de Imóveis. Loteamentos realizados sem aprovação do Município são considerados clandestinos; loteamentos aprovados não submetidos a registro ou não executados de acordo com o que foi aprovado ou registrado são considerados irregulares. Loteamentos clandestinos são tipificados como crime.

8. Há uma reserva legal de jurisdição em relação ao cancelamento de loteamentos registrados. Por força do princípio da conservação do loteamento o magistrado só deve cancelá-los se for impossível a regularização. O cancelamento voluntário independe de decisão judicial. Se ainda não foram alienados os lotes, basta a solicitação do loteador; se foram alienados, exige-se o requerimento conjunto do loteador e de todos os adquirentes. O cancelamento voluntário exige a anuência da Prefeitura e, caso algum lote já tenha sido alienado, do Estado. Defendeu-se que a competência do Poder Público para discordar do pedido de cancelamento não é discricionária, mas vinculada, sendo, assim, passível de controle jurisdicional. O cancelamento voluntário exige a homologação judicial e, mesmo se cumpridas as formalidades, havendo impugnação do Ministério Público ao cancelamento, pode o magistrado examinar o mérito e recusar a homologação.

9. O peso do princípio da conservação do loteamento varia proporcionalmente à ilegalidade do loteamento e à sua implementação: quanto menos grave a ilegalidade e quanto mais implantado, mais pesado o princípio da conservação. Assim, o sistema jurídico é mais favorável à manutenção dos loteamentos executados do que à dos loteamentos não executados; é mais favorável à manutenção dos loteamentos aprovados do que à dos não aprovados; é mais favorável à manutenção dos loteamentos registrados do que à dos não registrados. Loteamentos clandestinos e irregulares geram um grave problema jurídico e social, pois, regra geral, resultam em lotes sem infraestrutura urbana adequada. Da Lei Federal de Loteamentos extrai-se que o problema deve ser prioritariamente regularizado pelo loteador. Na impossibilidade ou omissão deste, deve o Município fazê-lo e adotar as medidas necessárias para se ressarcir dos prejuízos.

10. Registrado o loteamento, vias, praças, espaços livres, áreas destinadas a edifícios e equipamentos públicos, constantes do projeto e memorial descritivo, passam a integrar o domínio do Município, hipótese de aquisição pública denominada de “concurso voluntário”. Este não se confunde com a afetação, outra forma de aquisição de propriedade pelo Poder Público. Apesar da omissão legal, o concurso voluntário ocorre mesmo que não haja registro do loteamento, caso

este tenha sido aprovado e implementado. É equivocado supor que nos loteamentos implantados e não registrados ocorre apenas a publicização das áreas afetadas, pois esse entendimento condena a coletividade a ficar sem infraestrutura pública adequada. Concluiu-se que essa tese é equivocada mesmo nos loteamentos clandestinos. Nestes, a planta privada utilizada para implementá-los deve servir de parâmetro para apuração de quais áreas foram transferidas ao domínio público.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- AMADEI, Vicente Celeste; AMADEI, Vicente de Abreu. *Como lotear uma gleba*. 4. ed. Campinas: Millennium, 2014.
- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. XI. t. I: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Natureza jurídica do zoneamento – Efeitos. *Revista de Direito Público (RDP)*, São Paulo, ano XV, n. 61, p. 34-47, jan.-mar. 1982.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Novos aspectos da função social da propriedade no direito público. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo, ano 3, v. 8, p. 409-418, jan.-mar. 2019.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- CASTILHO, José Roberto Fernandes. *Disciplina urbanística da propriedade: o lote e seu destino*. 3. ed. São Paulo: Pillares, 2010.
- COUTINHO, José Roberto de Andrade. *Gestão do patrimônio imobiliário na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DUGUIT, Leon. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. Trad. Carlos G. Posada. 2. ed. Madrid: Francisco Beltran, [191-].
- FERRARI, Celson. *Dicionário de urbanismo*. São Paulo: Disal, 2004.
- FUKASSAWA, Fernando. *Regularização fundiária urbana*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GASPARINI, Diogenes. *O município e o parcelamento do solo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- GAUDEMET, Yves. *Droit administratif des biens*. 14. ed. Paris: LGDJ, 2011.

- MARTÍN BLANCO, José S. *La compensación urbanística*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1985.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v 5: ato administrativo e procedimento administrativo.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Temas polêmicos da desapropriação municipal. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo, ano 2, v. 4, p. 135-168, jan.-mar. 2018.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- MELO, Lígia. *Direito à moradia no Brasil: política urbana e acesso por meio da regularização fundiária*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- OPITZ, Silvia C. B.; OPITZ, Oswaldo. *Curso completo de direito agrário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SANTANA, Ana Maria de. *Plano diretor municipal*. São Paulo: Leud, 2006.
- SANTI ROMANO. *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milano: Giuffrè, 1947.
- SCHWABE, Jürgen. In: MARTINS, Leonardo (Org. e Intr.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Trad. Beatriz Henning et al. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

- SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo; Malheiros Editores, 2009.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Função social da propriedade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Temas de direito urbanístico – 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- TÁCITO, Caio. O abuso de poder administrativo no Brasil. In: TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.
- TEPEDIO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 14: direito das coisas (arts. 1196 a 1276).

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrinas

- Configuração dos loteamentos urbanos e rurais, de Álvaro Érix Ferreira – *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental* 3/747-770 (DTR\2012\2804);
- Loteamento urbano conceito e requisitos - plano de loteamento - aprovação pela prefeitura - inscrição no registro de imóveis - transferência das áreas públicas - desistência do loteamento - caducidade da aprovação, de Hely Lopes Meirelles – *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo* 2/81-91 (DTR\2013\44);
- Observações sobre loteamentos, de Hugo Nigro Mazzilli – *RDI* 9/24-35 e *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 4/1055-1069 (DTR\1982\71); e
- O loteamento de terrenos urbanos de propriedade particular e o domínio público dos espaços livres, de Waldemar Ferreira – *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 4/1395-1406 (DTR\2012\879).





