

# Desafio da observância da participação popular no planejamento urbano municipal: um estudo exploratório da necessidade de provocação do Poder Judiciário para sua efetividade

*Vera Angrisani<sup>1</sup>*

Desembargadora do Tribunal de Justiça de São Paulo

## 1. Introdução

Partindo do princípio da participação popular, consta-se que a Constituição brasileira de 1988 também instituiu vários mecanismos para fins de garantir uma participação direta do cidadão no Poder Público, como a iniciativa popular, o referendo, o plebiscito, as consultas e audiências públicas, os conselhos de gestão de políticas e serviços públicos. Percebe-se a preocupação com a instituição de uma nova cultura política que preze pela coparticipação de todos os agentes e atores responsáveis pelo desenvolvimento da cidade nas diversas instâncias de poder e das regulamentações concernentes à política urbana, especialmente no procedimento de elaboração e revisão dos Planos Diretores, propiciando a transparência das decisões políticas, com fins de justiça social. Porém, o passar do tempo está a demonstrar que o mesmo não ocorre com as demais legislações urbanísticas editadas que cuidam do zoneamento, parcelamento, uso e ocupação do solo, notadamente aquelas editadas pós Plano Diretor.

O presente estudo procura demonstrar, através de decisões coligidas da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) que, mesmo diante da tendência a decisões judiciais que reconhecem a inconstitucionalidade da lei municipal que aprova o Plano Diretor sem prévia audiência pública, vários municípios editam legislação urbanística contrariando e/ou mesmo modificando seus respectivos planos diretores em afronta não só a Constituição Federal, mas especificamente a Constituição Estadual paulista, fazendo tábula rasa ao princípio da participação popular, no que avulta o reconhecimento da inconstitucionalidade de dita legislação infraconstitucional urbanística. Assim, procuramos apontar a importância da utilização desses instrumentos de participação social no procedimento de elaboração e revisão não só dos Planos Diretores, como também na edição de legislação urbanística posterior a eles relativas, direta ou indiretamente, de modo a garantir o respeito aos valores da gestão democrática e da justiça. O método empregado na pesquisa é o estudo de repertório jurisprudencial do TJSP com suporte em consulta bibliográfica.

## 2. Contextualização

Em face não só do crescimento anual da população no Brasil, bem assim do crescente processo de urbanização descontrolado, entendido este como o processo pelo qual

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Ambiental e Minerário. Professora da Escola Paulista da Magistratura. Integrante do NEDU.

a população urbana aumenta em virtude de diversos fatores, dentre eles o movimento migratório da população das áreas rurais para os centros urbanos e o interesse econômico, sendo este último o principal definidor da política de zoneamento urbano em meados do século XX, tudo resultando num fenômeno de concentração urbana, desacompanhado de uma legislação eficiente para regulamentar o parcelamento do solo, “determinado fundamentalmente por interesses privados.”<sup>2</sup>

Clarificando, a urbanização massificada das cidades no Brasil ocorreu num período em que as ações governamentais estavam voltadas para o desenvolvimento econômico e industrial do País<sup>3</sup>.

Mas não é só. Lembramos ainda da conurbação, marcha urbana que ocorre quando duas cidades limítrofes se expandem ao ponto de encontrar-se, compondo um único núcleo urbano. Em algumas situações, as duas cidades crescem até se encontrar em um ou mais pontos do território, formando as metrópoles, e mais ainda, se expandem adentrando à zona rural. Daí dizer-se que o urbanismo dilata as fronteiras das cidades. A urbanização na humanidade é um fenômeno moderno da sociedade industrializada, fruto da revolução industrial. Muitas são as cidades que cresceram e se formaram ao redor de fábricas e serviços, atividades necessariamente desvinculadas do produto natural da terra, este, ao contrário, objetivo principal das atividades do campo<sup>4</sup>. Tal movimento é muito bem sintetizado por Toshio Mukai<sup>5</sup>, em sua obra de direito urbanístico, quando assevera que

*O mencionado fenômeno da industrialização, auxiliado pelo desenvolvimento dos meios de transportes, provoca violentas modificações nas antigas e equilibradas relações entre o meio rural e o meio urbano. A intensa urbanização, fenômeno conseqüente do primeiro e que significa a criação de novas áreas urbanas e intensificação do gênero urbano de vida de todas as áreas já existentes, é acontecimento típico da era que se seguia à Revolução Industrial. Da necessidade de impedir o aparecimento inevitável de inúmeros males ligados a esse crescimento desordenado, começou a surgir uma especialização nova que visa não só ordenar a cidade, mas, agora com uma preocupação de maior alcance, qual seja, a de disciplinar e conseguir estabelecer técnicas de intervenção no processo de ocupação do espaço.*

Em decorrência do processo de urbanização acelerado por qual passou o Brasil<sup>6</sup>, a política urbana pela primeira vez foi tratada em âmbito constitucional pelo constituinte

<sup>2</sup> FERNANDES, Edésio (org.). *Direito Urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 222.

<sup>3</sup> PORFÍRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. *Responsabilidade do Estado em face do dano ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 30.

<sup>4</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 201. v. 7.

<sup>5</sup> MUKAI, Toshio apud BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit., p. 200.

<sup>6</sup> Complexos industriais e crescimento urbano que provocaram intensa ocupação do solo, tornando-o impermeável e resultando em um aumento de áreas urbanas inundáveis. Terrenos impróprios e com sensível declividade foram ocupados; tornaram-se novas áreas de risco de deslizamento de terra, soterrando pessoas e fazendo desabar construções precárias. À alta densidade demográfica seguiu-se uma não contida geração de lixo, que se acumulou em locais inadequados, transformando-os em focos de artrópodes e roedores nocivos à saúde das pessoas. Os assentamentos humanos, por sua vez, surgidos pela corrida dos tempos modernos, na falta de infraestrutura urbana, lançam seus esgotos *in natura*, agravando cada vez mais o estado das águas nos rios, córregos e reservatórios. PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; BRUNA, Gilda Collet. *Política e Gestão Ambiental*.

de 1988, trazendo viés constitucional à necessidade de serem elaborados projetos de desenvolvimento urbano.

O Direito Urbanístico vem expresso na Constituição Federal de 1988, sendo que em dois segmentos distintos foi distribuída a competência para legislar em matéria de direito urbanístico, de modo que restou cometido um regime de concorrência à União, aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios, no estabelecimento de normas gerais de urbanismo, nos termos que preceituam os artigos 24, I, e § 1º, e 30, II da Constituição Federal<sup>7</sup>.

A Magna Carta cometeu aos municípios com mais de vinte mil habitantes a obrigação de aprovar Plano Diretor<sup>8</sup>, como “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” (art. 182, § 1º). Além disso, atribuiu a todos os municípios competência para editar normas destinadas a “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso do solo, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (art. 30, VIII) e a fixar diretrizes gerais com o objetivo de “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos habitantes” (art. 182, *caput*)<sup>9</sup>. Portanto, nem toda a competência normativa municipal (ou distrital) sobre ocupação dos espaços urbanos se esgota na aprovação de Plano Diretor.

No mais abalizado magistério da doutrina, as competências indicadas nesses dispositivos são de titularidade própria dos municípios, razão pela qual eles estão investidos de amplo poder normativo para dispor a respeito, e não mera competência suplementar, pois

*Essa repartição de competência urbanística resulta mais precisa do Texto Supremo de 1988, de sorte que agora se pode afirmar com propriedade e fundamento constitucional que à União compete editar normas gerais de urbanismo e estabelecer o plano urbanístico nacional e planos urbanísticos microrregionais (arts. 21, XX e XXI, e 24, I, e § 1º); aos Estados cabe dispor sobre normas urbanísticas regionais (normas de ordenação do território estadual), suplementares das normas gerais estabelecidas pela União (art. 24, I, e § 2º), o plano*

*In*: PHILIPPI JÚNIOR, Artindo; ROMÉRO, Marcelo de Andrade; BRUNA, Gilda Collet. *Curso de Gestão Ambiental*. Barueri: Manole, 2004, p. 660.

<sup>7</sup> “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; [...]

§ 1º – No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. [...]

Art. 30. Compete aos Municípios: [...]

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; [...].”

<sup>8</sup> Portanto, além de ser obrigatório para os municípios com mais de vinte mil habitantes, o Plano Diretor deve englobar todo o território do município, devendo ser revisto, pelo menos, a cada dez anos, e deve conter, no mínimo, (a) a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórias (art. 22); (b) as áreas em que incidirá o direito de preempção, com direito de vigência não superior a cinco anos (art. 25); (c) as áreas em que o direito de construir poderá ser exercido acima dos coeficientes de aproveitamento básico adotados, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário (art. 28); (d) as áreas nas quais poderá ser permitida a alteração do uso do solo, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário (art. 29); (e) área para aplicação de operações consorciadas (art. 32); (f) regras para a transferência do direito de construir (art. 35); e (g) sistema de acompanhamento e controle.

<sup>9</sup> A expressão constitucional “garantir o bem-estar dos habitantes”, nada mais é do que uma forma de proteger direitos fundamentais, que apesar de ser um conceito aberto, está nitidamente refletido na interpretação do mandamento constitucional derivado do art. 182. A dignidade humana apresenta-se como ponto de partida e fim, conduzindo o círculo interpretativo, destacando-se, “pela sua magnitude, o fato de ser, simultaneamente, elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 85).

*urbanístico estadual (plano de ordenação do território do Estado) e planos urbanísticos regionais (planos de ordenação territorial de região estabelecida pelo Estado, que podem ter natureza de planos de coordenação urbanística na área); aos Municípios cabe estabelecer a política de desenvolvimento urbano, com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182), promover o adequado ordenamento do seu território, mediante o planejamento e o controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, elaborando e executando, para tanto, o plano diretor (art. 30, VIII). A competência municipal não é meramente suplementar de normas gerais federais ou de normas estaduais, pois não são criadas com fundamento no art. 30, II. Trata-se de competência própria que vem do texto constitucional. 11. Em verdade, as normas urbanísticas municipais são as mais características, porque é nos Municípios que se manifesta a atividade urbanística na sua forma mais concreta e dinâmica. Por isso, as competências da União e do Estado esbarram na competência própria que a Constituição reservou aos Municípios, embora estes tenham, por outro lado, que conformar sua atuação urbanística aos ditames, diretrizes e objetivos gerais do desenvolvimento urbano estabelecidos pela União e às regras genéricas de coordenação expedidas pelo Estado<sup>10</sup>.*

Em 10 de julho de 2001, foi promulgada a Lei Federal mais importante em matéria urbanística sob a égide da Constituição Federal, que positivou algumas normas gerais a serem observadas na elaboração dos planos diretores, qual seja, o Estatuto das Cidades.

Assim, a lei geral de urbanismo vigente é a Lei nº 10.257/01, cujas normas contemplam, entre outros, institutos jurídicos de natureza urbanística, administrativa, fiscal, civil e ambiental, inclusive a disciplina dos instrumentos de política urbana, o parcelamento, a edificação e a utilização compulsória do solo urbano, o IPTU progressivo no tempo, a desapropriação com pagamento em títulos, a usucapião especial de imóvel urbano, a concessão de uso especial para fins de moradia, o direito de superfície, o direito de preempção, a outorga onerosa e transferência do direito de construir, as operações urbanas consorciadas, o estudo de impacto de vizinhança, o Plano Diretor e a gestão democrática da cidade.

Sobreleva destacar que, contudo, tal norma não é o único diploma legal emanado do Poder Legislativo federal que tem pertinência com assuntos urbanísticos. Dada a complexidade inerente aos processos sociais de urbanização, a sua disciplina avança sobre outros domínios normativos – alguns deles reservados privativamente ao exercício pela União – tais como: o direito civil, o direito registral, o direito agrário e o direito penal. A necessidade de prover o controle jurídico mais amplo dos desdobramentos desse fenômeno social levou à edição de outras leis nacionais sobre o tema, por exemplo, a Lei nº 6.766/1979, que disciplina aspectos registrares, contratuais e penais relativos ao parcelamento do solo para fins urbanos, e a Lei nº 11.977/2009, que traz normas sobre a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas.

<sup>10</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, p. 63.

É certo, portanto, que a atuação municipal no planejamento da política de desenvolvimento e expansão urbana há de ser conduzida com a aprovação, pela Câmara Municipal, de um Plano Diretor<sup>11</sup>, que é obrigatório para as cidades com mais de vinte mil habitantes, e que servirá de parâmetro para a verificação do cumprimento da função social das propriedades inseridas nos perímetros urbanos. É o que determinam os parágrafos do artigo 182 da Constituição Federal<sup>12</sup>.

A Constituição do estado de São Paulo, em seu artigo 180, inciso II<sup>13</sup>, na esteira da Magna Carta, também prevê a participação da comunidade no estabelecimento das diretrizes de desenvolvimento urbano.

A Constituição Estadual não disciplina, porém, aspectos espaciais, temporais e quantitativos acerca da utilização dos instrumentos de democratização da gestão urbana. Trata-se de matéria pertinente à legislação infraconstitucional.

Desse conjunto normativo depreende-se que o Plano Diretor é um instrumento de política urbana, com natureza de norma jurídica de ordem pública, cujo conteúdo deverá sistematizar a existência física, econômica e social da cidade, estabelecendo objetivos gerais a serem perseguidos na sua administração, cuja autonomia da elaboração legislativa é limitada pela garantia da “promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade.”

### 3. Gestão democrática

A gestão democrática aqui é abordada no sentido do direito do cidadão de compartilhar das decisões políticas e administrativas, o que lhe é garantido pela Constituição, ou seja, como o direito que o cidadão tem de participar da tomada de decisões, opinando. É certo que esta participação é antes de tudo uma questão política, imbricada em dois requisitos imperativos: de um lado, a vinculação do governante com os ideais democráticos e com a transparência na gestão da coisa pública, através da prática da democracia participativa, e de outro, o amadurecimento da consciência cidadã por parte da população.

É o que se infere da leitura do art. 1º da Constituição Federal, ao estabelecer que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos, entre outros, a soberania e a cidadania, preceituando, no parágrafo único, que todo o poder da República emana do povo, que o exerce de forma indireta ou direta, nos termos do texto constitucional.

<sup>11</sup> Plano Diretor é definido por Alexandre de Moraes como “o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, sendo que, por expressa previsão constitucional, a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. ed., p. 285).

<sup>12</sup> CF “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.”

<sup>13</sup> CE “Artigo 180 – No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão:

I – o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes;

II – a participação das respectivas entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, planos, programas e projetos que lhes sejam concernentes;” (grifo nosso).

Tal disposição deixa inequívoca a pretensão do constituinte originário, de que a participação popular é própria do Estado democrático de direito estabelecido na Constituição, tornando o cidadão membro efetivo do controle social da administração pública, sugerindo a ideia de um controle ao mesmo tempo meritório, político e social, erigindo assim em verdadeiro princípio da participação popular, como é reconhecido pela doutrina e jurisprudência.

O princípio da participação popular na gestão e no controle da administração pública é decorrência do modelo de Estado democrático de direito, adotado na Constituição de 1988, tanto que Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que

*O princípio da participação popular na gestão e no controle da Administração Pública é inerente à ideia de Estado Democrático de Direito, referido no Preâmbulo da Constituição de 1988, proclamando em seu artigo 1º e reafirmando no parágrafo único, com a regra de que ‘todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição’; além disso, decorre implicitamente de várias normas consagradoras da participação popular em diversos setores da Administração Pública, em especial na parte referente à ordem social<sup>14</sup>.*

Sobreleva ressaltar a existência de várias previsões de participação do cidadão na administração pública<sup>15</sup>, porém a que nos interessa no momento é aquela que diz respeito diretamente à política urbana.

<sup>14</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Ed. Forense, p. 782 e ss.

<sup>15</sup> O art. 5º (dos direitos e garantias fundamentais), no inciso XIV, assegura a todos o acesso à informação; nos incisos XXXIII e XXXIV, garantem o direito de receber informações dos órgãos públicos e o direito de petição, materializando o princípio da publicidade; garante também nos incisos LV e LXIX, o devido processo legal administrativo e o mandado de segurança contra ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública; no inciso LXXIII, garante ainda o controle da conduta dos agentes públicos pelo cidadão através da Ação Popular, e para completar, no § 2º do mesmo artigo, afirma que além destas garantias, não se exclui nenhuma outra decorrente dos princípios adotados pela Carta, ou dos tratados internacionais em que o país seja parte, abrindo-se portanto uma infinidade de oportunidades de participação na administração pública. No art. 10, assegura a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão. No art. 14, assegura a ideia da soberania popular e o voto direto e secreto de igual valor para todos, prevendo ainda o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, instrumentos importantes da democracia participativa. No âmbito municipal, o art. 29, XII, garante participação no planejamento, e o art. 31, § 3º, garante a ampla fiscalização das contas. Ao disciplinar os princípios que regem a administração pública, o art. 37, § 3º, possibilita ainda a criação de outras formas de participação do usuário na administração pública. Há também a possibilidade da participação popular no processo legislativo, através de audiências públicas e reclamações contra atos das autoridades, nas comissões das casas legislativas, previstas no art. 58, II e IV, bem como a participação diretamente na produção de leis, através da iniciativa popular prevista no art. 61, § 2º. Possibilitando a atuação do cidadão enquanto fiscalizador da conduta do administrador, prevê o art. 74, § 2º, a possibilidade de denunciar irregularidades ou ilegalidades ao Tribunal de Contas da União. Prevê ainda a participação de cidadãos no Conselho da República, conforme disposto no art. 89, VII, e a participação de entidades de representação de classe na escolha do quinto constitucional para integrantes dos Tribunais Regionais Federais, Tribunais Estaduais e do Distrito Federal, conforme disciplinado no art. 94. Disciplina também a participação popular na gestão da atividade de administrar, tais como: dos produtores e trabalhadores rurais no planejamento da política agrícola (art. 187); dos trabalhadores, empregadores e aposentados nas iniciativas relacionadas à seguridade social (art. 194, VII); da comunidade em relação às ações e serviços de saúde (198, III); da população através de organizações representativas nas questões relacionadas à Assistência Social (art. 204, II); a gestão democrática do ensino público (art. 206, VI); da colaboração da comunidade na proteção do patrimônio cultural (art. 216, § 1º); da coletividade na defesa e preservação do meio ambiente (art. 225); de entidades não governamentais na proteção à assistência integral à saúde da criança e adolescente (art. 227, § 1º) e das comunidades indígenas, inclusive nos lucros, das atividades que aproveitem os recursos hídricos e minerais das suas terras (art. 231, § 3º).

Nesse sentido, com a percuciência costumeira acerca do tema, Adilson de Abreu Dallari<sup>16</sup> destaca que

*A participação popular nos assuntos da Administração Pública não é uma benesse ou uma gentileza de determinadas autoridades, mas, sim, tem fortes raízes constitucionais, a partir de seu primeiro artigo, o qual afirma que todo o poder emana do povo, que o exerce através de representantes ou diretamente. Em compensação, a participação popular no planejamento urbano está definitivamente consolidada. A Constituição Federal, art. 29, inciso XII, tornou obrigatória a cooperação das associações representativas de segmentos da comunidade local no planejamento municipal. Essa obrigatoriedade foi reforçada pelo Estatuto da Cidade (Lei n 10.257, de 10.07.2001) e, atualmente, já é condição de validade dos Planos Diretores, havendo já decisões do Poder Judiciário anulando planos elaborados sem participação popular.*

Hodiernamente, uma evolução do Poder Público no modo de administrar é uma realidade retratada pela superação de uma democracia representativa por uma democracia participativa que está se firmando entre os cidadãos.

Norteados pela Constituição Federal de 1988, verifica-se que o Poder Público vem se adaptando ao novo modo de administrar a coisa pública, de uma forma mais democrática, onde as responsabilidades e as decisões são compartilhadas com a sociedade<sup>17</sup>.

Isso porque

*A afirmação de que o princípio democrático não pode atuar sem a soberania popular se faz atualmente mais consistente com a concepção básica de que a formação da vontade estatal não se faz apenas com a atuação dos representantes do povo democraticamente eleitos. Mais, a participação direta dos cidadãos é colocada na Constituição atual como uma das formas de realização da soberania popular. A democracia passa da atuação mediata do povo para a promoção de comportamento imediato, evoluindo para o que se convencionou denominar de democracia participativa<sup>18</sup>.*

A participação do cidadão na administração pública ocorre quando o cidadão, sem interesse individual imediato e tendo como objetivo o interesse comum, busca algo por vias administrativas ou judiciais; esta última deveria ser remédio extremo, malgrado não é isso que se constata hodiernamente.

<sup>16</sup> DALLARI, Adilson de Abreu. Planejamento municipal. In: *Tratado de Direito Municipal*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 789-790. v. 2.

<sup>17</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson. *A participação dos cidadãos no controle da Administração Pública*. Instituto Polis, p.10.

<sup>18</sup> MELEIRO, Maricelma Rita apud MENCIO, Mariana. *Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*. 2007, p. 62.

#### 4. Participação popular

É consabido que a promulgação da oitava Constituição brasileira, em 1988, dentre outros fatores, é fruto da mobilização popular<sup>19</sup>, introduzindo modificações importantes no ordenamento – como os mecanismos de participação da população –; é voltada para a defesa dos direitos dos cidadãos, avançando, dentre outros pontos, nos direitos sociais.

Na Lei nº 10.257/01, a exigência de participação popular restou suficientemente atendida com os três incisos do artigo 40, parágrafo 4º, e nos cinco incisos do artigo 43, do Estatuto das Cidades, bem assim em seu artigo 44, que cuida da gestão orçamentária participativa, a qual inclui “a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.” Isso significa que sem a promoção prévia de debates, audiências e consultas públicas na cidade, no processo legislativo de elaboração de leis orçamentárias em âmbito municipal, estará eivado o mesmo de vício formal e, conseqüentemente, sujeito a arguição de sua ilegalidade. E como forma de garantir seu cumprimento e fiscalização da gestão democrática, que deve considerar o bem-estar do povo, os anseios e as necessidades da comunidade, há o comando inserto no artigo 45, onde “Os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa participação da população e

<sup>19</sup> Os movimentos sociais no Brasil têm uma história marcada por grandes lutas e embates pela democracia e liberdade, formados quer com o objetivo de protestar e lutar por direitos e mudanças sociais, quer de resistência, quando são contrários a uma proposta de mudança feita pelo governo, sendo através de uma atuação política que os movimentos sociais lutam pelas causas que defendem.

Como exemplos marcantes desses movimentos podemos citar o “Diretas Já”, quando 29 anos depois da escolha do último presidente, em 3 de outubro de 1960, realizou-se movimento que foi a tradução da insatisfação do povo brasileiro com a perseguição política e a ineficiência econômica do governo militar, movimento esse que culminou com o término da gestão militar no comando do governo brasileiro.

Outro exemplo, ocorreu após as primeiras eleições presidenciais em 1989. Foram atos públicos onde a população marchou às ruas em um movimento que ficou conhecido como “Caras Pintadas”, pleito esse marcado por uma série de denúncias de corrupção do governo Collor de Mello, que veio a renunciar à Presidência da República em meio a um processo de impeachment. Não são só reativos esses movimentos populares, ou seja, movidos apenas pelas necessidades (fome ou qualquer forma de opressão); podem surgir e desenvolver-se também a partir de uma reflexão sobre sua própria experiência. Na atualidade, apresentam um ideário civilizatório cujo horizonte é a construção de uma sociedade democrática. Podemos, sem receio, dizer que neles vislumbramos uma ressignificação dos ideais clássicos de igualdade, fraternidade e liberdade. Outros tantos poderiam aqui ser lembrados, porém o deixamos de fazer não pelo seu caráter meritório, mas porque não são objeto deste estudo.

De fato, as mais variadas são as causas desses movimentos populares, valendo repetir que o Brasil tem um grande histórico de movimentos sociais, muitas vezes ligados ao desejo de democracia, à luta por direitos civis, sociais e econômicos e pela inclusão social das minorias. Fato inegável é que os movimentos sociais dos anos 1970/1980, no Brasil, contribuíram decisivamente, via demandas e pressões organizadas, para a conquista de vários direitos sociais, que foram inscritos na nova Constituição Federal de 1988 e minudentemente protegidos em leis. A partir de 1990, ocorreu o surgimento de outras formas de organização popular, mais institucionalizadas – como os Fóruns Nacionais de Luta pela Moradia, pela Reforma Urbana, o Fórum Nacional de Participação Popular etc.

“Emergiram várias iniciativas de parceria entre a sociedade civil organizada e o poder público, impulsionadas por políticas estatais, tais como a experiência do Orçamento Participativo, a política de Renda Mínima, Bolsa Escola etc. Todos atuam em questões que dizem respeito à participação dos cidadãos na gestão dos negócios públicos.” (GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Educação*, v. 16 n. 47, p. 342, maio-ago. 2011).

Mobilização e organização popular em torno de estruturas institucionais de participação na gestão político-administrativa da cidade, consistente em movimentos sociais sobre a questão urbana, pela inclusão social e por condições de habitabilidade na cidade (habitação na cidade propriamente dita); movimentos sociais populares dos sem-teto (moradores de ruas e participantes de ocupações de prédios abandonados), e movimentos que participaram ou não do processo de construção e obtenção do Estatuto da Cidade. (GOHN, Maria da Glória. *Movimentos sociais e redes de mobilizações civis no Brasil contemporâneo*. Petrópolis: Vozes, 2010).

de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania”.

Portanto, guia-se por uma gestão democrática o Estatuto das Cidades, mediante a garantia da participação da população e de associações representativas de vários segmentos da comunidade na execução e no acompanhamento de programas e projetos de desenvolvimento urbano (art. 2º, e Capítulo IV da Lei nº 10.257/2001), colimando o objetivo de atingir o desenvolvimento sustentável das cidades, as quais devem crescer social e economicamente, mas com justiça social e proteção ao patrimônio ambiental (*latu senso*), histórico, cultural, paisagístico e artístico.

Por isso, sobreleva salientar que quando o artigo 29, inciso XII, da Constituição Federal fala na participação de associações representativas, no que é repetido pelo artigo 40, § 4º, inciso I, do Estatuto das Cidades, confere legitimação a esta, porém não se pode olvidar de que a participação popular pelas cooperações das associações representativas não exclui a participação direta dos cidadãos no planejamento municipal, consoante reforça, com propriedade costumeira, Mariana Mencio<sup>20</sup>, no sentido de que

*Desde já é importante assinalar que este artigo não deve ser interpretado de forma apressada, fazendo crer que apenas as associações poderão participar do planejamento urbano. Não é possível excluir a participação direta dos cidadãos no processo de planejamento municipal, por força do próprio artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal, que preceitua a soberania popular, que envolve tanto as pessoas individualmente consideradas quanto reunidas em grupos.*

Nesse mesmo sentido, a legislação infraconstitucional de conteúdo urbanístico, nos termos do Estatuto da Cidade, porta como uma de suas diretrizes a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da sociedade.

A criação e o fortalecimento de espaços públicos de participação são essenciais para o combate à corrupção, a dominação na gestão da coisa pública, bem como para se promover a redução das desigualdades, a inclusão social e para a tão necessária formação de um sentimento de pertencer àquela comunidade, àquela sociedade.

A cultura da participação popular na gestão das cidades é imprescindível para se conseguir efetivar uma política urbana que garanta melhores condições de vida à população e que, de fato, promova um desenvolvimento sustentável, inclusivo, voltado para a redução das desigualdades sociais.

A prática democrática exigida pela Constituição na formulação, no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, plano, programas e projetos relativos à política de desenvolvimento urbano, no mais das vezes, bem ou mal, é pelo menos genericamente observada na elaboração das leis municipais que a demandam, especialmente na elaboração do Plano Diretor. Mas do exame atento da jurisprudência dos Tribunais, se constata não ter sido realizada audiência pública, instrumento democrático de gestão urbana, a conferir espaço para os cidadãos interessados expressarem sua opinião nos mais diversos temas voltados a questões urbanísticas que não somente o Plano Diretor.

<sup>20</sup> MENCIO, Mariana. *Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*. 2007, p. 100-101.

## 5. Visão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acerca do tema

Evidentemente que ao Poder Judiciário não incumbe a análise da conveniência e oportunidade da Administração, matéria referente ao mérito do ato administrativo, sob pena de desobediência à separação dos poderes. De ser pontuado que não se pretende aqui avaliar como as audiências são realizadas no sentido de se aferir se, realmente, propiciam a efetiva participação social. Esse tema merece estudo empírico distinto.

Entretanto, a omissão do agente público na prática de atos em que a participação popular é exigida, ou mesmo, a sua prática sem a observância da lei, em todas as suas determinações, traz uma ofensa aos direitos dos administrados, que podem e devem se socorrer do Poder Judiciário para ver declarada a nulidade do comando normativo que, desta forma, estará eivado de ilegalidade.

Nesse sentido, oportunas são as palavras de Hely Lopes Meirelles<sup>21</sup>, para quem

*A competência do Judiciário para a revisão de atos administrativos restringe-se ao controle da legalidade e da legitimidade do ato impugnado, por legalidade entende-se a conformidade do ato com a norma que o rege; por legitimidade entende-se a conformidade do ato com a moral administrativa e com o interesse coletivo (princípios da moralidade e da finalidade), indissociáveis de toda atividade pública. Tanto é ilegal o ato que desatende à lei formalmente, como ilegítimo o ato que violenta a moral da instituição ou se desvia do interesse público, para servir a interesses privados de pessoas, grupos ou partidos favoritos da Administração.*

Nessa perspectiva, partindo da análise de algumas decisões oriundas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), pretende-se investigar a obrigatoriedade ou não da realização de audiências públicas, como mecanismo de legitimação das decisões em face do diálogo direto que deve existir entre Estado e população dentro do processo de formulação da legislação urbanística, prévia e pós promulgação do Plano Diretor, que digam respeito a este, direta ou indiretamente, independentemente do contingente populacional.

Por inúmeras vezes, o Órgão Especial do TJSP foi instado a declarar a inconstitucionalidade<sup>22</sup> de leis municipais que alteraram o Plano Diretor ou dispuseram sobre matéria urbanística de maneira indireta, proposital ou não, mas que em sua essência alteravam e/ou impactavam o Plano Diretor sem que houvesse participação da população no processo decisório.

A corroborar, vale destacar vários julgados em que tal situação restou consolidada, como é o caso da ADIn nº 2256300-08.2016.8.26.0000, referente à Lei Complementar nº 286,

<sup>21</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, p. 578.

<sup>22</sup> É consabido que a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pode ser formal ou material. A primeira decorre da violação de regra de processo legislativo (competência, procedimento etc.) previsto na Constituição. A segunda, que especialmente interessa a este artigo, advém do conflito entre o conteúdo da lei ou ato e a Constituição. Não há distinção entre as duas no tocante à consequência da inconstitucionalidade, sendo que basta a ocorrência de uma delas para que seja reconhecida a inconstitucionalidade e a norma inquinada seja retirada de vigência, ou ao menos neutralizada no que não for conforme o texto constitucional.

de 18.02.16, do município de Suzano, que incluiu normas de acessibilidade, consistente em instalação de elevadores, em edificações residenciais coletivas, com mais de dois pavimentos, alterando, assim, preceitos da Lei Complementar nº 025, de 01.03.96, que cuida do zoneamento, uso e ocupação do solo, em violação ao disposto no artigo 180, inciso II, da Constituição Estadual. Destaca-se trecho da ementa:

*Falta de participação popular. Imprescindível a efetiva participação da comunidade, por suas entidades representativas, máxime quando, como no caso, o ônus com o cumprimento da nova exigência, ainda que em favor da acessibilidade, será suportado pela população. A Constituição Estadual prevê a necessidade de participação comunitária em matéria urbanística. Precedentes deste C. Órgão Especial. Inconstitucional o ato normativo impugnado. Procedente a ação<sup>23</sup>.*

Já na ADIn 2007245-72.2016.8.26.0000, o tema é a regularização de construções clandestinas e/ou irregularidades na cidade, mediante a edição da Lei Complementar nº 112, de 17 de julho de 2015, do município de Campinas, que foi entendida como

*Ato normativo que por seu conteúdo, dependia de prévios estudos de planejamento e efetiva participação popular, exigências reservadas às situações indicadas no artigo 181 da Constituição Estadual – Violação aos artigos 47, incisos II e XIV, 144, 180, inciso II, 181 e 191, todos da Constituição Estadual – Modulação dos efeitos (ex nunc),*

motivo pelo qual teve sua inconstitucionalidade reconhecida<sup>24</sup>.

Ajuizada ADIn 2045501-16.2018.8.26.0000, pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, colimando ver declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 2.333, de 17 de abril de 2003, do município de Ubatuba, que instituiu normas para aprovação de projetos de edificação do loteamento “Praia de Itamambuca”, sob o fundamento de que a norma objurgada não assegurou a participação comunitária em seu processo legislativo, contrariamente ao que dispõe o art. 180, II, da Carta Estadual, pontuando que a lei vergastada permite edificações para além do seu limite, sendo incompatível com os arts. 111, 144 e 180, I e II da Constituição Estadual. E arremata o voto condutor: “Mais não fosse, a lei impugnada, em seu artigo 4º, subordina a autorização do Poder Público à decisão de Sociedade de Amigos do loteamento Itamambuca, desprezando os princípios do interesse público finalidade, moralidade e impessoalidade gravados no artigo 111 da Carta Estadual.”<sup>25</sup>

Nota-se que o loteamento em questão teve suas restrições de uso e edificações registradas perante o Cartório de Registro de Imóveis, sendo que o fato de o projeto ter sido aprovado pela Prefeitura não pode inibir os vizinhos de exigir o cumprimento das

<sup>23</sup> (v.u., j. 24.05.2007). No mesmo sentido, ADIn nº 0052634-90.2011.8.26.0000 v.u., j. de 27.02.13; e ADIn nº 2225684-50.2016.8.26.0000, v.u., j. de 19.04.2017.

<sup>24</sup> (v.u., j. de 11.05.2016). No mesmo sentido, ADIn nº 2227144-72.2016.8.26.0000, v.u. j. de 21.06.17.

<sup>25</sup> CE “Artigo 111. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência”.

restrições convencionais. Assim, pela não observância da exigência constitucional de participação popular, a lei guerreada foi declarada inconstitucional<sup>26</sup>.

Como mão na luva, vale mencionar a precisa lição do saudoso Hely Lopes Meirelles<sup>27</sup>:

*é inegável que a inobservância das limitações administrativas de proteção à funcionalidade urbana não só prejudica o conjunto da cidade ou do bairro, como afeta patrimonialmente as propriedades vizinhas, desvalorizando-as com a supressão das vantagens urbanísticas que resultam das imposições de zoneamento, recuo, afastamento, altura e natureza das edificações. Essa dupla proteção ao indivíduo e à comunidade se obtém pela concessão de ação aos vizinhos e pelas medidas administrativas do Poder Público, as quais, conjugadas, preservam os fins urbanísticos visados pelas normas edilícias da construção e almejados pelos particulares que procuram os bairros sujeitos a limitações dessa natureza.*

De iniciativa do Alcaide do município de Catanduva, foi julgada procedente a ADIn nº 2103782-96.2017.8.26.0000, relativamente à Lei Complementar Municipal nº 706, de 8 de julho de 2014, que alterava a redação de artigos, tabela e mapas do Plano Diretor, Lei Complementar nº 355, de 26 de dezembro de 2006 (lei de uso, ocupação e parcelamento do solo), por violação dos artigos 180, II e 181, da Constituição Estadual, na medida em que além de promover alterações no Plano Diretor do município, também revogava “as Leis Complementares nº 652, 653 e 663, do mesmo tema, sem observância da necessária participação popular, bem como planejamento e estudo prévios, como exige a Constituição Bandeirante.”<sup>28</sup>

E o Acórdão arremata com propriedade ser

*flagrante a inconstitucionalidade da lei. Isto porque, a norma impugnada promoveu alterações no Plano Diretor do Município LCM nº 355/06, a lei de uso, ocupação e parcelamento do solo, além de ter revogado as Leis Complementares nº 652, 653 e 663, do mesmo tema, sem observância da necessária participação popular, bem como planejamento e estudo prévios, como exige a Constituição Bandeirante.*

Questão bastante interessante é a que foi analisada na ADIn nº 2184011-43.2017.8.26.0000, impetrada pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, objetivando a declaração de inconstitucionalidade das Leis Complementares nºs 1.531 e 1.532, ambas de 14 de dezembro de 2016, bem como da Lei Complementar nº 1.539, de 16 de março de 2017, todas do município de Lins, sendo que as duas primeiras dispuseram sobre a desafetação de áreas institucionais de loteamento sem participação popular, e a

<sup>26</sup> (v.u. j. de 08.08.2018). No mesmo sentido ADIn 2003686-39.2018.8.26.0000, v.u., j. em 23/05/2018 e ADIn 2021265-34.2017.8.26.0000, v.u., j. em 08/11/2017.

<sup>27</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 84.

<sup>28</sup> (v.u., 13.12.2017). Em sentido idêntico: Plano Diretor: ADIn nº 0275892-14.2012.8.26.0000, v.u., j. de 08.05.13; ADIn nº 2038622-61.2016.8.26.0000, v.u., j. de 10.08.16; ADIn 2100609-64.2017.8.26.0000, v.u., j. 25/10/2017; 2100628-70.2017.8.26.0000, v.u., j.18/10/2017 e ADIn nº 2099082-43.2018.8.26.0000, v.u., 19/09/2018.

terceira autorizou o Poder Executivo a realizar permuta de bem imóvel, após desafetação, sem qualquer referência à licitação ou sua dispensa. Todas tiveram sua inconstitucionalidade reconhecida, por votação unânime, especificamente as que nos interessam, quais sejam, as Leis Complementares nºs 1.531 e 1.532, ambas de 14 de dezembro de 2016 do município de Lins, que trataram da desafetação de áreas institucionais de loteamento, por absoluta afronta ao art. 180, *caput* e inciso II, da Constituição Estadual, pois referia-se à alteração legislativa de área institucional efetivada sem participação popular<sup>29</sup>.

Importante transcrever trecho do voto condutor no atinente a participação social:

*Vale dizer, o legislador, ao tratar do desenvolvimento urbanístico, deve levar em conta, por óbvio, as necessidades e o bem-estar da população, daí porque as normas que versem sobre o tema devem ter a obrigatória participação da comunidade, por meio de suas entidades representativas, o que sabidamente não ocorreu no caso em exame. Além disso, como bem pondera a d. Procuradoria de Justiça em seu judicioso parecer, “Não bastasse a ausência de participação popular, desponta clara a afronta ao artigo 180, VII, da Constituição Estadual, pois os atos normativos acima referidos possibilitaram a alteração de destinação de áreas institucionais de loteamento, para as hipóteses que não se enquadram nas exceções arroladas nas alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ do citado dispositivo [...].*

Por sua meridiana clareza, passamos a reproduzir a ementa da ADIn nº 2046374-16.2018.26.0000, alusiva à arguição de inconstitucionalidade “da Lei do Município de Salto, nº 3.675, de 30 de junho de 2017, que ‘Dispõe sobre a regularização de edificações acima da taxa de ocupação permitida ou que ocupem área de recuo obrigatório’”. A participação popular a que se referem as normas é a participação direta, por meio de debates, conferências, audiências e consultas públicas, tendo em vista que a matéria tratada pelo direito urbanístico interfere diretamente no cotidiano dos munícipes, não sendo suficiente a participação indireta, consistente na aprovação de leis por meio dos representantes escolhidos pela população. Verifica-se da análise do projeto de lei que resultou na lei ora impugnada que não ocorreram estudos técnicos para a avaliação da viabilidade da proposta, não tendo havido, ainda, nenhum tipo de consulta à população interessada. Ademais, verifica-se que a lei em comento autorizou o Poder Executivo a tratar por meio de decreto acerca da matéria reservada à lei ao dispor que a regularização das edificações cuja taxa de ocupação seja superior à permitida ou que ocupem área do lote que corresponda a recuo obrigatório, dar-se-á

*mediante contraprestação a ser prestada na forma a ser definida por Decreto. Desse modo, no caso, o decreto não somente regulamenta a matéria disciplinada pela lei. Trata-se, na hipótese, de lei genérica, que permite a regularização de construções, sem qualquer indicativo, deixando, a pretexto de regulamentação, sua total disciplina ao Executivo por meio de decreto, a quem caberia tão somente a complementação. Violação aos artigos 180, inciso II, e 181, § 1º, da Constituição Estadual. Ação procedente. (v.u., 29/08/2018).*

<sup>29</sup> (v.u., 28.03.2018). No mesmo sentido: ADIn nº 2225461-34.2015.8.26.0000, v.u., j. de 22.06.2016.

Não é crível que em pleno século XXI, decorridos mais de trinta anos da Carta Fundante e quase dezoito da promulgação da lei também conhecida como Estatuto das Cidades, venha o Alcaide aos autos de que cuida o parágrafo anterior afirmar em defesa da validade da legislação acoimada de inconstitucional, “que a lei de eficácia plena e imediata foi promulgada em cumprimento ao disposto no Plano Diretor, que prevê a possibilidade de regularizar situações irregulares, delegando somente o valor da contraprestação para fixação por meio de decreto”. Assevera, ainda, que o ato normativo obedece aos princípios da legalidade e impessoalidade, pois permite a regularização de todos os imóveis que possuam taxa de ocupação superior à permitida. No tocante à participação popular, assevera que o **“povo é representado por seus vereadores eleitos, tendo havido, ainda, estudos e debates no Município”** (grifo nosso).

Tal assertiva fere o bom senso, beirando o provinciano, tendo sido abatida com absoluta propriedade no voto condutor ao afirmar que

*A participação popular a que se referem as normas, repita-se, é a participação direta, por meio de debates, conferências, audiências e consultas públicas, tendo em vista que a matéria tratada pelo direito urbanístico interfere diretamente o cotidiano dos munícipes, não sendo suficiente a participação indireta, consistente na aprovação de leis por meio dos representantes escolhidos pela população.*

Assim, tratando a legislação municipal de matéria urbanística pressupõe a participação da população em todas as fases de sua elaboração. Daí o merecido reconhecimento de inconstitucionalidade.

Por derradeiro, destaco a ADIn nº 2205038-48.2018.8.26.0000, julgada em 20/02/2019, proposta pelo Procurador Geral de Justiça, impugnando as Leis nº 10.031, de 7 de janeiro de 2008, e nº 11.822, de 8 de outubro de 2015, do município de São José do Rio Preto, as quais trazem alterações nas normas de uso e ocupação do solo. Referida ADIn restou assim ementada:

*Pretensão que envolve as Leis nº 10.031, de 07 de janeiro de 2008, e nº 11.822, de 08 de outubro de 2015, do município de São José do Rio Preto – Textos legais que afrontam os arts. 180, I, II e V, 181, “caput” e § 1º, da Constituição do Estado de São Paulo – Direito Urbanístico – Norma de uso e ocupação do solo com reforma do zoneamento local – Essencialidade de que todas as leis municipais sobre o tema obedeçam às diretrizes do Plano Diretor e que as que o alterem sigam estritamente os preceitos constitucionais para tanto – Não realização de planejamento técnico e participação popular – Documentação que não demonstra o efetivo estudo técnico, com pareceres e laudos de todas as áreas especializadas necessárias – Irrelevância da extensão das mudanças, pois as exigências constitucionais devem ser seguidas em qualquer aspecto – Alteração pontual, dissociada do sistema fixado para o uso do solo integral do ente federado, que torna ineficaz qualquer planejamento anterior realizado para o Plano Diretor – Regramentos que devem se atentar à totalidade do território – Requisito constitucional de participação popular não preenchido – População total que figura como diretamente interessada nos efeitos das regras urbanísticas -Realização de audiências que não*

*atendem, por si só, aos objetivos do pressuposto constitucional, por não estarem acompanhadas de verdadeira participação com encaminhamento e opiniões sobre projetos – Manifestação de interesse de associações de moradores da região afetada que, sozinha, não preenche o requisito da completa participação popular e da observância do integral território da comarca – Inconstitucionalidade – Configuração – Necessidade de modulação dos efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, diante do período de vigência da lei e da necessária segurança jurídica e do interesse social envolvendo condutas de boa-fé adotadas com base no texto legal até então vigor – Eficácia a partir desta decisão (efeito “ex nunc”) Ação procedente.(grifo nosso)*

E do corpo do Acórdão extrai-se escoreito entendimento sobre o tema, *litteris*:

*É sabido que o procedimento de elaboração de normas de uso e ocupação do solo, que fazem parte do direito urbanístico, não fazem parte da discricionariedade da Administração Pública, devendo seguir todos os preceitos constitucionais e legais sobre o tema, o que inclui ambos os tópicos trazidos neste pleito (planejamento técnico e participação popular). Ainda que se tenha indicado, nas informações, que houve participação direta de entidades sociais, não foram juntados documentos hábeis a mostrar a sua efetiva participação nos projetos das leis aqui contestadas. Não obstante tenha sido indicado nas informações que foram feitas audiências públicas no trâmite de ambos os projetos de leis e que houve participação de entidades comunitárias, o fato é que não houve especificamente a completa exigência de participação popular. Por primeiro, não há prova contundente da total participação e de sua ocorrência ampla e aberta, mas sim apenas do início dos trâmites com pedido de associações de moradores da região afetada e, como mencionado, realização de audiência. De fato, não basta a mera realização de audiências se, ao longo do projeto, não for assegurada, conforme exigido pelo inc. II do art. 180 da Constituição do Estado de São Paulo, “a participação das respectivas entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, planos, programas e projetos que lhes sejam concernentes”. Afinal, há um objetivo na regra de sua atuação, devendo ela ter incidência na elaboração da norma que irá causar impacto na sociedade interessada, até mesmo porque as leis urbanísticas como a presente devem buscar o bem-estar da sociedade integral do local, que é a titular dos direitos por ser diretamente afetada pelas suas mudanças, sendo certo que não basta uma conduta apenas ritual, formal e rápida, sem conteúdo necessário, com a mera realização de uma audiência para considerar que existiu a participação.*

O quanto transcrito do corpo do decisório nada mais faz do que reconhecer que a Constituição de 1988 trouxe dispositivos expressos a estabelecer diretrizes do desenvolvimento urbano, preservação ambiental, planos urbanísticos e função social da propriedade, salientando como seu objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da

cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Em harmonia com as normas constitucionais o estabelecido nos artigos 180, inciso II e o artigo 191 da Constituição Estadual bandeirante<sup>30</sup>.

E dúvida não ensombra que tais objetivos só poderão ser efetivamente concretizados com gestão democrática, que garanta a participação popular em todo o processo legislativo.

## 6. Considerações finais

Sem a realização de audiência pública, o processo legislativo de elaboração do Plano Diretor estará maculado por vício insanável, como desdobramento da democracia participativa prevista na Constituição Federal (art. 182, § 1º), e como consectário da previsão expressa no Estatuto da Cidade. Em atenção à democracia participativa, a Constituição do Estado de São Paulo também previu, expressamente, a necessidade de participação social na definição das políticas urbanas em seu artigo 180, inciso II. Portanto, a gestão democrática é ínsita ao planejamento urbano, à elaboração do Plano Diretor, bem assim às demais normas urbanísticas de zoneamento, parcelamento, uso e ocupação do solo.

Entende-se que o termo “gestão democrática” enseja a participação dos cidadãos e habitantes nas funções de planejamento, controle e avaliação das políticas urbanas e não somente “das respectivas entidades comunitárias”, como citado no Diploma Constitucional Estadual. Isto porque, a realização de audiência pública para elaboração da lei do Plano Diretor e das leis urbanísticas caracteriza verdadeira condicionante de suas respectivas constitucionalidades. Os adjetivos democrático e participativo são inerentes ao planejamento urbano, razão pela qual a adoção de normas municipais alheadas ao Plano Diretor e às demais normas urbanísticas de zoneamento, parcelamento, uso e ocupação do solo se afigura indevido fracionamento, permitindo soluções tópicas, isoladas e pontuais, desvinculadas do planejamento urbano integral, vulnerando sua compatibilidade não só com a higidez do Plano Diretor, mas com as demais normas urbanísticas de zoneamento, parcelamento, uso e ocupação do solo, em afronta ao bem-estar dos cidadãos objetivado pelo normativo fundante. Torna-se contraproducente desassociar quem toma a decisão daquele que sofre a consequência.

Nessa toada, não podemos deixar de recordar Wolkmer<sup>31</sup>, quando afirma que em uma sociedade democrática e plural, a legitimidade necessária para concretizar um direito justo não deve estar atrelada à legalidade técnica formalística, mas deve “instituir-se no justo consenso da comunidade e no sistema de valores aceito e compartilhado no espaço de sociabilidade”. Sendo a cidade um espaço público ocupado por diversos atores, todos devem contribuir à definição de seu futuro. Essa interação com a população aumenta as possibilidades de identificação e entendimento dos problemas e das respectivas soluções.

<sup>30</sup> Assinala-se que o Estatuto da Cidade não se limita a exigir procedimentos que garantam a gestão democrática da cidade, prevendo igualmente a responsabilização dos agentes públicos que impedirem ou deixarem de garantir os referidos requisitos, conforme dispõe o art. 52, § 4º, da Lei 10.257/2001. Para mais detalhes, ver (GASPARINI, Diógenes. *Aspectos jurídicos do Plano Diretor*. In: FINK, Daniel Roberto (Org.). *Temas de Direito Urbanístico*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005. p. 85, v. 4).

<sup>31</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo, justiça e legitimidade dos novos direitos. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 28. n. 54, p. 98, 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15069>. Acesso em: 6 nov. 2019.

Aqui não se está a tratar de atuação do Poder Público municipal dentro do seu espaço discricionário, mas de um imperativo constitucional na gestão urbana, realizada por meio do planejamento, promovendo tomadas de decisões através da interação entre os partícipes, harmonizando as diferentes percepções dos cidadãos sobre a realidade da cidade, assegurando-se assim tanto uma maior participação política quanto um maior controle pelos cidadãos das decisões tomadas. Trata-se de oportunizar à população influir no processo decisório, tornando-a parte dele e, por isso, com ele comprometida.

Portanto, não basta a existência da possibilidade de convocação para audiência pública, mas sim um trabalho de mobilização popular, que incute nos cidadãos a vontade de participar e o entendimento sobre a importância dos assuntos debatidos, tal como dos reflexos que o anteprojeto legislativo terá na cidade, uma vez que desta possibilidade só usufruem os já informados e interessados, ou seja, aqueles mínimos indivíduos para os quais não era necessária qualquer campanha. É imperioso cativar e instruir, facilitar e promover o acesso de todos, e não de poucos, porque a população não é mera legitimadora, mas sim contribuinte para o plano. O conhecimento gratuito que resta existente em cidadãos ávidos por participar, ou, senão ávidos, que poderiam assim estar quando motivados pelas campanhas de conscientização, deve ser considerado em importância em nossa sociedade; afinal, este contexto faz parte do nosso texto fundante.

Não se pode simplesmente ignorar que qualquer atividade urbanística busca a transformação e orientação da realidade das cidades, dando uma sistematização senão a ideal, pelo menos a possível e mais adequada.

Esses resultados são possíveis e necessários, demandando, porém, serem planejados, analisando-se o presente e projetando o futuro; exigem efetiva participação da sociedade e do Poder Público como parceiros, atendendo criteriosamente o que estabelece o ordenamento jurídico e cumprindo com a sua finalidade, que é propiciar o bem-estar da coletividade.

## 7. Referências

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 7.
- CARRION, Eduardo Kroeff Machado. *Apontamentos de direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- CASTRO, Flávio Régis Xavier de Moura e (org.). *Lei de Responsabilidade Fiscal: abordagens pontuais: doutrina, legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que é participação política?* São Paulo: Abril Cultural: Brasiliense, 1984.
- DALLARI, Adilson de Abreu. Planejamento municipal. In: *Tratado de Direito Municipal*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. v. 2.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Forense.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 191, 1994.
- DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de Direito Urbanístico*. Barueri: Manole, 2004.
- FERNANDES, Edésio (org.). *Direito Urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FREITAS, Juarez. *O controle social no orçamento público: interesse público*. São Paulo: Notadez, 2001. n. 11.

GASPARINI, Diógenes. *Aspectos jurídicos do Plano Diretor*. In: FINK, Daniel Roberto (org.). *Temas de Direito Urbanístico*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005. p. 79-108. v. 4.

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

GOHN, Maria da Glória. *Movimentos sociais e redes de mobilizações civis no Brasil contemporâneo*. Petrópolis: Vozes, 2010.

GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Educação*, v. 16 n. 47, maio-ago. 2011.

GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel: as concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci*. 7. ed. Porto Alegre: L&PM, 1989.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado* [General Theory of Law and State]. 2. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LIJPHART, Arend. *As democracias contemporâneas*. Lisboa: Gradiva, 1989.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELO, Mônica. *Plebiscito, referendo e iniciativa popular: mecanismos constitucionais de participação popular*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2001.

MENCIO, Mariana. *Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*. 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. ed.

MUKAI, Toshio. *Direito urbano-ambiental brasileiro*. 2.ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Dialética, 2002.

PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; BRUNA, Gilda Collet. *Política e gestão ambiental*. In: PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; ROMÉRO, Marcelo de Andrade; BRUNA, Gilda Collet. *Curso de Gestão Ambiental*. Barueri: Manole, 2004.

PORFÍRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. *Responsabilidade do Estado em face do dano ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SAULE JÚNIOR, Nelson. *A participação dos cidadãos no controle da Administração Pública*. Instituto Polis.

SAULE JÚNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do Direito Urbanístico brasileiro: ordenamento da constituição da política urbana: aplicação e eficácia do Plano Diretor*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo, justiça e legitimidade dos novos direitos. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 28. n. 54, p. 98, 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15069>. Acesso em: 6 nov. 2019.