

Edésio FERNANDES

DO CÓDIGO CIVIL AO ESTATUTO DA CIDADE

ALGUMAS NOTAS SOBRE A TRAJETÓRIA

DO DIREITO URBANÍSTICO NO BRASIL

ARTÍCULOS

RESUMEN

Este artículo propone discutir de manera crítica la evolución de los principios que guían el orden jurídico brasileño relativo al control del desarrollo urbano, esto principalmente se realizará a través de una comparación entre el código civil brasileño de 1916 y la recientemente aprobada Ley Nacional de Política Urbana, llamada Estatuto de la Ciudad. Se dedicará especial atención a las condiciones jurídicas de gestión político administrativa de las ciudades. Como conclusión se argumentará que, con todos sus problemas, el orden jurídico urbanístico brasileño ya se encuentra consolidado de manera adecuada, y su materialización efectiva a través de políticas públicas depende fundamentalmente de una amplia movilización de la sociedad brasileña.

ABSTRACT

This article aims to discuss critically the evolution of the main principles guiding the Brazilian legal order regarding the control of urban development. This will be done especially through the comparison between the 1916 Civil Code and the recently enacted National Urban Policy Law, entitled The City Statute. Special attention will be placed on the legal conditions for the politico-administrative management of cities.

As a conclusion, it will be argued that, notwithstanding all its problems, the Brazilian legal-urban order is already consolidated in an adequate manner, and its effective materialization through public policies depends fundamentally on a wide Brazilian social mobilization.

Palabras clave

Ley. Urbanización. Illegalidad. Derechos de propiedad. Gestión urbana. Brasil.

Key-words

Law. Urbanization. Illegality. Property rights. Urban management. Brazil.

Recibido: 24-01-02
Aceptado: 19-03-02

■ INTRODUÇÃO

No dia 10 de julho de 2001 foi aprovada 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 (arts. 182 e 183). A nova lei com certeza vai se prestar para dar suporte jurídico ainda mais consistente às estratégias e aos processos de planejamento urbano, e 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. De fato, se a Constituição de 1988 já tinha afirmado o papel fundamental dos municípios na formulação de diretrizes de planejamento urbano e na condução do processo de gestão das cidades, o Estatuto da Cidade não só consolidou esse espaço da competência jurídica e da ação política municipal, como também o ampliou sobremaneira.

Contudo, ao enfatizar a importância dos processos e mecanismos para a gestão democrática das cidades e para a democratização das formas de acesso ao solo urbano e à moradia, o Estatuto da Cidade também propôs as bases para a mudança da qualidade política do processo de construção da ordem jurídico-urbanística. A proposta é de que descentralização e democratização caminhem juntas para garantir a plena legitimidade social dos processos de planejamento urbano, formulação de políticas públicas, aprovação de leis urbanísticas e gestão de cidades.

Este texto é dividido em quatro partes. Na primeira parte, proponho uma análise conceitual geral acerca da importância da nova lei a partir de uma perspectiva jurídico-política, situando o paradigma fundamental que orienta a interpretação e a utilização dos novos instrumentos urbanísticos hoje disponíveis para a construção de uma outra ordem urbana pelos municípios. Na segunda parte, discutirei alguns aspectos dos processos apontados pelo Estatuto da Cidade para a gestão democrática das cidades. Na terceira parte, discutirei os instrumentos jurídicos propostos pela nova lei para a regularização fundiária dos assentamentos informais em áreas urbanas. Finalmente, farei um comentário acerca da autonomia acadêmica do Direito Urbanístico —isto é, enquanto ramo do direito brasileiro—, tal como foi inequivocamente confirmada pelos princípios e dispositivos do Estatuto da Cidade.

■ UMA DUPLA MUDANÇA PARADIGMÁTICA

A devida utilização das possibilidades do Estatuto da Cidade, bem como a adequada interpretação de seus dispositivos, depende fundamentalmente da compreensão de seu significado e alcance no contexto da ordem jurídica brasileira.

Foram precisos mais de dez anos de discussões, emendas e substitutivos de toda ordem para que o projeto de lei N° 5.788 originalmente proposto em 1990 pelo Senador Pompeu de Souza —que por sua vez era, pelo menos em parte, uma nova encarnação de diversos outros anteprojetos e projetos de leis discutidos ao longo de décadas, sendo que o projeto de lei N° 775/83 de autoria do Poder Executivo merece menção especial— fosse finalmente aprovado, e o texto final da lei revela todas as dificuldades do tenso 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 veto do Presidente da República, e uma polêmica entre juristas foi imediatamente explorada, e mesmo fomentada, na imprensa nacional por setores contrários à aprovação de vários dos princípios e instrumentos da nova lei, no sentido de arguir sua inconstitucionalidade e assim justificar o veto presidencial. No final desse processo, foram vetados apenas alguns dispositivos sobre questões específicas, mas a verdade é que a controvérsia jurídica não terminou.

Ao regulamentar 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 grande relevância dos novos instrumentos jurídicos e urbanísticos criados e/ou regulamentados pela lei federal, acredito que a importância maior do Estatuto da Cidade se deve principalmente ao marco conceitual por ele 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 para dar suporte jurídico adequado às práticas de gestão urbana.

Esta seção 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 existentes, estudar o Direito Urbanístico no Brasil do século XXI pressupõe discuti-lo no contexto das possibilidades jurídicas efetivas e das 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.¹

Proponho como argumento que a devida avaliação crítica dessa dimensão jurídica —tão importante, tão negligenciada— do processo de desenvolvimento urbano requer uma mudança paradigmática na maneira de se refletir sobre dois temas básicos, quais sejam: se Direito Urbanístico e gestão urbana não podem mais 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

1/ Para uma discussão sobre a maneira como os estudos urbanos e os estudos jurídicos no Brasil têm considerado a dimensão jurídica do fenômeno de urbanização, vide Fernandes (1998a).

2/ Para uma discussão do princípio da função social da propriedade no contexto da Constituição Federal de 1988, vide Fernandes (1995; 1998c) e Saule Jr. Para uma discussão do princípio da função social da

propriedade no contexto da Constituição Federal de 1988, vide Fernandes (1995; 1998c) e Saule Jr. Para uma discussão do princípio da função social da propriedade no contexto da Constituição Federal de 1988, vide Fernandes (1995; 1998c) e Saule Jr. (1997)

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 frequentemente mascarado por discussões aparentemente técnicas ou legalistas acerca de aspectos formais do projeto de lei e da lei efetivamente aprovada, o que sempre esteve em jogo durante o longo processo de discussão sobre a nova lei —dentro e fora do Congresso Nacional— era, e ainda 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 urbana 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 já vinha sendo repetido por todas as constituições brasileiras desde a de 1934, sem que tivesse sido claramente definido em termos conceituais 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 urbana encontrou uma fórmula conceitual 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 jurídico do processo de desenvolvimento urbano através da formulação de políticas de ordenamento territorial, nas quais os interesses individuais dos proprietários necessariamente coexistem com outros interesses sociais, culturais e ambientais de outros grupos e da cidade como um todo.²

Para tanto, foi dado ao poder público municipal 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, o princípio da função social da propriedade ainda é em grande medida uma figura de retórica nas práticas efetivas de desenvolvimento urbano e gestão de cidades, já que há muito a ação dos setores privados —e mesmo de setores do poder público— 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. Deve-se salientar que, além de todos os seus muitos problemas em outras áreas, o “novo” Código Civil recentemente aprovado não é de todo coerente com a proposta do Estatuto da Cidade no que diz respeito à noção do direito de propriedade imobiliária individual, com o que novas controvérsias jurídicas deverão ser exploradas no futuro por grupos conservadores.

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.³

O currículo obsoleto dos cursos de direito —que incluem quatro anos e meio de discussões formais sobre tal Código Civil totalmente ultrapassado em

3/ Para uma análise histórica dos processos e discussões conceituais e ideológicas que engendraram a formulação do Código Civil de 1916, vide Grinberg (2001).

muitos aspectos— certamente tem dificultado a mudança de “olhar” sobre a questão: formados nessa tradição civilista e dogmática, os juristas brasileiros ainda olham para a cidade a partir da perspectiva do lote privado, e naturalmente não vêem ou entendem muito além dos interesses individuais dos proprietários. Quando muito, aqueles juristas um pouco mais atentos para a importância da ação do poder público nas áreas urbanas justificam a aplicação de algumas restrições administrativas ao exercício da propriedade imobiliária. Contudo, deve-se dizer que, em que pese a importância dessa interpretação, trata-se essencialmente de uma reforma conceitual ainda insuficiente do paradigma civilista.

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 as políticas de gestão urbana baseadas no princípio constitucional da função social (e mesmo às outras leis urbanísticas, sobretudo às 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 o regulamentasse, já que somente uma outra lei federal poderia modificar os princípios do Código Civil sobre o direito de propriedade. Na falta de uma lei federal que tratasse do processo de desenvolvimento urbano, a ação do poder público nesse campo tinha de ser justificada por malabarismos intelectuais relacionando diversos princípios constitucionais em vigor e que tratavam de aspectos parciais da questão. Mais de doze anos depois da promulgação da Constituição de 1988, uma tal lei federal finalmente entrou em vigor, com o que esse velho argumento não pode mais ser utilizado.

A verdade é que, exatamente 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 Ministério Público e 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 passe a se dar dentro de um quadro de maior objetividade, apoiada em análises conceituais e pesquisas empíricas, de acordo com princípios de racionalidade acadêmica mais evidentes e em consonância com os princípios contemporâneos expressos nos diversos tratados e convenções internacionais que o Brasil tem frequentemente assinado e ratificado em sua legislação nacional.

■ OS DIREITOS DE PROPRIEDADE

Na base de muitas das críticas à nova lei, percebe-se uma visão ideológica comum aos juristas conservadores de que existiria um único 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, tais juristas 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 em vigor —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

4.º Em outro trabalho - *Law and Urban Change in Brazil* - desenvolvi esse tema com mais profundidade, de forma a identificar os principais papéis que o direito tem cumprido no processo de urbanização brasileira; vide Fernandes (1995), vide também Fernandes (2000b) e Fernandes e Rolnik (1998).

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 conveniência ou não da 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.⁴

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, cuja medida é de ser determinada pelos mesmos, 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, excludentes, segregadas, ineficientes, caras, poluídas, perigosas, injustas e ilegais— são em grande medida 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 urbanísticos 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 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 reduzido às 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 predeterminado —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.

Sómente 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.

■ OS NOVOS INSTRUMENTOS URBANÍSTICOS

Confirmando e ampliando o espaço constitucional garantido para a ação dos municípios no controle do processo de desenvolvimento urbano, o Estatuto da Cidade não só regulamentou os instrumentos urbanísticos pela Constituição de 1988, como também criou outros. São instrumentos que podem e devem ser utilizados pelos municípios de forma combinada, de maneira a promover não apenas a regulação normativa dos processos de uso, desenvolvimento e ocupação do solo urbano, mas especialmente para induzir ativamente os rumos de tais processos, podendo dessa forma interferir diretamente com, e reverter em alguma medida, o padrão e a dinâmica dos mercados imobiliários produtivos formais, informais e sobretudo especulativos que, tal como operam hoje, têm determinado o processo crescente de exclusão social e segregação espacial nas cidades brasileiras.

De fato, a combinação entre os instrumentos regulatórios tradicionais do planejamento urbano —zoneamento, loteamento/desmembremento, taxas de ocupação, modelos de assentamento, coeficientes de aproveitamento, gabaritos, recuos, etc.— com os novos instrumentos indutores regulamentados pelo Estatuto da Cidade —como a determinação de edificação/parcelamento/utilização compulsórios; a aplicação extrafiscal do

IPU progressivo no tempo; a imposição da desapropriação-sanção com pagamento em títulos da dívida pública; o estabelecimento do direito de superfície; o uso do direito de preempção; a outorga onerosa do direito de construir—, com certeza abriu todo um novo e amplo leque de possibilidades para a ação dos municípios na construção de uma nova ordem urbana economicamente mais eficiente e politicamente mais justa e sensível às questões sociais e ambientais das cidades.

Contudo, a utilização de tais instrumentos e a efetivação das novas possibilidades de ação pelos municípios vai depender fundamentalmente da definição previa de uma ampla estratégia de planejamento e ação, expressando um “projeto de cidade” que tem necessariamente de ser explicitado publicamente através da legislação urbanística municipal, começando com a lei do Plano Diretor. Nesse contexto, é de fundamental importância que os municípios promovam uma ampla reforma de suas ordens jurídicas de acordo com os novos princípios constitucionais e legais, de forma a aprovar um quadro de leis urbanísticas condizentes com o novo paradigma da função social da propriedade e da cidade.

■ DIREITO URBANÍSTICO E GESTÃO URBANA

Outra dimensão fundamental do Estatuto da Cidade, novamente consolidando e ampliando a proposta básica da Constituição Federal de 1988, diz respeito à necessidade de os municípios promoverem a devida integração entre planejamento, legislação e gestão urbana, de forma a democratizar o processo de tomada de decisões e assim legitimar plenamente uma nova ordem jurídico-urbanística de natureza social.

De fato, o reconhecimento pelos municípios de processos e mecanismos jurídico-políticos adequados que garantam a participação efetiva dos cidadãos e associações representativas no processo de formulação e implementação do planejamento urbano e das políticas públicas —através de audiências, consultas, conselhos, estudos de impactos de vizinhança, iniciativa popular na propositura de leis e sobretudo através das práticas do orçamento participativo— é tido por o Estatuto da Cidade como sendo essencial para a promoção da gestão democrática das cidades. Além disso, a nova lei enfatiza a importância do estabelecimento de novas relações entre o setor estatal, o setor privado e o setor comunitário, especialmente através de parcerias e operações urbanas consorciadas, que têm de se dar

dentro de um quadro jurídico-político clara e previamente definido, incluindo mecanismos transparentes de controle fiscal e social.

Também nesse contexto, é preciso que os municípios promovam uma reforma compreensiva de suas leis e processos de gestão político-institucional, político-social e político-administrativa, de forma a efetivar e ampliar as possibilidades reconhecidas pelo Estatuto da Cidade.

■ AS VARIAS DIMENSÕES DA 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.⁵ De fato, algumas das experiências internacionais mais inovadoras de gestão urbana estão acontecendo no Brasil, tal como o orçamento participativo introduzido pelo município de Porto Alegre e que tem sido implementado em diversas outras cidades e mesmo em outros países. 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 os novos instrumentos jurídicos de implementação de políticas urbanísticas.

Por um lado, o devido tratamento jurídico do direito de propriedade imobiliária urbana deve ser retirado do contexto individualista 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 tradicional para a promoção de uma gestão urbana eficiente, justa e democrática também não são satisfatórias. Os princípios e instrumentos em vigor, limitados, restritivos 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

5/ A relação entre Direito Urbanístico e gestão urbana no Brasil é o tema da coletânea que organizei recentemente com contribuições de colegas de diversas partes do Brasil; vide Fernandes (2001b); para uma discussão do mesmo tema não só no contexto brasileiro, mas também internacional, vide Fernandes (2000a).

níveis: dentro do aparato estatal mais amplo, entre níveis governamentais, entre estado e sociedade, e dentro da sociedade. Diversas estratégias de planejamento urbano têm sido formuladas com base em novas ideias de gestão urbana como solo criado, parcerias público-privado, operações urbanas e operações interligadas, privatização e terceirização da prestação de serviços públicos, além do 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 integra-las de maneira renovada.

■ ASPECTOS DA GESTÃO POLITICO-INSTITUCIONAL

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 político-institucional federativo não expressa a realidade urbano-territorial efetivamente criada no país. 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.⁶

A despeito de sua importância, as tentativas de enfrentamento de tais problemas no período imediatamente anterior à convocação do Congresso Nacional Constituinte —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, para o bem e para o mal, 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; o 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.

■ ASPECTOS DA GESTÃO POLÍTICO-SOCIAL

Já a gestão político-social tem a ver com a relação ampla entre o estado e a sociedade. A verdade é que, por várias razões, 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, essencialmente 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 leis em matéria financeira e orçamentaria; 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 importante 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. Enfim, são muitos os problemas que precisam de ser urgentemente confrontados.

■ ASPECTOS DA GESTÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA

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., têm 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 e ganhos do planejamento, sempre com ênfase na ideia da barganha, do crédito e do estímulo.

Na base de tais estratégias, está a crítica à burocratização excessiva do Direito Administrativo em vigor, à rigidez das regras que orientam o contrato

6/ Vide Fernandes (1985) para uma análise dos problemas político-institucionais enfrentados a serem enfrentados pelo Congresso Nacional Constituinte; para uma análise crítica do aparato jurídico-institucional de gestão metropolitana que prevaleceu no Brasil entre 1973 e 1988, vide Fernandes (1992).

administrativo, e à inflexibilidade dos princípios que regem a relação entre o estado e o setor privado. Contudo, outros problemas igualmente sérios têm decorrido de tais mudanças nas práticas de gestão político-administrativa: as novas estratégias adotadas frequentemente não têm se pautado por critérios transparentes, a segurança jurídica das novas relações entre o setor estatal e o setor privado tem sido questionada, a falta de critérios e de controle e o casuismo nas decisões tomadas têm feito com que novos espaços tenham sido abertos 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 pública 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

A outra dimensão fundamental do Estatuto da Cidade diz respeito aos instrumentos jurídicos reconhecidos para a promoção, pelos municípios, de programas de regularização fundiária dos assentamentos informais, dentro da proposta mais ampla já introduzida pela Constituição de 1988 de que cabe às políticas públicas municipais promover a democratização das formas de acesso ao solo urbano e à moradia.

O Estatuto da Cidade reconheceu que a crise generalizada de moradia e a proliferação de formas de ilegalidade urbana no que diz respeito aos processos de acesso ao solo e à moradia — produzidas pela combinação entre a falta de políticas habitacionais adequadas e a ausência de opções suficientes e acessíveis oferecidas pelo mercado imobiliário — são ao mesmo tempo resultados e causas de vários dos problemas urbanos enfrentados pelos municípios. Além de regulamentar os institutos já existentes do usucapião especial urbano e da concessão de direito real de uso, que devem ser usados pelos municípios para a regularização das ocupações respectivamente em áreas privadas e em áreas públicas, a nova lei avançou no sentido de admitir a utilização de tais instrumentos

de forma coletiva. Diversos dispositivos importantes foram aprovados de forma a garantir o registro de tais áreas nos cartórios imobiliários, que ha muito tem colocado obstáculos às políticas de regularização.

A seção do Estatuto da Cidade que proponha a regulamentação de um terceiro instrumento mencionado na Constituição de 1988, qual seja, a concessão de uso especial para fins de moradia, foi totalmente vetada pelo Presidente da República por razões jurídicas, ambientais e políticas. Contudo, dada sobretudo a mobilização do Fórum Nacional da Reforma Urbana, em 4 de setembro de 2001 foi assinada pelo Presidente a Medida Provisória N^o 2.220, que reconheceu, em determinadas condições, o direito subjetivo (e não apenas como prerrogativa da administração pública) dos ocupantes de imóveis de propriedade pública — inclusive municipal — à concessão de uso especial para fins de moradia. A Medida Provisória também estabelece em que condições o poder público municipal pode promover a remoção dos ocupantes de áreas públicas para outras áreas mais adequadas. Trata-se de medida de extrema importância social e política, mas que certamente vai exigir um esforço jurídico, político e administrativo articulado dos municípios de forma a responder às situações existentes de maneira juridicamente adequada e também de forma condizente com os outros interesses sociais e ambientais da cidade como um todo.

■ LEGALIDADE E ILEGALIDADE

Conforme destaquei anteriormente, não ha 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 consequências do processo de exclusão social e segregação espacial que tem caracterizado o crescimento urbano intensivo nos países em desenvolvimento. 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.⁷ Em que pese 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.⁸

Não há mais como ignorar que legalidade e ilegalidade são duas faces do mesmo processo social 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.⁹ 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.¹⁰

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.¹¹ Em especial, é fundamental que se reconheça que, em casos como o do Brasil nos quais a ilegalidade urbana deixou de ser a exceção e passou 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.

Ha três outros aspectos desse processo que precisam de ser salientados, ainda que brevemente: 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

7/ Este é o tema da coletânea *Illegal Cities - Law and Urban Change in Developing Countries* que co-organizei com Ann Varley, com contribuições de diversos países (1998); vide também Fernandes (1999c; 2001a).

8/ Agenda Habitat é o plano global de ação adotado pela comunidade internacional na Conferência Habitat II da ONU, realizada em Istambul, Turquia, em junho de 1996.

9/ Entre outros colegas juristas que têm escrito e publicado frequentemente sobre o tema, merecem destaque Belania de Moraes Allansin, Jacques Alfonsin, Leticia Marques Osorio e Nelson Saule Jr.; dentre os não-juristas, deve ser destacado o trabalho pioneiro, combativo e imprescindível de Erminia Maricato e Raquel Rolnik.

10/ Para a discussão da relação entre legislação, planejamento e violência, vide os resultados da pesquisa recentemente coordenada por Raquel Rolnik (1999).

11/ Vide o site do UNCHS-United Nations Centre for Human Settlements (Habitat) www.unchsh.org/govern para informação sobre a Campanha Global para a Boa Governança Urbana.

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.¹²

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 frequente 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, na sua essência, o fenômeno é perigoso já que coloca em xeque os padrões básicos de organização sociopolítica do país.¹³

REGULARIZAÇÃO DE ASSENTAMENTOS INFORMAIS

Uma das questões que mais têm 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

12/ Vide Fernandes (1997) para uma discussão acerca desse ponto.

13/ Para uma discussão mais aprofundada desse tema, vide Fernandes (1999b; 2001a); a tradição de estudos sobre o fenômeno da justiça informal e do pluralismo jurídico deve sobremaneira à contribuição pioneira fundamental de Boaventura de Sousa Santos

14/ Vide o site do UNCHS-United Nations Centre for Human Settlements (Habitat) www.unchsh.org/tenure para informação sobre a Campanha Global pela Segurança da Posse.

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 assentamento informais é o tema central da Campanha Global pela Segurança da Posse que vem sendo promovida desde 1999 pela agência Habitat da ONU.¹⁴

No Brasil, tais programas de regularização têm sido implementados em diversos municípios —como Porto Alegre— 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 consequências 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, geralmente em áreas impróprias para a ocupação humana, têm sido as formas contemporâneas de acesso à moradia 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 o papel importante cumprido pelas leis elitistas e socialmente inadequadas que têm historicamente desconsiderado as realidades dos processos socioeconômicos de produção da moradia, exigindo padrões

técnicos e urbanísticos inatingíveis, acabando por reservar as áreas nobres e providas de infraestrutura para o mercado imobiliário destinado às classes medias e altas, e ignorando assim 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.¹⁵ 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.

Da mesma forma, as possibilidades oferecidas pelo quadro jurídico em vigor para a formulação de políticas de regularização fundiária precisam de ser mais bem compreendidas, sobretudo por aqueles governos municipais comprometidos com propostas de democratização das formas de acesso ao solo e à moradia. Daí a importância dos dispositivos do Estatuto da Cidade sobre o tema, cuja importância é inegável.

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 a promoção de reformas jurídicas. Contudo, 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, sobretudo nas áreas centrais das cidades, 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.

15/ Este ponto foi demonstrado com muito brilhantismo por Rolnik (1997) e Maricato (1996).

16/ Há muitos anos tenho escrito regularmente sobre a experiência de Belo Horizonte; vide, por exemplo, Fernandes (1998b).

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. Porto Alegre é um dos poucos municípios brasileiros onde uma política consistente de regularização de loteamentos esta sendo implementada. Por sua vez, as favelas são contemporâneas do processo de urbanização, e o fenômeno tem sido devida e amplamente pesquisado e analisado no Brasil e internacionalmente. A proliferação de favelas nas cidades brasileiras 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 diversas cidades como Belo Horizonte o número de favelados corresponde a mais de 20% da população total, sendo que em outras cidades como Salvador e Recife esse percentual chega a ser superior a 40%.¹⁶

Em Belo Horizonte, como de resto em várias outras cidades brasileiras como Porto Alegre e 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.

A lei que criou o Pro-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 denominadas “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.¹⁷ Essa mesma fórmula foi consagrada pelo Estatuto da Cidade.

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 redefinir 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 cidades brasileiras. 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 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

17/ Para uma ampla análise comparativa das principais experiências brasileiras, vide o trabalho fundamental de Betânia de Moraes Alfonsin (1997: 2001)

18/Para uma avaliação crítica das experiências de legalização de favelas no Brasil, vide Fernandes (1999a).

19/ Este é o tema do projeto de pesquisa “Enfoques inovadores para a segurança da posse para os pobres nas áreas urbanas”, para o qual escrevi o relatório sobre o Brasil comparando as experiências de Recife e Porto Alegre; vide Payne (2001).

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. Deve-se salientar que 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.¹⁸

Em especial, planejadores e administradores urbanos, sobretudo aqueles trabalhando nas agências de regularização, têm de se conscientizar acerca das amplas, as vezes perversas, implicações de suas propostas, especialmente no que toca à legalização dos assentamentos informais. O grande avanço do Estatuto da Cidade nesse contexto foi reconhecer inequivocamente que o atendimento 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 contrario, 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.¹⁹

■ BUSCANDO SOLUÇÕES JURÍDICAS INOVADORAS

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 possibilitaram a formação e sobrevivência da estrutura fundiária altamente concentrada do país, e que têm de ser compreendidos antes que qualquer programa de legalização possa ser implementado.²⁰ As principais questões continuam não respondidas pelos juristas, mesmo porque eles não as têm colocada: que tipo de implicações a ordem jurídica tem tido no processo de crescimento urbano, e quem tem se beneficiado da manutenção inquestionada de tal statu 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 e o reconhecimento de direitos sociais de moradia; a incorporação de uma explícita 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 diretamente 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 torna-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 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 manifesta 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 faveladas...

■ A AUTONOMIA DO DIREITO URBANÍSTICO

Muitos dos —ainda 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 estereis acerca da autonomia do Direito Urbanístico. De modo geral, o Direito Urbanístico sómente tem sido aceito como um sub-ramo do Direito Administrativo ou, em alguns casos, do Direito Ambiental.

20/ Vide Maricato (2001) para uma análise desse ponto, e em especial de como a lei de Terras de 1850 foi fundamental para a configuração desse quadro.

Como tenho insistido, acredito que tal resistência é de natureza ideológica e tem a ver com noções pre-concebidas e inquestionadas acerca do direito de propriedade imobiliária. Já a maior aceitação do Direito Ambiental parece dever-se em parte ao fato de que a “agenda verde” é frequentemente a expressão de uma visão naturalista de um espaço abstrato e sem conflitos, sendo como tal certamente mais próxima da sensibilidade das classes medias 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 imobiliária e do desenvolvimento urbano eram limitadas ao binómio 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 ha mais como negar a autonomia académica e político-institucional do Direito Urbanístico, não só pelas referências explícitas feitas a esse ramo do direito na Constituição Federal de 1988, mas também pelo fato de que foram claramente cumpridos 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 visa a promover o controle jurídico do desenvolvimento urbano, isto é, dos vários processos de uso, ocupação, parcelamento e gestão do solo nas cidades. A urbanização intensiva foi certamente o fenómeno socioeconómico mais significativo do século XX, tendo provocado mudanças drásticas de todas as ordens. O impacto desse processo na ordem jurídica não pode ser mais ignorado.

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 de construir do direito de propriedade, que está na base do instituto 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, por exemplo através da utilização extrafiscal da tributação, e o da afectação das mais valias ao custo da urbanização, de tal forma que o poder público possa recuperar, e reverter em pro 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, desmembremento); 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 específicas, 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 outras leis federais ambientais e sobre o património 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 urbanísticos, 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.

ANEXO

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

CAPÍTULO II

DA POLÍTICA URBANA

Art.182 A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, sub-utilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente de:

I parcelamento ou edificação compulsórios;

II imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Art.183 Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

BIBLIOGRAFIA

ALFONSIN, Betania de Moraes

1997

Direito à moradia: instrumentos e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras. Rio de Janeiro: FASE/IPPUR.

2001

"Políticas de regularização fundiária: justificativa, impactos e sustentabilidade". Fernandes, Edésio (org) Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil. Belo Horizonte: Del Rey.

FERNANDES, Edésio

1985

"Algumas ideias sobre a Assembleia Constituinte". Weffort, F et al. (org) Brasil: Crise e Alternativas, Belo Horizonte: Partido dos Trabalhadores/SEGRAC.

1992

"Juridical-institutional aspects of metropolitan administration. Brazil" 14 Third World Planning Review.

1995

Law and Urban Change in Brazil. Aldershot: Avebury.

1997

"Access to Urban Land and Housing in Brazil: Three Degrees of Illegality" Working Paper WP97E1, Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge, MA.

1998a

"Direito Urbanístico: entre a cidade "legal" e a cidade "ilegal"". Fernandes, Edésio (org) Direito Urbanístico, Belo Horizonte: Del Rey.

FERNANDES, Edésio

1998b

"A regularização de favelas: o caso de Belo Horizonte". Fernandes, Edésio (org) Direito Urbanístico, Belo Horizonte: Del Rey.

1998c

"Direito e urbanização no Brasil". Fernandes, Edésio (org) Direito Urbanístico, Belo Horizonte: Del Rey.

1999a

"A regularização jurídica das favelas no Brasil". Saule Jr., Nelson (org) Direito à Cidade, São Paulo: Max Limonad/Polis.

1999b

"The Illegal City" Habitat Debate (UNCHS, Vol. 5, No. 3).

1999c

"Redefining property rights in the age of liberalization and privatization", Land Lines (Lincoln Institute of Land Policy, November).

2000a

(org) Direito e Governança: tendências da gestão urbano-ambiental e a reforma do setor público, Belo Horizonte: Escola de Governo da Fundação João Pinheiro.

2000b

"Law and the production of urban illegality: urban development in Brazil". Faundez, Julia, Footer, Mary E., & Norton, Joseph J. (eds) Governance, Development and Globalization, London: Blackstone.

2001a

"Land and the production of urban illegality". Land Lines (Lincoln Institute of Land Policy, May).

2001b

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

FERNANDES, Edésio & ROLNIK, Raquel

1998

"Law and Urban Change in Brazil". Fernandes, Edésio & Varley, Ann (org) Illegal Cities - Law and Urban Change in Developing Countries, London: Zed Books.

FERNANDES, Edésio & VARLEY, Ann (org)

1998

Illegal Cities - Law and Urban Change in Developing Countries. London: Zed Books.

GRINBERG, Keila

2001

Código Civil e Cidadania. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

MARICATO, Eminia

1996

Metrópole na periferia do capitalismo: ilegalidade, desigualdade e violência. São Paulo: Hucitec.

2000

"As ideias fora do lugar e o lugar fora das ideias". Arantes, Otília et al A cidade do pensamento único: desmanchando consensos. Petrópolis: Vozes.

PAYNE, Geoffrey

2001

(no prelo) Innovative approaches to tenure for the urban poor. London: United Kingdom Department for International Development.

ROLNIK, Raquel

1997

A Cidade e a Lei. São Paulo: Studio Nobel.

1999

(org) Regulação urbanística e exclusão territorial. São Paulo: Polis No. 32.

SAULE Jr., Nelson

1997

Plano Diretor, Porto Alegre: Fabris.

