

# DO CÓDIGO CIVIL AO ESTATUTO DA CIDADE: ALGUMAS NOTAS SOBRE A TRAJETÓRIA DO DIREITO URBANÍSTICO NO BRASIL

*EDÉSIO FERNANDES\**

*Professor da Universidade de Londres*

*Coordenador do IRGLUS-International Research Group on Law and  
Urban Space*

*Doutor em Direito Urbanístico*

---

## Introdução

No dia 10 de julho de 2001 entrou em vigor a importante Lei Federal nº. 10.257, chamada "Estatuto da Cidade", que regulamenta o capítulo original sobre política urbana aprovado pela Constituição Federal de 1988. A nova lei com certeza vai se prestar para dar suporte jurídico ainda mais consistente, sobretudo à ação daqueles governos municipais que têm se empenhado no enfrentamento das graves questões urbanas, sociais e ambientais que têm diretamente afetado a vida da enorme parcela – 82% da população total - de brasileiros que vivem em cidades.

Foram precisos mais de dez anos de discussão e modificações de toda ordem para que o projeto de lei original fosse finalmente aprovado, e o texto final da lei revela todas as dificuldades do processo de negociação e barganha que se deu entre diversos interesses existentes acerca da questão do controle jurídico do desenvolvimento urbano. Depois de aprovada pelo Congresso Nacional em 18 de junho de 2001, a nova lei foi encaminhada para a sanção e/ou vetos do Presidente da República, e uma polêmica entre juristas foi explorada, e mesmo fomentada, por setores contrários à aprovação de vários dos princípios e instrumentos da nova lei, no sentido de argüir sua inconstitucionalidade e assim justificar o veto presidencial. No final desse processo, foram vetados apenas alguns dispositivos sobre questões específicas, mas a controvérsia jurídica não diminuiu.

Juntamente com o capítulo constitucional sobre política urbana, o Estatuto da Cidade confirmou de maneira inequívoca o Direito Urbanístico como ramo autônomo do direito público brasileiro. Em que pese a relevância dos novos instrumentos jurídicos e urbanísticos criados ou regulamentados pela lei federal, acredito que a importância maior do Estatuto da Cidade se deve principalmente ao marco conceitual por ela consolidado que, se devidamente assimilado, deverá se tornar a referência central para a devida compreensão e interpretação das muitas e complexas questões jurídicas intrínsecas ao processo de uso, ocupação e parcelamento do solo urbano, bem como às práticas de gestão urbana.

Este artigo pretende tão somente explorar alguns aspectos desse processo de construção conceitual e institucional do Direito Urbanístico. Parto do princípio que, dada a gravidade dos problemas urbanos contemporâneos, estudar o Direito Urbanístico no Brasil do século XXI pressupõe discuti-lo no contexto político-institucional das possibilidades jurídicas e práticas político-institucionais concretas de gestão urbana. Pela mesma razão, por mais fundamental que seja o estudo formal e integrado das leis, princípios e instrumentos jurídicos de cunho urbanístico, a devida compreensão do Direito Urbanístico – sua natureza e suas possibilidades – também requer uma reflexão crítica sobre o processo de produção de tais leis, as condições para e os obstáculos ao seu cumprimento, bem como sua relação com o processo de produção social da ilegalidade urbana. Para tanto, é imperativo que os juristas estabeleçam as tão necessárias pontes entre os estudos jurídicos e os estudos urbanos e ambientais, pois somente uma visão interdisciplinar do fenômeno da urbanização intensiva daria conta da complexidade das questões e dos problemas jurídicos das cidades.

Proponho como argumento que a devida compreensão da dimensão jurídica do processo de desenvolvimento urbano requer uma mudança paradigmática na maneira de se refletir sobre dois temas básicos: se Direito Urbanístico e gestão urbana não podem ser pensados separadamente, é preciso “arrancar” o tratamento jurídico do direito de propriedade imobiliária do âmbito individualista do Direito Civil para colocá-lo no âmbito social do Direito Urbanístico, de tal

forma que o direito coletivo ao planejamento das cidades criado pela Constituição Federal de 1988 seja materializado. Da mesma forma, é preciso “arrancar” o tratamento jurídico da gestão urbana do âmbito restritivo do Direito Administrativo para colocá-lo no âmbito mais dinâmico do Direito Urbanístico, de tal forma que o direito coletivo à gestão participativa das cidades, também criado pela Constituição Federal de 1988, seja efetivado.

## **Função social da propriedade vs. direito individual irrestrito**

Embora freqüentemente mascarada por discussões aparentemente técnicas acerca de aspectos formais, o que sempre esteve em jogo durante o longo processo de discussão sobre a nova lei – dentro e fora do Congresso Nacional – é a forte resistência dos grupos conservadores ligados ao setor imobiliário à nova concepção, proposta pela Constituição Federal e consolidada pelo Estatuto da Cidade, dada ao direito de propriedade imobiliária urbana, qual seja, o princípio constitucional da função social da propriedade e da cidade. Em última análise, toda e qualquer lei urbanística – ou ambiental – implica em materializar o princípio da função social da propriedade, que é sem dúvida o princípio fundamental do Direito Urbanístico e do Direito Ambiental.

Trata-se de princípio que vinha sendo repetido por todas as constituições brasileiras desde a de 1934, sem que tivesse sido claramente definido ou devidamente operacionalizado através da criação de mecanismos e instrumentos constitucionais e legais que permitissem e garantissem o seu cumprimento. Somente na Constituição Federal de 1988 o princípio da função social da propriedade encontrou uma fórmula consistente, que pode ser assim sintetizada: o direito de propriedade imobiliária urbana é assegurado desde que cumprida sua função social, que por sua vez é aquela determinada pela legislação urbanística, sobretudo no contexto municipal. Cabe ao governo municipal promover o controle do processo de desenvolvimento urbano, através da formulação de políticas de ordenamento territorial nas quais os interesses individuais dos proprietários necessariamente co-exis-

tem com outros interesses sociais, culturais e ambientais de outros grupos e da cidade como um todo.

Para tanto, foi dado ao poder público o poder de, através de leis e diversos instrumentos urbanísticos, determinar a medida desse equilíbrio - possível - entre interesses individuais e coletivos quanto à utilização desse bem não renovável essencial ao desenvolvimento sustentável da vida nas cidades, qual seja, o solo urbano.

Contudo, a noção da função social da propriedade ainda é em grande medida uma figura de retórica, já que há muito a ação dos setores privados ligados ao processo de desenvolvimento urbano tem se pautado por outra noção, qual seja, a do direito de propriedade individual irrestrito. A base jurídica dessa noção tem sido dada pelo Código Civil de 1916 – aprovado quando apenas cerca de 10% de brasileiros viviam em cidades, no contexto de um país ainda fundamentalmente agrário, mas que ainda se encontra em vigor. Expressando a ideologia do legalismo liberal, o Código Civil defende a noção da propriedade individual de maneira quase que absoluta. Ao longo do processo de urbanização intensiva no país, e em que pesem as mudanças drásticas ocorridas na sociedade brasileira nesse período, a ação do poder público no controle do desenvolvimento urbano tem encontrado obstáculos nos princípios civilistas, que ainda orientam grande parte da doutrina jurídica e das interpretações dos tribunais.

O currículo obsoleto dos cursos de direito – que incluem quatro anos e meio de discussões formais sobre tal Código Civil totalmente ultrapassado em muitos aspectos - certamente tem dificultado a mudança de “olhar” sobre a questão: os juristas brasileiros ainda olham para a cidade a partir da perspectiva do lote privado, e naturalmente não vêem ou entendem nada além dos interesses individuais dos proprietários. Quando muito, os juristas um pouco mais antenados para a ação do poder público justificam a aplicação de algumas restrições administrativas ao exercício da propriedade urbana.

Culminando um processo de reforma jurídica que começou na década de 1930, o que a Constituição de 1988 e o Estatuto da Cidade propõem é exatamente essa mudança de “olhar”, isto é, de paradigma conceitual de compreensão e interpretação, substituindo

o princípio individualista do Código Civil pelo princípio da função social da propriedade – que, diga-se de passagem, se encontra presente de maneira central nas ordens jurídicas de muitos dos países capitalistas mais avançados.

Antes da aprovação do Estatuto da Cidade, a resistência ao princípio constitucional da função social (e mesmo às outras leis urbanísticas, sobretudo as leis municipais) era frequentemente expressa através do argumento jurídico – falho, mas eficiente - de que o capítulo constitucional não seria auto-aplicável, com o que era preciso que uma lei federal que o regulamentasse, já que somente uma outra lei federal poderia modificar os princípios do Código Civil sobre o direito de propriedade. Doze anos depois uma tal lei federal finalmente entrou em vigor, com o que esse velho argumento não pode mais ser utilizado.

A verdade é que, por tratar de tema tão central da ordem econômica capitalista, a discussão sobre o Direito Urbanístico é com frequência atravessada por representações ideológicas nem sempre explicitadas, gerando situações ambíguas e atitudes contraditórias da parte do poder público – inclusive do poder judiciário -, dos juristas e da própria sociedade. São muitos os “mitos” que precisam de ser implodidos para que a discussão sobre o Direito Urbanístico se dê dentro de um quadro de maior objetividade, apoiada em análises conceituais e pesquisas empíricas, e de acordo com princípios de racionalidade acadêmica mais evidentes.

## **Os direitos de propriedade**

Na base de muitas das críticas à nova lei, percebe-se uma visão comum aos juristas conservadores de que existiria um direito de propriedade “natural”, intocável, quase sagrado: é preciso que os juristas entendam que, no ordenamento jurídico brasileiro como de resto nos demais países do mundo capitalista, nada que diz respeito à definição jurídica do direito de propriedade é a-histórico, pois toda ordem jurídica é histórica, cultural e politicamente produzida – e modificada. Ao se prenderem em excesso ao positivismo e ao formalismo

jurídicos, conscientemente ou não, os juristas brasileiros têm estado a serviço de interesses econômicos que vêm nas cidades tão somente o palco da acumulação de capital, sem preocupação com outros interesses sociais e ambientais na utilização do solo urbano.

Além disso, argumentar que existe na ordem jurídica brasileira um conceito único de direito de propriedade é uma falácia: são muitas as formas de direitos de propriedade - imóvel, móvel, pública, privada, rural, urbana, intelectual, financeira, industrial, etc. -, bem como são diversas as relações sociais estabelecidas em torno delas, sendo que cada forma específica tem sido tratada pela ordem jurídica de maneira diferente. A noção liberal do Código Civil já foi profundamente modificada no que diz respeito a vários desses direitos, permitindo a intervenção crescente do estado no domínio econômico da propriedade a tal ponto que hoje se discute a retirada do estado da arena econômica e o novo lugar do mercado. É no que toca a uma forma específica de propriedade – qual seja, a da propriedade imobiliária – que, por razões históricas e políticas, o estado brasileiro ainda nem reformou o liberalismo jurídico clássico.

Proceder a essa mudança de paradigma, sobretudo no contexto das decisões judiciais, é de fundamental importância. A tradição incipiente de estudos jurídicos urbanísticos no Brasil tende a ser essencialmente legalista, reforçando a noção civilista do direito de propriedade individual e irrestrito. O Código Civil ainda considera a terra e o direito de propriedade imobiliária quase que exclusivamente em função das possibilidades econômicas oferecidas aos proprietários individuais, reduzindo sobremaneira o escopo para a ação do estado no controle dos processos de uso, ocupação e parcelamento do solo urbano de forma a compatibilizar os diferentes interesses existentes quanto ao desenvolvimento urbano.

As cidades brasileiras – fragmentadas, segregadas, ineficientes, caras, poluídas, perigosas, injustas e ilegais – são o resultado desse fracasso do estado na reforma da ordem jurídica liberal, já que a lógica especulativa do mercado vê na propriedade tão somente um valor de troca, tão somente uma mercadoria, e não dá conta das questões sociais e ambientais. Tão importante quanto aprovar novas leis e criar novos instrumentos é consolidar o paradigma proposto

pela Constituição de 1988, de forma a reformar de vez a tradição civilista, que está na base de muito da resistência ideológica contrária às políticas urbanas progressistas, e que desconsidera o papel central da lei – e da ilegalidade – no processo de desenvolvimento urbano e de gestão urbana.

O maior deslocamento exigido diz respeito à necessidade de se compreender que o princípio da função social da propriedade não pode ser confundido com as restrições administrativas externas ao exercício do direito de propriedade, como muitos juristas têm afirmado; o princípio constitucional é essencial para a própria caracterização e conformação do direito de propriedade, qualificando – por dentro – as formas de uso, gozo e disposição dos bens imobiliários. Nesse sentido, o direito de propriedade imobiliária deixa de ter um conteúdo econômico pré-determinado – cuja medida seria dada pelos interesses individuais do proprietário -, e passa a ter o conteúdo econômico a ser determinado pelo poder público – através das leis, planos e projetos urbanísticos -, uma vez também considerados os outros interesses sociais, ambientais e culturais quanto à utilização do solo e dos bens imobiliários.

Somente a instauração inequívoca desse novo marco conceitual do Direito Urbanístico pode levar à materialização do novo direito coletivo fundamental criado pela Constituição de 1988, qual seja, o direito de todos os cidadãos a terem o desenvolvimento de suas cidades planejado de acordo não só com os interesses individuais dos proprietários imobiliários, mas sobretudo de acordo com os interesses sociais da comunidade – e da cidade – como um todo.

## **Direito Urbanístico e gestão urbana**

Como argumentei acima, a discussão sobre o Direito Urbanístico tem de se dar no contexto de sua relação com as práticas concretas de gestão urbana. De fato, algumas das experiências internacionais mais inovadoras de gestão urbana estão acontecendo no Brasil, tal como o orçamento participativo que tem sido implementado em diversas cidades. A aprovação do Estatuto da Cidade consolidou um

novo paradigma não só para o planejamento urbano, mas também para a gestão urbana, especialmente ao regulamentar instrumentos jurídicos de implementação de políticas urbanísticas tais como edificação compulsória, transferência do direito de construir, desapropriação por títulos da dívida pública e usucapião especial urbano.

Por um lado, o devido tratamento jurídico do direito de propriedade imobiliária deve ser retirado do contexto restritivo do Direito Civil de forma a que possa ser interpretado a partir dos critérios mais progressistas, de ordem pública, do Direito Urbanístico. Por outro lado, as possibilidades e condições oferecidas pelo Direito Administrativo para a promoção de uma gestão urbana eficiente, justa e democrática também não são satisfatórias. Os princípios e instrumentos em vigor, limitados e formalistas, não têm a necessária flexibilidade e o alcance devido para lidar com, e garantir segurança jurídica, às relações político-institucionais que estão se transformando rapidamente em vários níveis: dentro do aparato estatal, entre níveis governamentais, entre estado e sociedade, e dentro da sociedade. Novas estratégias de planejamento urbano têm sido com base em novas idéias de gestão urbana como solo criado, parcerias público-privado, operações urbanas e operações interligadas, privatização e terceirização da prestação de serviços públicos, o próprio orçamento participativo, mas tais estratégias ainda não encontram suporte pleno e adequado na ordem jurídica administrativa.

Mais do que nunca, dada a extensão e diversidade dos problemas do país, os juristas têm de se preocupar não só com a interpretação formal das leis, mas também com as condições de efetividade das normas e com a necessidade de cumprimento das leis, políticas e programas urbanos - e das promessas de reformas socioeconômicas e políticas neles contidas. A questão da gestão urbana envolve aspectos e considerações transdisciplinares, que, além da necessidade de uma integração entre os profissionais das diversas áreas, requerem, dentre outros fatores, a capacitação técnica e financeira dos governos municipais, a difusão da informação sobre as leis existentes e o combate à corrupção. Da perspectiva jurídica mais imediata, a discussão sobre a gestão urbana - sua natureza, seus problemas, obstáculos e possibilidades - requer a integração de três dimensões



inter-relacionadas, quais sejam: gestão político-institucional; gestão político-social; e gestão político-administrativa. As duas primeiras dimensões tradicionalmente estão no âmbito do Direito Constitucional; a última, no âmbito do Direito Administrativo. A proposta do Direito Urbanístico público é integrá-las de maneira renovada.

A gestão político-institucional tem a ver com as condições de organização do estado, e a verdade é que o “mapa” do federalismo brasileiro não coincide com o “mapa” da urbanização no país, ou seja, o pacto federativo não expressa a realidade político-institucional criada no território nacional. Inúmeros têm sido os problemas decorrentes desse descompasso fundamental, sendo que, até a promulgação da Constituição Federal de 1988 vários deles decorriam de fatores e processos complexos, tais como: as condições distorcidas de distribuição de competências legislativas; a falta de autonomia municipal e a centralização de poderes políticos, jurídicos e financeiros; o aparato autoritário de gestão metropolitana que vigorou entre 1973 e 1988; o tratamento formal idêntico dado a municípios totalmente diferentes; etc. As tentativas de enfrentamento de tais problemas – por exemplo, através da criação de associações e consórcios de municípios – eram jurídica e politicamente frágeis. Como resultado, surgiu o movimento de “municipalismo a todo custo” que orientou a formulação da Constituição Federal de 1988. Desde então, em que pese o reconhecimento de uma autonomia municipal relativamente maior (ainda que posteriormente afetada pela Lei de Responsabilidade Fiscal), diversos problemas continuam a afetar as condições de gestão político-institucional, tais como: falta de tratamento adequado da dimensão metropolitana do ordenamento territorial; crescimento artificial de municípios; relações intergovernamentais político-financeiras pouco sistemáticas; etc. Esse quadro tem sido complicado ainda mais pelo estoque de problemas fiscais, financeiros, sociais, urbanos e ambientais acumulados, e que urgentemente requerem uma ampla ação integrada dos entes federativos.

Já a gestão político-social tem a ver com a relação ampla entre o estado e a sociedade. A verdade é que a ordem jurídico-política constitucional não expressa a ordem político-social construída no cotidiano dos processos políticos do país. Alguns problemas existentes até

a promulgação da Constituição Federal de 1988 se referiam à exclusão popular do processo político autoritário, inclusive devido ao fato de que os prefeitos de capitais não eram eleitos até 1982; eleição indireta do Presidente da República até 1988; poder legislativo impedido, em todos os níveis governamentais, de propor grande número de leis, sobretudo em matéria financeira e orçamentária; uso indiscriminado de medidas de exceção como o decreto-lei; sistema eleitoral excludente; mecanismos de representação popular viciados; judiciário atrelado ao poder executivo e com estrutura obsoleta; etc. As tentativas de enfrentamento de tais problemas que foram formuladas sobretudo a partir do final da década de 1970, com a crise crescente de legitimidade do estado e face ao surgimento de novas formas de organização social como movimentos sociais, sindicatos fortes, etc., resultaram na criação de conselhos, comissões e comitês com participação crescente da sociedade civil. Após 1988, dentre muitos outros problemas político-sociais existentes, pode-se destacar o fato de que, ainda que a Constituição proponha a combinação entre democracia representativa e democracia direta de várias formas, o fortalecimento do legislativo tem levado a tensões com os mecanismos de participação popular - orçamento participativo, conselhos deliberativos, etc. - que se dão no seio do executivo; a estrutura do poder judiciário foi lamentavelmente pouco alterada; também o sistema eleitoral foi pouco alterado; etc.

Da perspectiva da gestão político-administrativa, também há inúmeras questões complexas a serem enfrentadas. Com a crise fiscal, redefinição do papel do estado decorrente das políticas de liberalização, pressões decorrentes da globalização econômica, aumento da pobreza social, mudanças tecnológicas, etc., tem havido uma pressão crescente pela flexibilização do planejamento urbano e da ação administrativa - de tal forma que respostas mais rápidas possam ser dadas às questões urbanas. Surgiram então as noções de parcerias público-privado, operações urbanas, operações interligadas, ganhos do planejamento, sempre com ênfase na idéia da barganha, do crédito e do estímulo. Na base de tais estratégias, esta a crítica à burocratização excessiva do Direito Administrativo em vigor, à rigidez das regras que orientam o contrato administrativo, e à inflexibilidade dos princípios que regem a relação entre o estado e o setor

privado. Contudo, outros problemas igualmente sérios têm decorrido das mudanças nas práticas de gestão político-administrativas: as novas estratégias freqüentemente não têm se pautado por critérios transparentes, a segurança jurídica das novas relações tem sido questionada, a falta de critérios e de controle e o casuísmo nas decisões têm feito com que um novo espaço tenha sido aberto para corrupção, favorecimento político e clientelismo, etc.

Também nesse contexto da gestão urbana é fundamental que o paradigma do Direito Urbanístico seja consolidado, de forma a criar uma verdadeira esfera estatal que não seja reduzida ao setor estatal e que seja efetivamente democrática e participativa, para que seja assim materializado o outro novo direito coletivo criado pela Constituição Federal de 1988, qual seja, o direito coletivo à participação direta e indireta no processo de gestão das cidades.

## **Cidades ilegais**

Conforme destaquei anteriormente, não há como se falar de Direito Urbanístico no Brasil de hoje sem se falar em ilegalidade urbana. A proliferação de formas de ilegalidade nas cidades, especialmente no contexto cada vez mais significativo da economia informal, é uma das maiores conseqüências do processo de exclusão social e segregação espacial que tem caracterizado o crescimento urbano intensivo nos países em desenvolvimento como o Brasil. Tal fenômeno se torna ainda mais importante no que se refere aos processos socioeconômicos e culturais de acesso ao solo e produção da moradia: um número cada vez maior de pessoas tem tido de descumprir a lei para ter um lugar nas cidades, vivendo sem segurança jurídica da posse em condições precárias ou mesmo insalubres e perigosas, geralmente em áreas periféricas ou em áreas centrais desprovidas de infraestrutura urbana adequada.

Diversos dados de fontes distintas têm revelado que, se consideradas tais formas de acesso ao solo urbano e de produção da moradia, entre 40% e 70% da população urbana nas grandes cidades dos países em desenvolvimento estão vivendo ilegalmente, sendo que tais índices chegam a 80% em alguns casos. Dados recentes dos

municípios de São Paulo e Rio de Janeiro têm reconhecido que pelo menos 50% da população daqueles municípios vivem ilegalmente.

Esse fenômeno complexo tem cada vez atraído a atenção dos pesquisadores internacionalmente, e diversas publicações importantes, recentes, têm registrado as conclusões de tais pesquisas. Em que pesem suas especificidades, tal discussão sobre a ilegalidade urbana tem de se dar dentro do contexto mais amplo da reflexão sobre o papel central que o direito – compreendendo não só as leis existentes, mas também os princípios jurídicos, decisões judiciais e a dinâmica mais ampla da ordem jurídica – tem tido na determinação do padrão do processo de crescimento urbano nos países em desenvolvimento. De fato, a discussão crítica sobre a lei e a ilegalidade no contexto do desenvolvimento urbano tem ganhado destaque nos últimos anos, especialmente desde que a Agenda Habitat da ONU salientou a importância fundamental do Direito Urbanístico.

Não há mais como ignorar que legalidade e ilegalidade são duas faces do mesmo processo de produção do espaço urbano. A ilegalidade urbana tem de ser compreendida não apenas nos termos da dinâmica entre sistemas políticos e mercados de terras, mas também em função da natureza da ordem jurídica em vigor, sobretudo no que se refere à definição dos direitos de propriedade imobiliária urbana. A partir de meados da década de 1990, também no Brasil juristas e não-juristas têm cada vez mais debatido as causas e implicações do processo crescente de ilegalidade nas cidades, partindo de, e combinando, diversas perspectivas – jurídica, sociológica, política, econômica, ambiental e antropológica. Diversos estudos têm explorado a relação entre legislação, planejamento urbano, exclusão social e segregação espacial; mais recentemente, um outro fator importante tem sido associado a essa equação, qual seja, a crescente violência urbana.

Em suma, também como indicado pela Agenda Habitat, tem ficado cada vez mais claro que a promoção da reforma urbana depende em parte da promoção de uma reforma jurídica ampla, sobretudo no que toca à regulação dos direitos de propriedade imobiliária e do processo mais amplo de desenvolvimento urbano, planejamento e gestão. A Campanha Global da ONU pela Boa Governança Urbana também revela que a promoção da reforma jurídica tem sido vista por

organizações nacionais e internacionais como uma das principais condições para a mudança do padrão excludente do desenvolvimento urbano nos países em desenvolvimento e em transição, e para a efetiva confrontação da ilegalidade urbana. Em especial, é fundamental que se reconheça que, em casos como o do Brasil nos quais a ilegalidade urbana deixa de ser a exceção e passa a ser a regra, ela é estrutural e estruturante dos processos de produção da cidade – e precisa de ser enfrentada enquanto tal, requerendo a formulação de diretrizes e estratégias específicas no contexto mais amplo do planejamento urbano e da gestão urbana, e não meramente através de políticas sociais e/ou urbanísticas isoladas e marginais.

Há três outros aspectos desse processo que precisam de ser salientados: a julgar pelas reações das autoridades públicas e da própria opinião pública, parece que há no Brasil “graus de ilegalidade”, isto é, algumas práticas de ilegalidade urbana são mais toleradas e mesmo mais justificadas do que outras – que provocam a ação repressiva do estado. De modo geral, pode-se dizer que a maior ou menor tolerância das práticas de ilegalidade tem a ver com a existência de documentos formais – por mais juridicamente precários que sejam – que sugeriram uma tentativa de continuidade na cadeia de transmissão das propriedades. Além disso, há de se lembrar que as práticas de ilegalidade nas formas de acesso ao solo e à moradia não são de forma alguma restritas aos pobres. De fato, são muitos os exemplos de práticas ilegais verificadas entre grupos mais privilegiados, que vão do desrespeito freqüente às normas urbanísticas aos chamados “condomínios fechados” que, dentre outros efeitos negativos, impedem a livre circulação de todos nas ruas e o livre acesso às praias – que são bens de uso comum de todos. Quanto a essas formas de ilegalidade, a regra tem sido a impunidade. Por fim, a crise generalizada da ordem jurídica tem levado à proliferação de formas informais de distribuição da justiça, cada vez mais “sofisticadas” e assimiladas sobretudo, no cotidiano das comunidades excluídas do acesso ao sistema jurídico oficial. Tais práticas naturalmente cumprem suas importantes funções sociais, políticas e ideológicas, mas, no todo, o fenômeno é perigoso já que coloca em xeque os padrões básicos de organização sociopolítica do país.

## **Regularização de assentamentos informais**

Uma das questões que mais tem ocupado os juristas envolvidos com a questão urbana internacionalmente diz respeito aos programas de regularização de assentamentos informais que têm sido implementados em vários países. Preocupados com as graves implicações sociais, econômicas, ambientais e políticas do processo de ilegalidade urbana, sobretudo para a população pobre - e em especial mulheres e crianças -, ao longo das últimas duas décadas também os administradores e planejadores urbanos de diversas cidades em vários países da América Latina, África e Ásia têm, sempre com muita dificuldade, procurado formular programas de regularização fundiária de tais assentamentos informais, visando a promover a urbanização das áreas e a reconhecer em alguma medida os direitos de seus ocupantes. Essa necessidade de enfrentamento urgente da ilegalidade urbana de forma a promover a integração socioespacial dos grupos que vivem em assentamentos informais é o tema central da Campanha Global pela Segurança da Posse que vem sendo promovida desde 1999 pela agência Habitat da ONU.

No Brasil, tais programas de regularização têm sido implementadas em diversos municípios desde meados da década de 1980, e sobretudo a partir do começo da década de 1990, abrangendo tanto as favelas quanto, em menor escala, os chamados loteamentos "clandestinos" e/ou "irregulares". De fato, dentre outras formas de ilegalidade urbana, a proliferação de favelas e loteamentos clandestinos/irregulares é uma das conseqüências mais fundamentais do processo de exclusão socioespacial que tem caracterizado o crescimento urbano no país. Ao longo das décadas de urbanização intensiva, dada a combinação entre a falta de uma política habitacional de cunho social e a ausência de opções acessíveis e adequadas oferecidas pelo mercado imobiliário, um número cada vez maior de brasileiros tem tido nas favelas e nos loteamentos periféricos a única forma possível de acesso ao solo urbano e à moradia.

Mais recentemente, com o aumento significativo da pobreza urbana, mesmo a aquisição de lotes em loteamentos ilegais tem se tornado proibitiva para uma camada cada vez maior da população, com o que o número de favelas tem crescido assustadoramente nas áreas

periféricas de diversas cidades, juntamente com a maior densidade de ocupação das favelas centrais já existentes. Na falta de políticas habitacionais adequadas, cortiços e invasões, têm sido as estratégias de moradia permitidas aos pobres nas cidades.

O papel da legislação nesse processo de produção da ilegalidade urbana e da segregação espacial merece destaque, especialmente no que toca, como tenho insistido, à visão individualista e excludente dos direitos de propriedade imobiliária que ainda vigora no país. Além disso, deve-se ressaltar que as leis elitistas e socialmente inadequadas que têm historicamente desconsiderado as realidades dos processos socioeconômicos de produção da moradia, exigindo padrões técnicos e urbanísticos inatingíveis, acabam por reservar as áreas nobres e providas de infraestrutura para o mercado imobiliário destinado às classes medias e altas, ignorando as necessidades de moradia dos grupos menos favorecidos. Tal processo tem sido agravado pela falta de políticas urbanísticas e fiscais efetivas de combate à especulação imobiliária.

Da mesma forma, as possibilidades oferecidas pelo quadro jurídico em vigor para a formulação de políticas de regularização fundiária precisam de ser melhor compreendidas, sobretudo por aqueles governos municipais comprometidos com propostas de democratização das formas de acesso ao solo e à moradia. Dar respostas adequadas aos problemas complexos decorrentes da ilegalidade urbana é difícil e soluções particulares nem sempre podem ser repetidas em outros casos. Em última análise, um programa de regularização bem sucedido depende da ação governamental sistemática e requer tanto investimentos de vulto quanto reformas jurídicas.

Ainda que se reconheça o caráter paliativo desses programas e a necessidade de investimentos públicos e políticas sociais que efetivamente criem opções de moradia social acessíveis e adequadas, a legitimidade dos programas de regularização dos assentamentos informais existentes é inegável, e pode ser claramente justificada seja por razões pragmáticas, seja por envolver direitos fundamentais. De modo geral, os programas de regularização de favelas no Brasil têm sido mais sistemáticos e consistentes do que os programas de regularização de loteamentos, refletindo a maior mobilização dos moradores em favelas, o que talvez possa ser explicado por sua condição jurídica mais precária e sua maior vulnerabilidade política e

socioambiental.

Favelas são contemporâneas do processo de urbanização e o fenômeno tem sido devida e amplamente pesquisado e analisado no Brasil e internacionalmente. Juntamente com o caso de Brasília, a experiência de Belo Horizonte, cidade planejada, expressa de maneira inequívoca a natureza excludente do processo de desenvolvimento urbano e o padrão segregador das relações históricas que têm se dado entre legislação, planejamento urbano, mercado imobiliário e sociedade, sobretudo na criação da dinâmica e possibilidades do mercado e na determinação do lugar dos pobres na cidade. Em Belo Horizonte, uma vez que as necessidades dos pobres – construtores da cidade – foram ignoradas pelos planejadores urbanos, as primeiras favelas foram constituídas antes mesmo da inauguração oficial da cidade: em 1895, cerca de 3.000 pessoas já viviam em favelas na nova cidade que estava sendo construída. Cerca de 100.000 famílias vivem atualmente em favelas em Belo Horizonte, correspondendo a mais de 20% da população total, sendo que em outras cidades como Salvador e Recife esse percentual chega a ser superior a 40%.

Em Belo Horizonte, como de resto em várias outras cidades brasileiras como Recife, dada a crescente mobilização social dos favelados clamando pelo reconhecimento de seus direitos e pela urbanização das favelas, as políticas públicas municipais evoluíram ao longo de várias décadas no sentido de reconhecer em alguma medida o direito dos favelados a terem um lugar mais adequado no espaço da cidade. A partir da década de 1970, em vários municípios as expulsões violentas e remoções forçadas foram sendo gradualmente substituídas pela relativa tolerância dessas formas de ocupação ilegal, culminando com o reconhecimento oficial de algumas das áreas de favelas e dos direitos das comunidades que nelas vivem.

Também nesse novo contexto Belo Horizonte é uma referência fundamental no contexto brasileiro. A lei que criou o Pró-Favela de Belo Horizonte, de 1983, foi pioneira ao propor um programa social de regularização das favelas, tendo introduzido uma fórmula original: a combinação entre a identificação e demarcação de favelas como áreas residenciais para fins de moradia social – inicialmente denomi-



nadas “setores especiais” - no contexto do zoneamento municipal; a definição de normas urbanísticas específicas de uso, parcelamento e ocupação do solo em tais áreas; e a criação de mecanismos político-institucionais de gestão participativa dos programas de regularização. Essa fórmula acabou se tornando em um paradigma seguido por diversas outras cidades como Recife, Salvador e Porto Alegre, nas quais também foram/estão sendo criadas “zonas/áreas especiais de interesse social” com padrões urbanísticos próprios e submetidas a um processo participativo de gestão institucional.

De fato, a criação de zonas residenciais especiais para fins de moradia social dentro da lei de zoneamento municipal tem sido considerada um grande avanço no sentido de que permite re-definir em parte, ou pelo menos minimizar, a dinâmica do mercado imobiliário, assim garantindo espaços no território da cidade para os grupos pobres. Esse modelo tem sido mesmo “exportado” para outros países, sobretudo na África, em parte pelo reconhecimento internacional das inovações das experiências brasileiras, e também devido à ação de ONGs estrangeiras como a GTZ e a AVSI que atuaram em Belo Horizonte e em outras cidades brasileiras. No Brasil, combinando políticas de urbanização – implementação de infraestrutura e prestação de serviços – e políticas de legalização – das áreas e dos lotes individuais -, e em que pesem suas diferenças, quase todos os programas de regularização de favelas têm sido estruturados em torno de dois objetivos principais, quais sejam: o reconhecimento de alguma forma de segurança jurídica da posse para os ocupantes das favelas, bem como a integração socioespacial de tais áreas e comunidades no contexto mais amplo da estrutura e da sociedade urbanas. Políticas de legalização visando a prover segurança jurídica da posse requerem uma atenção ainda maior quanto às implicações de gênero do processo.

Com todas suas limitações, tais programas têm sido mais bem sucedidos no que toca às políticas de urbanização do que no que diz respeito às políticas de legalização, sendo que ao longo dos anos de investimentos públicos muitas das favelas beneficiadas já estão mais bem equipadas com infraestrutura urbana e serviços públicos do que os loteamentos ilegais das periferias das cidades.

Em especial, planejadores e administradores urbanos, sobretudo aqueles trabalhando nas agências de regularização, têm de se conscientizar acerca das amplas, às vezes perversas, implicações de suas propostas, especialmente no que toca à legalização dos assentamentos informais. O reconhecimento dos tão clamados direitos sociais de moradia não pode ser reduzido ao reconhecimento de direitos de propriedade. De fato, a legalização das atividades informais, particularmente através do reconhecimento de títulos individuais de propriedade plena, não acarreta automaticamente a integração socioespacial. Pelo contrário, se não forem formulados dentro do escopo de políticas socioeconômicas compreensivas, os programas de regularização fundiária podem ter outros efeitos indesejados, trazendo novos encargos financeiros para os ocupantes, tendo impacto pouco significativo na redução da pobreza urbana e, o que é ainda mais importante, reforçando diretamente o conjunto de forças econômicas e políticas que têm tradicionalmente causado a exclusão social e a segregação espacial.

## Legalidade e ilegalidade

É preciso que juristas, planejadores e administradores urbanos compreendam que existe uma relação direta entre a ilegalidade urbana e a natureza da ordem jurídica em vigor. A sobrevivência inquestionada do legalismo liberal no que toca à propriedade da terra tem naturalmente se devido a uma combinação histórica de fatores sociais, políticos e econômicos, que tem de ser compreendidos antes que qualquer programa de legalização possa ser implementado. As principais questões continuam não respondidas pelos juristas, mesmo porque eles não as têm colocado: que tipo de implicações a ordem jurídica tem tido no processo de crescimento urbano, e quem tem se beneficiado da manutenção inquestionada de tal *status quo*?

A busca por soluções jurídico-políticas inovadoras para as políticas de legalização fundiária requer a compatibilização entre a promoção de segurança individual da posse com o reconhecimento de direitos sociais de moradia; a incorporação de uma dimensão de gênero há tanto negligenciada; e a tentativa de minimização dos impactos de tais

políticas no mercado de tal forma que os benefícios do investimento público sejam capturados pelos moradores - e não pelos promotores imobiliários privados. Perseguir esses objetivos é de fundamental importância, dentro do contexto mais amplo da promoção de uma estratégia de reforma urbana que vise a promover a inclusão socioespacial. Diversas cidades como Porto Alegre e Belo Horizonte têm tentado operacionalizar essa agenda urbana progressista com a reforma de sua ordem jurídica; avanços significativos têm incluído, além da criação das zonas de interesse especial, a aprovação de normas e regulamentações urbanísticas menos elitistas, bem como o enfrentamento da natureza excludente dos mecanismos fiscais de captura do valor da terra, de forma a torná-los menos regressivos.

A maior lição das experiências brasileiras e internacionais de regularização de assentamentos informais é que, sob pena de gerarem efeitos negativos, as políticas de legalização fundiária não podem ser formuladas de forma isolada, e não se dão por força de lei ou decreto. Um fator fundamental para que a discussão sobre tais programas e políticas seja efetivamente inserida no contexto mais amplo da agenda de políticas sociais e urbanísticas da cidade é certamente a participação popular nas várias instâncias do processo de sua discussão, formulação e implementação – participação essa que também é o que garante a legitimidade dos programas e políticas de regularização.

Contudo, deve-se dizer que resistência ideológica aos programas de regularização de favelas tem crescido, sendo muitas vezes expressa através de argumentos ambientais. Em que pese o papel fundamental que a instituição tem tido na construção de uma ordem pública no Brasil, o próprio Ministério Público com frequência opõe valores ambientais a outros valores sociais – como o direito social, constitucional, de moradia -, mesmo em áreas urbanas (públicas e privadas) onde os assentamentos humanos já foram consolidados ao longo de várias décadas de ocupação informal.

A medida de tal resistência ideológica pode ser percebida pela leitura inversa dos termos de uma decisão judicial recente: em uma ação civil pública movida contra pessoas de condição econômica privilegiada que tinham construído verdadeiras mansões em um “condomínio fechado” em uma área pública, o juiz indeferiu o pedido de

demolição das casas com o argumento de que, apesar da ilegalidade da ocupação, ele não podia ignorar que dinheiro tinha sido investido nas construções e empregos tinham sido gerados. É de se perguntar se o mesmo argumento seria aceito no caso de ações propondo a remoção de favelados...

## **A autonomia do Direito Urbanístico**

Muitos dos – poucos - juristas que têm se ocupado da questão urbana ainda o fazem através da perspectiva restritiva do Direito Administrativo. Enquanto as cidades e seus problemas crescem assustadoramente, e a despeito do fato de que milhares de leis urbanísticas têm sido aprovadas em todos os níveis de governo desde a década de 1930, mas sobretudo ao longo das três últimas décadas, tais juristas ainda perdem tempo em discussões estéreis acerca da autonomia do Direito Urbanístico. De modo geral, o Direito Urbanístico somente tem sido aceito como um sub-ramo do Direito Administrativo ou, em alguns casos, do Direito Ambiental. Como tenho insistido, acredito que tal resistência é de natureza ideológica e tem a ver com noções pré-concebidas e inquestionadas acerca do direito de propriedade imobiliária. Já a maior aceitação do Direito Ambiental deve-se em parte ao fato de que a agenda “verde” é freqüentemente a expressão de uma visão naturalista de um espaço abstrato e sem conflitos, sendo como tal certamente mais próxima da sensibilidade das classes médias do que a agenda “marrom” das cidades poluídas – que são estruturadas a partir dos conflitos político-sociais e jurídicos em torno da terra e das relações de propriedade.

A verdade é que muito já se avançou, desde que as possibilidades de ação do estado no controle da propriedade urbana eram limitadas ao binômio usucapião/desapropriação. Do Código Civil de 1916 ao Estatuto da Cidade de 2001, isto é, do princípio da propriedade individual irrestrita ao princípio das restrições urbanísticas ao direito de propriedade, até chegar no princípio da função social da propriedade e da cidade, a ordem jurídica de controle do desenvolvimento urbano foi totalmente reformada. Nesse contexto, não há mais como negar a autonomia acadêmica e político-institucional do Direito Urba-

nístico, não só pelas referências explícitas feitas a esse ramo do direito na Constituição Federal de 1988, mas também pelo fato de que são claramente definidos todos os “critérios” tradicionalmente exigidos para o reconhecimento da autonomia de um ramo do direito: o Direito Urbanístico tem objeto, princípios, institutos e leis próprios.

Como objeto, o Direito Urbanístico se ocupa do controle jurídico do desenvolvimento urbano, isto é, dos vários processos de uso, ocupação, parcelamento e gestão do solo nas cidades. Também os princípios do Direito Urbanístico são claros, o mais importante deles sendo sem dúvida o da função social da propriedade e da cidade, à luz do qual as demais normas e instrumentos, políticas e programas devem ser interpretados – e os conflitos devem ser resolvidos. Vários outros princípios importantes consagrados pelo Estatuto da Cidade podem ser brevemente mencionados: o do urbanismo como função pública, que não se reduz à ação estatal; o caráter normativo das regras urbanísticas, que cobrem não só a ação do poder público, mas atuam também no meio social e no domínio privado; a conformidade da propriedade urbana às normas urbanísticas; a separação do direito e construir do direito de propriedade, que está na base do solo criado e da transferência do direito de construir. Também o princípio da coesão das normas urbanísticas se aplica, coesão essa que, como dito acima, se dá sob a égide do princípio maior da função social da propriedade e da cidade. Dois outros princípios importantes, inter-relacionados, foram materializados pelo Estatuto da Cidade, quais sejam: o da justa distribuição dos benefícios e ônus da urbanização e o da afetação das mais valias ao custo da urbanização, de tal forma que o poder público possa recuperar, e reverter em prol da comunidade, a valorização imobiliária que decorre do investimento público para as propriedades privadas.

São muitos os institutos típicos do Direito Urbanístico, por exemplo: os planos (plano diretor, plano de ação, plano estratégico, etc.); o parcelamento do solo urbano (arruamento, loteamento, desmembramento); o zoneamento (incluindo os índices urbanísticos como taxa de ocupação, coeficiente de aproveitamento, modelos de assentamento, recuos, gabaritos, etc.). Mais do que nunca, o Direito Urbanístico brasileiro tem seu próprio conjunto de leis próprias e es-

pecíficas, incluindo, além das disposições do capítulo constitucional sobre política urbana e do Estatuto da Cidade, a importante lei federal de parcelamento do solo e diversas leis federais ambientais e sobre o patrimônio histórico-cultural; centenas de leis estaduais e milhares de leis municipais.

Em suma, se desde a década de 1930 a legislação urbanística estava sendo construída de forma a materializar o princípio da função social da propriedade introduzido pela Constituição Federal de 1934, com a aprovação do Estatuto da Cidade a ordem jurídica urbanística está consolidada e precisa de ser urgentemente reconhecida com a devida seriedade, inclusive pelos currículos das faculdades de direito.

## Conclusão

A aprovação do Estatuto da Cidade consolidou a ordem constitucional quanto ao controle jurídico do desenvolvimento urbano, visando a reorientar a ação do poder público, do mercado imobiliário e da sociedade de acordo com novos critérios econômicos, sociais e ambientais. Sua efetiva materialização em leis e sobretudo políticas públicas, contudo, depende fundamentalmente da ampla mobilização da sociedade brasileira, dentro e fora do aparato estatal. O papel dos juristas nesse processo é de fundamental importância para que sejam revertidas as bases do processo – de espoliação e mesmo de auto-destruição socioambiental – que tem caracterizado o crescimento urbano no Brasil.

\* (Contato: [edesiofernandes@compuserve.com](mailto:edesiofernandes@compuserve.com))

## Referências

Fernandes, Edésio (org) 1998 *Direito Urbanístico*, Del Rey, Belo Horizonte.

Fernandes, Edésio (org) 2001 *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil*, Del Rey, Belo Horizonte.