XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

DIREITO URBANÍSTICO, CIDADE E ALTERIDADE

ALEXANDRE NAOKI NISHIOKA

ROGERIO BORBA

Copyright © 2024 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

D597
DIREITO URBANÍSTICO, CIDADE E ALTERIDADE
[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: Alexandre Naoki Nishioka, Rogerio Borba – Florianópolis: CONPEDI, 2024.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-972-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – 2. Direito urbanístico. 3. Cidade e alteridade. XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU (2: 2024 : Florianópolis, Brasil).
CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

DIREITO URBANÍSTICO, CIDADE E ALTERIDADE

Apresentação

A edição do XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU, nos ofereceu produções cientificas inestimáveis, no âmbito do Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade. Os trabalhos apresentados abordam uma conjuntura de temas e ideias necessárias à reflexão da comunidade cientifica sobre os problemas urbanos e as possíveis soluções. Dentro deste contexto, no Grupo de Trabalho - DIREITO URBANÍSTICO, CIDADE E ALTERIDADE I - constatou-se qualificadas contribuições para o campo das Ciências Sociais Aplicadas; além de profícuo debate de todos os presentes na sala.

O tema do XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI contou com apresentações que abordaram diferentes temáticas relativas a assuntos que apresentaram problemáticas e sugestões de crescimento humano e desenvolvimento sustentável dentro destas áreas. Assim, o presente relatório faz destaque aos trabalhos apresentados no dia 20 de setembro de 2024, no GT “Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade”, coordenado pelos professores doutores Alexandre Naoki Nishioka (USP) e Rogerio Borba (UNIFACVEST).

A obra que ora apresentamos reúne os artigos selecionados através do sistema de dupla revisão cega por avaliadores ad hoc, de modo que temos certeza de que os temas a seguir apresentados são instigantes e apresentam significativas contribuições para as reflexões dos Programas de Pós-graduação em Direito reunidos no CONPEDI.

Iniciou-se com Rodrigo Róger Saldanha, Mayara Grasiella Silvério e Gabrielli Vitória Ribeiro apresentando (RE)CONSTRUINDO OS CONCEITOS DE CIDADE INTELIGENTE PELOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL EM UMA PERSPECTIVA LATINO-AMERICANA, cujo objetivo foi explorar os elementos essenciais para a criação de uma agenda para o ecossistema das smart cities, destacando a necessidade de definir parâmetros claros para a eficácia das instituições em um contexto urbano cada vez mais complexo e interconectado.

Após, Mably Rosalina Fernandes, Rafael Bruno Cassiano de Morais e Sinara Ploszai Simões apresentaram A CIDADE INTELIGENTE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PARA MULHERES NA AMÉRICA LATINA, explorando a

importância das cidades inteligentes na promoção dos direitos humanos das mulheres na América Latina, concentrando-se especialmente na segurança pública e na redução da violência de gênero.

Em seguida, Rayssa de Souza Gargano e Klever Paulo Leal Filpo apresentaram ACESSO A JUSTIÇA: UM OLHAR PARA AS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA NA CIDADE DE PETRÓPOLIS (RJ), realizando uma reflexão sobre obstáculos de acesso à justiça para as pessoas em situação de rua, em contraste com a conquista de direitos dessa população, no plano normativo, em conformidade com o preceito constitucional.

Wesley José Santana Filho, Thayssa Camilly Quirino Moreira e Hellen Pereira Cotrim Magalhaes apresentaram ANÁLISE DA MOBILIDADE E DA ACESSIBILIDADE URBANA NO BAIRRO JARDIM DAS OLIVEIRAS SOB O VIÉS DO DIREITO DE ACESSO À CIDADE, investigando a mobilidade urbana no Jardim das Oliveiras, em Senador Canedo, Goiás, sob a perspectiva do direito à cidade e seus desafios para pessoas com deficiência (PcD).

Após, Thayssa Camilly Quirino Moreira, Carlos Eduardo Martins Pereira Neves e Hellen Pereira Cotrim Magalhaes apresentaram ANÁLISE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SANEAMENTO BASICO NO MUNICÍPIO DE SENADOR CANEDO SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO À CIDADE, onde analisaram as políticas de saneamento básico em Senador Canedo, com objetivos específicos de caracterizar o município, analisar o Plano Diretor e o Plano Municipal de Saneamento Básico (PMSB), e avaliaram a implementação dessas políticas e seus impactos na qualidade de vida e no direito à cidade.

Em seguida Paulo Henrique Fernandes Bolandim apresentou DA INVISIBILIDADE SOCIAL AO DIREITO À CIDADE: A IMPORTÂNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM PROL DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA, abordando a situação alarmante da população em situação de rua no Brasil e a necessidade de ações efetivas para assegurar seus direitos fundamentais, principalmente o direito à cidade.

Maria Érica Batista dos Santos e Cleber Ferrão Corrêa apresentaram DESAFIOS DA AGENDA 2030: MUDANÇAS CLIMÁTICAS E REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA POR MEIO DA IMPLEMENTAÇÃO DE MORADIAS SUSTENTAVEIS - O PROJETO DAS CASAS FLUTUANTES EM CUBATÃO/SP, onde analisaram os desafios da implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, integrantes da agenda 2030, ante ao atual

cenário das mudanças climáticas e o desafio da implementação das políticas públicas de regularização fundiária sob a ótica do Projeto das Casas Flutuantes desenvolvido pela Prefeitura Municipal de Cubatão.

A seguir, Maria Érica Batista dos Santos, Maria Fernanda Leal Maymone e Edson Ricardo Saleme apresentaram MARCOS NORMATIVOS, INSTRUMENTOS URBANÍSTICOS E A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO ENFRENTAMENTO DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS, analisando os instrumentos urbanísticos e a importância da participação popular nas políticas de enfrentamento das mudanças climáticas, a fim de contribuir para a melhora nas condições de vida nas cidades.

Continuando, Norberto Milton Paiva Knebel e Gilmar Antonio Bedin apresentaram NEOLIBERALISMO E DIREITO DOS DESASTRES: ABORDAGEM CRÍTICA AO CONCEITO DE CIDADES RESILIENTES, abordando o fenômeno neoliberal sob sua dúplice dimensão: como ideologia proveniente de certo ramo do liberalismo, sua rejeição ao provimento estatal e à justiça social e sua efetiva afirmação na política institucional.

Após, Antonela Silveira De Grandi, Karen Beltrame Becker Fritz e Patricia Grazziotin Noschang apresentaram O ASPECTO DA EFICIÊNCIA NA GESTÃO PÚBLICA DAS CIDADES INTELIGENTES E HUMANIZADAS: A GOVERNANÇA E SUA CORRELAÇÃO COM O DIREITO À CIDADE, que analisou a temática do Direito à Cidade, com ênfase à governança nas cidades inteligentes e a relevância da eficiência na gestão pública com base nos direitos humanos.

Em seguida, Elenise Felzke Schonardie e Késia Mábia Campana apresentaram PARA ALÉM DAS SMART CITIES: PERSPECTIVAS INCLUSIVAS E DEMOCRÁTICAS, examinando para além da coexistência entre sociedade e tecnologia, ou seja, para além das versatilidades, atributos e externalidades das smart cities.

Hugo Keiji Uchiyama e Raul Miguel F. O. Consoletti apresentaram PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO PROCESSO LEGISLATIVO EM MATÉRIA URBANÍSTICA: APLICAÇÃO DA TEORIA DA AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL, onde delinearam os principais aspectos relativos à participação popular no processo legislativo municipal de formulação de leis em matéria urbanística, como também analisaram o controle judicial sobre a participação popular, relacionando este controle com a teoria da autocontenção judicial.

Após, Fernanda Cristina Verediano, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Deisimar Aparecida Cruz apresentaram PLANEJAMENTO URBANÍSTICO E IMPACTO ECONÔMICO DA

PRESERVAÇÃO CULTURAL EM SABARÁ, mostrando a importância de se realizar um planejamento urbanístico na preservação do patrimônio cultural da cidade histórica de Sabará, que fica localizada em Minas Gerais.

A seguir, Edson Ricardo Saleme, Cleber Ferrão Corrêa e Silvia Elena Barreto Saborita apresentaram PLANO DIRETOR E PLANOS SETORIAIS COMO MECANISMOS PRÓPRIOS PARA MELHOR INFRAESTRUTURA LOCAL, demonstrando como uma cidade pode trazer maiores benefícios a sua população a partir do seu planejamento urbano.

Ana Flávia Costa Eccard, Salesiano Durigon e Jordana Aparecida Teza apresentaram POLÍTICAS URBANAS E OS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO RIO DE JANEIRO, versando sobre o tema políticas urbanas inseridas nas catástrofes ocasionadas pelas mudanças climáticas na cidade do Rio de Janeiro.

Em seguida, Cláudia Franco Corrêa, Eloah Alvarenga Mesquita Quintanilha e Thiago Freire Dos Santos Araujo apresentaram PRINCÍPIOS, GARANTIAS E FLEXIBILIZAÇÃO EM CONFLITOS URBANOS NAS REGULARIZAÇÕES FUNDIÁRIAS DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO, refletindo sobre o discurso teórico e a prática, fazendo recorte sobre como a execução da política pública de garantia do direito à moradia por meio da regularização fundiária instituída pela Lei 13.465/2017.

Por fim, Frank Sérgio Pereira e Marcelo Toffano apresentaram UMA ANÁLISE ACERCA DA ADPF 976/2022 E A AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA SOB A ÓTICA DE GIORGIO AGAMBEN, efetuando uma análise crítica acerca da população em situação de rua do Brasil, suas dificuldades e vulnerabilidade social.

Com a certeza de que esta publicação fornece importantes instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito somem aos seus conhecimentos, os organizadores desta obra prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea.

20 de setembro de 2024.

Prof. Dr. Alexandre Naoki Nishioka Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Rogerio Borba Centro Universitário UNIFACVEST

PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO PROCESSO LEGISLATIVO EM MATÉRIA URBANÍSTICA: APLICAÇÃO DA TEORIA DA AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL.

SOCIAL PARTICIPATION IN THE LEGISLATIVE PROCESS IN URBAN MATTER: APPLICATION OF THE THEORY OF JUDICIAL SELF-RESTRAINT.

Hugo Keiji Uchiyama [1]
Raul Miguel F. O. Consoletti [2]

Resumo

O processo legislativo municipal de elaboração de leis com matéria urbanística exige a participação da sociedade, conforme disposições do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), como concretização do princípio da gestão democrática da cidade. No caso do plano diretor, a regra legal é clara no sentido de que deve ser oportunizada pelos dois Poderes municipais, não sendo, porém, claramente regrada em lei a definição do momento, forma e outros aspectos de sua realização. Nesse cenário, verifica-se que os aludidos delineamentos são ausentes em lei e acabam sendo definidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento de casos a eles levados por via de ações diretas de inconstitucionalidade e recursos extraordinários, principalmente. Dessa forma, o objetivo do presente artigo, com utilização do método de revisão bibliográfica e jurisprudencial, é de delinear os principais aspectos relativos à participação popular no processo legislativo municipal de formulação de leis em matéria urbanística, como também analisar o controle judicial sobre a participação popular, relacionando este controle com a teoria da autocontenção judicial.

Palavras-chave: Leis urbanísticas, Processo legislativo, Participação popular, Audiência pública, Autocontenção do poder judiciário

Abstract/Resumen/Résumé

The municipal legislative process of drafting laws on urban matters requires the participation of society, in accordance with the provisions of the City Statute (Law 10,257/2001), as a concretization of the principle of democratic management of the city. In the case of the master plan, the legal rule is clear in the sense that it must be provided by the two municipal Powers, however, the definition of the moment, form and other aspects of its implementation is not clearly regulated by law. In this scenario, it appears that the aforementioned delineations are absent in law and end up being defined by the jurisprudence of the Federal Supreme Court and the Court of Justice of the State of São Paulo, in the judgment of cases

[1] Graduado em Direito pela PUC/SP Especialista em Direito Municipal pela FDRP USP Advogado da Câmara Municipal de Atibaia – SP

[2] Professor Doutor de Direito Administrativo e Municipal na FDRP USP Procurador Legislativo da Câmara Municipal de Santa Bárbara d'Oeste – SP

brought to them through direct actions of unconstitutionality and extraordinary resources, mainly. Thus, the objective of this article, using the bibliographical and jurisprudential review method, is to outline the main aspects relating to popular participation in the municipal legislative process of formulating laws in urban matters, as well as analyzing judicial control over participation popular, relating this control to the theory of judicial self-restraint.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Urban laws, Legislative process, Popular participation, Public hearing, Self-restraint of the judiciary

Introdução

A sociedade contemporânea tem como característica a grande capacidade de mobilização para reivindicar direitos, inclusive na cobrança de legitimidade da atuação pública na construção de políticas estruturantes das cidades.

Nesse cenário, percebe-se o fortalecimento de conceitos como os de Administração Pública dialógica e democracia participativa, que têm como proposta um processo de interação entre agentes públicos e privados na construção de políticas urbanísticas com maior legitimidade.

Isso ressoa inclusive na jurisprudência, que reconhece haver vício de inconstitucionalidade caso ausente essa participação social na aprovação de leis sobre o temas urbanísticos.

Todavia, inexistem parâmetros concretos na lei sobre a forma dessa participação, lacuna que vem a ser colmatada pela mesma jurisprudência, cujo estudo é, portanto, fundamental.

Ocorre que, em vista da complexidade da matéria, que envolve as adversidades de cada cidade e de sua população, tem-se notado no atual entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF um juízo de deferência à capacidade dos demais poderes para decidir a respeito ("judicial self-restraint"), segundo a teoria das competências institucionais.

Assim, o objetivo deste trabalho é analisar a forma da participação e controle social no processo legislativo em matéria urbanística, sua importância na busca por um maior equilíbrio entre os interesses dos diversos segmentos sociais conflitantes, bem como o modo de controle judicial sobre esse ponto, sob a perspectiva da autocontenção judicial, com utilização de metodologia de revisão bibliográfica e análise de precedentes jurisprudenciais do STF e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP.

1. Do direito fundamental à cidade e da função social da propriedade.

A cidade é um meio ambiente artificial essencial para o desenvolvimento do ser humano, sob os prismas material e imaterial, sendo no seu espaço que os direitos fundamentais de seus habitantes produzirão efeitos, o que instintivamente já lhe confere igual estatura, ou seja, de direito fundamental, o direito à cidade.

Nesse sentido, a Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), no artigo 2º, inciso I, prevê que esse direito se consiste na garantia a cidades sustentáveis, compreendido o acesso à terra

urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações, do que se percebe a natural relação entre esse direito com outros essenciais à sadia qualidade de vida.

Na parte final do citado dispositivo consta que referidos direitos têm o caráter intergeracional, da mesma forma que prevê o artigo 225, "caput", da Constituição Federal, ao tratar do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A importância da estrutura da cidade na formação do ser humano e do meio em que vive pode ser notada, inclusive, pela chamada dimensão sociocultural da urbe, ou seja, a relação existente entre a identidade dos indivíduos, das comunidades criadas no seio urbano e o senso de pertencimento das pessoas em relação ao meio ambiente em que vivem, razão pela qual se costuma reforçar a importância da organização do espaço urbano para fortalecer aspectos essenciais da dignidade humana, como a inclusão social e o respeito à diversidade.

Essas questões são diretamente impactantes sobre pontos fundamentais para o bem-estar do ser humano, como a vulnerabilidade social e a segurança nas urbes (AMANAJÁS, 2018) e, assim, se percebe a importância do estudo e da definição da estrutura da cidade na qualidade substancial da vida humana.

O caráter fundamental do direito à cidade foi recentemente reforçado pelo advento da Lei 14.489/2022 (denominada de "Lei Padre Júlio Lancelotti"), que alterou a redação do artigo 2º do Estatuto da Cidade, para nele incluir o inciso XX, definindo como uma das diretrizes do desenvolvimento urbano a proteção contra construções hostis, que venham a criar o afastamento de pessoas em situação de rua, idosos, jovens e outros segmentos da população de espaços urbanos.

Dessa maneira, existe nítida preocupação com valores imateriais como a felicidade, o bem-estar, enfim, o direito à vida, em termos substanciais.

A função social da propriedade urbana, portanto, assume clara dimensão imaterial, existindo a preocupação de fortalecer o sentimento de acolhimento e de se evitar construções que expressem agressividade e instem o alijamento social.

A mudança legislativa, em suma, reforça o caráter democrático do direito à cidade, ao expressamente citar a proteção do direito de minorias esquecidas, como os moradores de rua, igualmente sujeitos de direitos fundamentais.

Para densificar o conceito do direito à cidade, em termos constitucionais, ainda se faz necessário atentar ao artigo 182 da Constituição Federal, segundo o qual a política de desenvolvimento urbano tem o dever de cumprir com suas funções sociais e com a garantia do bem-estar dos seus habitantes, o que se efetiva quando ela atende às exigências fundamentais

de ordenação da cidade, assim dispostas no plano diretor, conforme giza o §2º do mesmo dispositivo.

Nesse sentido, a função social da propriedade trata-se de um elemento conformador do direito individual de propriedade e, noutros termos, contrapõe-se à livre disposição do proprietário sobre a *res*, haja vista que essa passa a ter que atender, igualmente, a interesses coletivos, da sociedade.

Emana, como corolário, um previsível conflito entre interesses que atuam na sociedade, sociais e econômicos, pugnando os primeiros por melhores condições de usufruir do espaço urbano como uma dimensão do direito fundamental à vida humana com qualidade e, os segundos, por questões próprias do mercado, como a valorização de imóveis e a maximização do aproveitamento do solo, isso que também é associado à geração de empregos, o desenvolvimento econômico e tecnológico, enfim, o progresso econômico da cidade, o que igualmente é essencial para a renda e sobrevivência nas urbes.

Importante entender, assim, que esse complexo conflito de interesses torna essencial a democratização do processo decisório referente à definição de políticas de desenvolvimento urbano.

Ao se analisar o planejamento urbano tradicionalmente realizado no país, a literatura observa que existe um conteúdo ideológico dominante no estabelecimento de diretrizes, representativo da preponderância do interesse de uma classe dominante e minoritária, que objetiva primordialmente interesses mercantis, situação essa propícia a que outros direitos sejam preteridos, gerando situações de dominação, injustiça e exclusão, sendo necessária a criação de mecanismos para equilibrar essa situação (VILLAÇA, 2005).

Veja-se que é equivocado associar, singelamente, a função social da propriedade a uma feição pejorativa, contrária ao livre exercício do direito de propriedade, sendo ao invés disso, adequado inseri-la como um fator efetivo de modulação do inevitável desenvolvimento capitalista, que visa harmonizá-lo, com naturalidade, ao interesse no bem-estar coletivo (JATOBÁ, 2008).

Em suma, chega-se à conclusão de que é essencial a gestão democrática da cidade, erigida como princípio no artigo 2º, inciso II, do Estatuto da Cidade, como também na Constituição Estadual de São Paulo, no seu artigo 180, “caput” e incisos I e II, que dispõe que o Estado e os Municípios, no estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, assegurarão o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes, através da participação das respectivas entidades

comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, planos, programas e projetos que lhes sejam concernentes.

Ainda no referido texto constitucional, o artigo 191 prevê que o Estado e os Municípios providenciarão, com a participação da coletividade, a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, artificial, atendidas as peculiaridades regionais e locais, em harmonia com o desenvolvimento social e econômico.

Na mesma vertente, o artigo 29, inciso XII, da Constituição Federal, estabelece que os Municípios devem observar em sua organização a cooperação de associações representativas no planejamento municipal.

Destarte, assume relevo a análise da participação democrática no processo de estabelecimento de diretrizes sobre direito urbanístico, objeto do presente trabalho.

Todavia, antes de ingressar nesse ponto, parece essencial uma breve digressão sobre a competência municipal estabelecida pela Constituição Federal para tratar de assuntos de direito urbanístico.

2. Delineamentos sobre a competência municipal para tratar do uso e ocupação do solo urbano.

A Constituição Federal, em seu artigo 24, inciso I, dispõe que é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal a competência para legislar sobre direito urbanístico.

Com isso, nos termos do § 1º do mesmo artigo, cumpre à União a edição de normas gerais, a serem suplementadas pelos Estados e o Distrito Federal, com a possibilidade de os Municípios ainda tratarem desses temas, conforme sua competência estabelecida no artigo 30, incisos I e II, qual seja, assuntos de interesse local, como também normas de caráter suplementar.

Todavia, o STF, através do Tema 348 de repercussão geral, firmou o entendimento de que "Os municípios com mais de vinte mil habitantes e o Distrito Federal podem legislar sobre programas e projetos específicos de ordenamento do espaço urbano por meio de leis que sejam compatíveis com as diretrizes fixadas no plano diretor".

Assim, ampliou a possibilidade municipal de regulamentar temas de interesse local, mesmo que inexistentes regras a respeito em legislação federal, reconhecendo a aplicação dos §§ "º a 4º, do artigo 24, da Constituição Federal.

É importante destacar que, no voto do relator do acórdão que gerou esse tema, Ministro Teori Zavascki, constou que os Municípios têm competência própria, e não

suplementar, para tratar das matérias mencionadas no artigo 182 da Constituição Federal, notadamente, o ordenamento territorial, visando o desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar dos seus habitantes, o que inclui o planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Assim, mesmo inexistindo regramento geral em legislação federal, o Município pode inovar na criação de instrumentos relacionados à organização do espaço urbano, com vistas a melhor cumprir seu dever de atender ao interesse da população municipal, sendo suficiente haver pertinência lógica com o plano diretor, pois este é o instrumento basilar da política de desenvolvimento e de expansão urbana, conforme o artigo 182, §1º, da Constituição Federal.

É relevante notar que, no caso específico que gerou o Tema 348, um dos objetos em discussão foi a possibilidade de leis municipais instituírem os chamados loteamentos fechados, também denominados de condomínios urbanísticos ou horizontais, sem previsão na Lei 6.766/1979 àquela época.

Considerando que nesses loteamentos as vias, praças e outras áreas destinadas ao uso comum dos seus moradores são privadas, pesava sobre eles severa crítica no sentido de configurarem uma forma de burla à instituição dos loteamentos propriamente ditos, esses que acompanhados do dever de doação de áreas ao Município, dentre outros encargos.

Até então, não havia previsão a respeito dos loteamentos fechados na lei do parcelamento do solo urbano (Lei 6.766/1979), tendo sido introduzida essa modificação somente através da Lei 13.465/2017, que inseriu o § 7º, ao artigo 2º daquela, passando a prever o denominado “condomínio de lotes”.

A competência própria reconhecida aos Municípios representa uma maior liberdade de criação de inovações urbanísticas locais, o que causa certa preocupação, uma vez que não haverá necessariamente de prévio regramento previsto em legislação federal a respeito.

Essa constatação reforça a importância da discussão com a população, através de instrumentos de participação social no processo legislativo de aprovação de leis dessa natureza, pois há relação com o próprio direito fundamental à cidade, que pode sofrer prejuízo pela potencial atuação precipitada do legislador local.

Também é essencial notar que, na mesma ocasião, o STF entendeu que, mesmo não havendo previsão expressa no plano diretor, outra lei municipal poderia tratar da criação dessa figura, o loteamento fechado, desde que não fosse incompatível com aquele diploma.

Isso significa que o plano diretor não representaria o exaurimento daquilo que é possível, ou não, ser implantado no espaço urbano, podendo existir concomitantemente outras

leis locais impactantes, que estabeleçam diretrizes para a cidade, sendo bastante não existir incompatibilidade com o próprio plano diretor.

Esse aspecto somente vem a reforçar a importância da participação democrática, que não se limitaria ao processo legislativo de aprovação do plano diretor, mas sim a todo e qualquer diploma que tenha o potencial de gerar impactos à urbe.

Em conclusão, essa ampla possibilidade de inovar a legislação sobre o uso e ocupação do solo urbano conferida aos Municípios, sem parâmetros claros de confrontação na legislação federal ou no plano diretor, faz naturalmente acender a importância da criação de mecanismos que refreiem o abuso de poder ou o desvio de finalidade, os quais permitam maior equilíbrio entre interesses conflitantes na forma de discussão e tomada de decisões sobre a matéria.

Enfim, diante desse cenário jurídico, assume relevo o uso de instrumentos de democracia participativa na aprovação de leis que versem sobre o tema, como forma de legitimação e de controle social a ser exercido pela população, conceitos melhor delineados abaixo.

3. **Sistema democrático participativo.**

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, a doutrina já identificava que o sistema representativo nela previsto permitiria espaço a crescentes instrumentos de democracia participativa, em que a vontade dos diversos segmentos sociais pudesse ser externada e impactar diretamente na atuação pública, conferindo-lhe maior legitimidade (MACEDO, 2008).

Essa mudança teria base na necessidade de aprimoramento da democracia representativa, com intuito de trazer maior proximidade com a “vontade do corpo eleitoral” (ATALIBA, 1997, p. 97).

Na atualidade, tem-se observado o crescente movimento de segmentos da sociedade civil reivindicando maior participação nas decisões a serem tomadas acerca de políticas públicas e ações governamentais, tratando-se do fenômeno de reemergência da sociedade civil, que possui pilares em diversos fatores, como o crescimento do terceiro setor em decorrência da redução do estado-providência, o aumento do acesso à educação e à informação, bem como a capacidade de mobilização social em torno de objetivos comuns através de mídias informatizadas, com potencial para afetar a imagem e influir em políticas adotadas por corporações e governos (PONZILACQUA, 2009).

Esses fatores impulsionam a Administração Pública a adotar práticas de transparência, boa governança e diálogo com a sociedade civil, sob pena de críticas a respeito do distanciamento de valores democráticos e pecha de falta de legitimidade de sua atuação.

A realidade social caminha para o fortalecimento de mecanismos de participação democrática na tomada de decisões por parte da Administração Pública, o chamado modelo dialógico, consistindo em nova concepção de Administração Pública que relativiza o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, tido como um dogma tradicional do direito público.

Igualmente, traz ínsita a necessidade de uma reanálise do princípio da legalidade previsto no "caput" do artigo 37 da Constituição Federal, sob a perspectiva de democracia de Habermas, segundo a qual as leis devem refletir um senso de legitimidade frente à sociedade, o que é atingido quando sua aprovação espelhar um processo de comunicação com esta, com o uso de instrumentos que permitam uma discussão racional, como as audiências públicas, em que um determinado ponto de vista prevalecerá como fruto de um debate legítimo, embora existentes opiniões dissonantes que tenham igualmente direito de serem expostas (HABERMAS, 1997).

Nesse cenário de legitimação social das leis, os instrumentos de participação direta da população, na tomada de decisões, passam a ser vistos de forma ampliativa, como o uso de audiências públicas.

A participação popular no processo legislativo de aprovação de leis que tratam do estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano consiste numa espécie dessa nova realidade, com previsão na ordem constitucional, no artigo 29, XII, da Constituição Federal e artigo 180, incisos I e II, da Constituição do Estado de São Paulo.

Isso significa que a ausência dessa participação resulta na inconstitucionalidade de leis aprovadas, com seus indesejados consectários, por exemplo, a demolição ou paralisação de obras, a cassação de alvarás, tudo com efeitos diretos na economia e desenvolvimento das urbes.

Assim, fundamental analisar algumas das características essenciais dessas audiências, como, por exemplo, se elas não possuem resultado vinculante, ao contrário de plebiscitos e referendos, mas se consistem em importante meio de divulgação, para conhecimento geral da população, do tema que está sob discussão e permitem o seu envolvimento no debate travado no âmbito institucional dos Poderes Executivo e Legislativo, bem como a fiscalização da execução daquilo que foi aprovado.

O binômio ciência de informações e fiscalização está diretamente relacionado ao conceito contemporâneo de controle social e de boa governança pública.

Nessas audiências é possível realizar pedidos de informação e de documentos (artigo 5º, inciso XIV, da Constituição Federal), os quais demandam resposta da Administração Pública e servem para o registro de informações, facilitando o manejo de medidas judiciais, como a impetração de mandado de segurança, o ajuizamento de ação popular ou de ação civil pública, além do uso de representações aos órgãos competentes.

Ademais, referidas audiências públicas consistem-se em valioso meio de coleta de sugestões técnicas apresentadas por segmentos diversos como associações profissionais ou empresariais, contribuições importantes para antever impactos perniciosos ao desenvolvimento sadio das urbes e que resultam no aprimoramento de decisões a serem tomadas.

Em síntese, a participação popular no âmbito de tomada de decisões pelo poder público é considerada um importante vetor de legitimação e eficiência das decisões públicas. Representa um espaço de negociação coletiva, em que estabelecidos direitos e deveres, em homenagem à consensualidade e legitimação (e não imposição) de decisões (CRISTÓVAM, 2016).

Todavia, é possível constatar a existência de questionamentos sobre a produtividade dessa discussão com a sociedade, inclusive, sobre a efetividade do controle social.

Quanto a este último, ao se tratar da fiscalização da atuação pública, surge o argumento de que essa função é precipuamente assumida pelo sistema de controle interno de cada órgão e pelo controle externo exercido por instituições criadas para tanto, o que relegaria a um plano secundário o controle exercido pela sociedade.

Referidos argumentos, embora refratários, servem para colaborar com o aprimoramento dos instrumentos de democracia participativa e de administração dialógica, permitindo a definição de parâmetros que lhes confiram maior eficiência.

Nessa senda, as audiências públicas surgem como instrumento fundamental para proporcionar essa participação social e, como visto, sua ausência pode acarretar vício de inconstitucionalidade na aprovação de diplomas que versem sobre a forma de organização do espaço urbano.

Assim, é importante delinear as suas características básicas, conforme a análise jurisprudencial, já que a Constituição Federal, a Constituição do Estado de São Paulo e o Estatuto da Cidade, não trazem parâmetros a esse respeito, não detalham o procedimento das

audiências públicas quanto à discussão institucional, especialmente, no âmbito do Poder Legislativo, no curso de aprovação de leis que tratem da matéria urbanística.

4. Democracia Participativa no Processo de Legislativo sobre Direito Urbanístico e o "Judicial Self-Restraint".

Como abordado, a participação direta da sociedade na definição e fiscalização da execução de políticas públicas tem sido notabilizada como instrumento de legitimação, conforme o conceito de democracia participativa e Administração Pública dialógica, tratando-se também de requisito de constitucionalidade na aprovação de leis que tratam do uso e ocupação do solo urbano, objeto de análise do presente trabalho.

Referida participação social nessa espécie de proposição legislativa possui previsão na Constituição Federal (artigo 29, inciso XII, com o artigo 182), na Constituição do Estado de São Paulo (artigo 180, incisos I e II) e no Estatuto da Cidade (artigo 2º, inciso II).

Desses dispositivos resulta que a cidade possui funções sociais a serem realizadas, no sentido de garantir direitos fundamentais inerentes à vida urbana com qualidade, sendo um direito da população a participação direta nos processos decisórios referentes à organização do solo urbano.

Através da análise de precedentes do STF, é possível verificar que é reconhecida a participação popular como requisito de constitucionalidade de leis que versem sobre matérias relacionadas à estruturação das cidades, conforme dispositivos retrocitados da Constituição Federal.

Todavia, não existem parâmetros objetivos sobre a forma dessa participação e, por consequência, as peculiaridades fáticas de cada caso devem ser estudadas, a fim de que seja possível concluir sobre o atendimento ou não desse requisito[1].

Vê-se, assim, a importância da análise jurisprudencial para fornecer subsídios sobre a forma como essa participação social e, em especial, as audiências públicas, devem ser realizadas.

Mesmo que o STF deixe assente a importância da análise do quadro fático particular e da legislação local (estadual e municipal) para fornecer parâmetros sobre essa participação, é possível ainda colher de sua jurisprudência outras balizas fundamentais a esse respeito.

[1] Nesse sentido, o recurso extraordinário 1.425.624/SP, julgado em 26.06.2023.

Desse modo, o STF indica que a realização de audiências públicas, sem que tenham sido previamente providenciados e disponibilizados os estudos técnicos necessários sobre os impactos gerais que o projeto de lei implica, sejam positivos ou negativos, torna referidos atos desprovidos de sentido, sem eficiência, pois impossibilitam a população e os segmentos sociais interessados de ter amplo acesso às informações pertinentes, o que torna sem qualidade, deficiente, a participação democrática na discussão da matéria[2]**.**

Esse entendimento evidencia a preocupação com o aspecto material e não simplesmente formal da realização das audiências públicas, condicionando a participação da população a que esta esteja devidamente aparatada de informações relevantes, de estudos realizados previamente.

Quanto a esse ponto, observa-se que cumpre à Administração Pública proporcionar uma exposição didática do tema, por mais complexo tecnicamente que seja, a fim de viabilizar a participação da população de forma eficiente, significando que, embora determinados temas sejam de difícil intelecção, esse fator não pode servir de fundamento para suprimir essa forma de diálogo.

Portanto, há aqui um grande desafio aos órgãos e agentes públicos envolvidos para que desenvolvam sistemas eficientes de compreensão dos temas, tornando as informações pertinentes absorvíveis, tão quanto possível, de modo simples e objetivo.

Também não há espaço para diálogos feitos por agentes públicos imbuídos apenas de interesses político-eleitorais.

Em questões como aquelas que importem a tomada de decisões impopulares, mas necessárias para o bem da sociedade a longo e médio prazo – onde não há resultados imediatos com ganho político, é importante que representantes de segmentos técnicos sejam ouvidos e possam conscientizar os demais da necessidade de investimentos sem breve retorno, tudo didaticamente (BINENBOJM, 2006).

Portanto, não se trata de tarefa simples, mas dotada de séria complexidade.

Outro ponto relevante diz respeito às emendas parlamentares apresentadas nos projetos de lei, aprovadas após as audiências públicas, no curso da tramitação legislativa.

A dúvida é no sentido de que essas emendas não exigiriam a realização de novas audiências públicas, pois, em princípio, surgiriam novos pontos sujeitos a esclarecimentos.

Segundo o STF, as emendas parlamentares não necessitam de discussão com a sociedade em novas audiências públicas, não maculando o processo legislativo, pois as

[2] Nesse sentido, o agravo em recurso extraordinário 1.368.159/SP, julgado em 11.03.2022).

audiências públicas teriam importância enquanto elemento apenas informativo, de debate de ideias sobre o conteúdo original da proposição legislativa, para eventual alteração, suplementação ou até mesmo aperfeiçoamento da ideia original, mas sem caráter vinculante[3].

Apesar desse entendimento do STF, é inconteste o fato de que, muitas vezes, as alterações promovidas no texto do projeto de lei pelas emendas parlamentares podem vir a modificá-lo até em sua totalidade, por exemplo, na hipótese de substitutivo total do texto, o que, por óbvio, exigiria nova discussão com a sociedade em audiência pública.

Ou seja, é necessário que o parâmetro citado da jurisprudência do STF seja sopesado com a realidade, especialmente na hipótese de alterações mais profundas e amplas, feitas por Vereadores, que exigiriam também, por óbvio, sustentação em estudos técnicos urbanísticos.

O STF também entendeu que não se exigiria que essa participação da população ocorra no curso do processo legislativo, sendo possível que esse requisito seja atendido ainda na fase de elaboração dos projetos que serão apresentados para tramitação legislativa, através da realização de audiências públicas por parte do Poder Executivo, no decorrer dos estudos aplicáveis[4].

No entanto, esse entendimento deve ser visto com ressalvas, já que o Estatuto da Cidade prevê no artigo 40, § 4º, que as audiências públicas, no que tange ao plano diretor, devem ser realizadas tanto pelo Poder Executivo como pelo Poder Legislativo.

O comando legal, portanto, é cristalino no sentido da ampliação do debate com a sociedade, principalmente no Poder Legislativo municipal.

Por outro lado, como antes analisado, disposições estruturantes do espaço urbano não necessitam estar contidas obrigatoriamente no plano diretor, podendo outras leis urbanísticas específicas disporem a respeito, desde que tenham compatibilidade com plano diretor.

Dessa maneira, outras leis urbanísticas, por razões lógicas, também exigiriam audiências públicas no decorrer do processo legislativo de sua formação, como ocorre com o plano diretor.

Ademais, entende-se que se trata de um poder-dever precípuo da atividade parlamentar a proximidade e diálogo com a população, devido à sua natural representatividade desta.

Com efeito, o Poder Legislativo municipal expressa a voz de maiorias e minorias nele representadas, bem como exerce a competência de fiscalização da atuação do Poder Executivo em prol do interesse coletivo, sendo, enfim, o espaço constitucionalmente

[3] Nesse sentido, o recurso extraordinário 1.278.298/SP, julgado em 09.08.2021.
[4] É o que se decidiu no recurso extraordinário 1.025.040/SP, julgado em 11.05.2018.

competente para debates que envolvam temas com significativo potencial de gerar conflitos entre segmentos sociais diversos, os quais necessitam ser harmonizados e gerar um sentimento de consenso, de legitimidade das leis aprovadas.

Dentre esses temas intrincados, encontram-se as leis de organização urbanística, em que é cediço que forças econômicas atuam com interesse na densificação do uso do solo urbano com fins lucrativos, em detrimento de outros valores, como a preservação ambiental e o direito de moradia com qualidade.

Veja-se que o interesse econômico carreia consigo outros importantes fatores para o desenvolvimento da sociedade, como o trabalho e o crescimento econômico, razão pela qual esse conflito de interesses é complexo, sempre acompanhado de argumentos positivos e negativos de ambos os lados.

Todavia, é histórica a influência de grupos minoritários e com expressão econômica sobre a atuação de parlamentares responsáveis pela aprovação de leis, o que se reflete também em assuntos urbanísticos como o uso e ocupação do solo urbano, e possui claro potencial para acarretar situações de desiquilíbrio social, injustas.

À luz dessa realidade, tem-se que são fundamentais as audiências públicas no Poder Legislativo municipal, também para se buscar equilíbrio na forma de manifestação dos diversos segmentos da sociedade interessados, sob o pálio do conceito apresentado, de democracia de Habermas, segundo o qual as leis devem ser a expressão de um processo de comunicação com a sociedade, o que lhes confere legitimidade.

Entende-se que a realização desse diálogo deixa de ser uma faculdade, para se tornar um dever inerente à própria função legislativa, não com o intuito de enfraquecer o sistema representativo, mas para somar a ele a legitimação da democracia participativa, em uma relação de simbiose.

Outro aspecto cujo enfrentamento surge como essencial é o de definir quais leis poderiam ser consideradas relevantes, de modo a exigir a mobilização social por meio de audiências públicas. Ou seja, qual seria a dimensão ou a extensão de impacto proporcionado na realidade urbanística que justificaria a convocação da população.

Afinal, modificações de pouca monta, por motivos de razoabilidade e proporcionalidade, em tese, não justificariam a incidência dessa exigência.

A título de exemplo, é comum a aprovação de leis que tratem da possibilidade de regularização de imóveis construídos em bairros específicos, em desconformidade com as regras urbanísticas vigentes à época, mediante a adoção de medidas de compensação por parte do beneficiado, não assumindo tal lei maior relevo.

Apesar disso, mesmo nessa situação é possível se vislumbrar a possibilidade de discussões digressivas, por exemplo, se não haveria, nesse caso, incentivo à burla, com a expectativa de futura pressão de segmentos da sociedade sobre os representantes eleitos, para haver a regularização, como retrocitados e, ainda mais, em seu conjunto, uma série de leis dessa estirpe teria o potencial de gerar impactos relevantes para a urbe, o que motivaria uma especial atenção para a aprovação de cada uma delas.

Parece lógico o entendimento de que leis com impacto somente local, embora não assumam à primeira vista repercussão maior sobre o todo, possam, em sua somatória, trazer efeitos regionais significativos. Por exemplo, permitir que sejam erigidas construções que impermeabilizam o solo além dos índices previstos pode, em um conjunto de áreas individualizadas, acarretar enxurradas, enchentes e, como corolário, colocar em risco a integridade de moradias ou mesmo a estrutura pública urbana.

A propósito, a forma de organização do solo urbano dificilmente retrata um fato isolado, pois as diversas áreas são pensadas em seu conjunto, sendo uma característica prevista expressamente na Constituição do Estado de São Paulo, que, no artigo 181, preconiza que os planos diretores devem considerar a totalidade do território municipal e que as diretrizes neles estabelecidas devem ser respeitadas por todo o restante da legislação local.

Não por outro motivo existe uma distribuição entre zonas residenciais, industriais, empresariais, mistas e assim por diante, denotando que concepção da organização da urbe ocorre considerando seu complexo conjunto, o qual deve considerar a estruturação do sistema de mobilização viária, de água e esgoto, a instituição de áreas verdes suficientes para a sadia qualidade de vida, a criação de zonas de amortecimento de enchentes (áreas de várzea), a distribuição de serviços públicos (escolas, creches, repartições em geral, rodoviárias) etc.

Assim, dificilmente temas relacionados à forma de organização do solo urbano podem ser considerados pontuais, sem repercussão maior sobre o conjunto, ao menos potencialmente, sendo o melhor atendimento ao princípio democrático e à função social recomendaria, se não na totalidade, na maioria dos casos, a utilização de formas de participação da população, como as audiências e consultas públicas, mesmo para leis que, à primeira vista, produziriam efeitos apenas locais.

Apesar dessa lógica, o TJSP limitou a exigência de participação popular com relação à matéria, no sentido de exigi-la como requisito de constitucionalidade - à luz dos artigos 180, inciso II e 181, “caput” e § 1º, da Constituição Estadual - quando a proposta legislativa possuísse importância estruturante para o desenvolvimento da urbe, ou seja, quando tratasse

de tema capaz de gerar impacto significativo à população e ao meio ambiente de forma macro e não micro[5].

Entendeu o tribunal estadual paulista que a matéria em que se faz necessária a participação popular é aquela que reúne duas condições conjuntamente: a) características de planejamento urbanístico estrutural; b) impacto relevante para a população ou para o meio ambiente. Ou seja, a exigência constitucional de audiência pública no curso do trâmite legislativo ocorreria somente se reunidas essas duas condicionantes.

Nessa senda, exigir a participação popular nos demais processos acarretaria o engessamento da "função legiferante", com potencial para enfraquecer a democracia participativa, ao invés de fortalecê-la. Salientou-se que, em cidades com grande população, a medida seria fisicamente inviável, o que se tornaria uma barreira à produção legislativa, barreira essa de ordem material e não apenas formal.

No mesmo acórdão, se procurou estabelecer um delineamento a respeito dos temas que, exemplificativamente, exigiriam a participação popular: "quando o ato normativo cuidar de assuntos referentes à densidade urbana, redes de infraestrutura, sistema de circulação, controle das edificações e uso e parcelamento do solo, pois em tais casos (envolvendo diretrizes gerais e estruturantes) está em jogo a própria sustentação do plano urbanístico".

Dentro desse rol, não se encontrariam leis que tratariam da regularização de construções erigidas em desconformidade com a legislação de regência. No entanto, a realização de audiências públicas, pelos motivos expostos, deve ser considerada a regra, sendo dispensada ou moldada mediante motivação, a depender de uma análise sobre a proporção dos impactos gerados.

Por exemplo, projetos de lei sobre a regularização de construções poderiam ensejar a realização de audiências públicas envolvendo somente a população de regiões delimitadas, mas não de todas, as quais seriam diretamente impactadas, em homenagem aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Em acréscimo, seria possível o Poder Legislativo manter cadastros de associações representativas de diversos segmentos, a fim de, motivadamente, consultá-las formalmente sobre aspectos dos projetos em tramitação, bem como instá-las a participar de reuniões públicas, sem a amplitude das audiências públicas, a depender do impacto gerado pelo projeto em análise.

[5] Trata-se da ação direta de inconstitucionalidade 2276583-42.2022.8.26.0000, relativa à lei do Município Guaratinguetá, julgada em 12.05.2023. Em face do julgamento do TJSP, foi interposto o recurso extraordinário e o feito foi remetido ao STF.

O próprio artigo 180, inciso II, da Constituição do Estado de São Paulo cita a participação de “entidades comunitárias” e não necessariamente de todos os cidadãos da urbe. De igual modo, o artigo 191 traz o termo “participação da coletividade”, o que não afasta a mesma ideia.

Ademais, o artigo 2º, inciso II, do Estatuto da Cidade, ao prever o princípio da gestão democrática, alude à participação de “associações representativas dos vários segmentos da comunidade”.

Em realidade, é comum que os regimentos internos das câmaras municipais prevejam a existência de comissões permanentes, como as de uso e ocupação do solo urbano, bem como de meio ambiente, dentre outras, podendo haver um contínuo processo de interação entre elas e associações representativas de segmentos da sociedade interessados na matéria urbanística. Admitir que essa forma de comunicação se restrinja a episódicos momentos em que projetos de lei sejam apresentados para tramitação é restringir a atuação do Poder Legislativo, a exemplo da sua função fiscalizatória, que deve ser contínua.

A aproximação desses órgãos internos e a população garante maior legitimidade à apresentação de projetos de lei que tratem da temática, pois é possível verificar nesse diálogo uma forma de amadurecimento e transparência de concepções, de estudos que, por fim, ensejam a necessidade de mudanças na legislação.

Acresça-se que o uso de instrumentos de democracia participativa está relacionado à legitimidade dos atos emanados do poder público, como visto. No caso particular de regularização de imóveis, é necessário conferir ampla transparência ao processo legislativo, a fim de evitar alegações de favorecimento em afronta à boa-fé objetiva, um aviltamento da justiça em relação àqueles que, embora com maiores custos, observaram as restrições urbanísticas.

Do exposto, percebe-se que a inexistência de parâmetros legais que definam a forma de participação social no processo legislativo em apreço gera dificuldades diversas, inclusive, para a função de julgar ações diretas de inconstitucionalidade sobre o tema.

Nesse sentido, o STF manifestou entendimento de que a verificação das fases e momentos em que a realização das audiências públicas devem ocorrer, as regras procedimentais a serem seguidas e mesmo a forma de aproveitamento das contribuições colhidas insere-se no juízo de conveniência e oportunidade sobre o qual o Poder Judiciário deve adotar uma postura de deferência, ou seja, de autocontenção, a fim de respeitar a análise

técnica, do órgão melhor abalizado, capacitado institucionalmente, para tratar de um dado assunto.[6]

De acordo com a teoria das capacidades institucionais, diante de problemas complexos para a definição de qual instituição deveria ter competência para decidir dados assuntos, essa função seria atribuída a quem pudesse melhor realizá-la.

Isso, obviamente, pressupõe a existência de um conflito interinstitucional, em que o direito positivo não é suficiente para definir claramente qual instituição deveria decidir um determinado caso, sendo escolhida aquela que reunisse melhores condições para o mister.

Embora se mencione "conflito", parte-se do pressuposto de que há um espírito colaborativo entre as instituições envolvidas, todas imbuídas do interesse de oferecer a solução mais adequada a questões difíceis, de acordo com o fim último do Estado de atingir o bem comum. Em realidade, a escolha de um determinado agente se dá pelo juízo de menor probabilidade de erro, vez que as instituições em conflito estão naturalmente sujeitas a esse e, por fim, há uma escolha pela menor chance de falibilidade (ARGUELES, p. 21).

As instituições possuem capacidades diferentes, pois contam com instrumental fático e normativo que lhes dão condições próprias para o desempenho de certas funções, um caráter de especialização diante de situações concretas e não abstratas. Em realidade, a teoria das capacidades institucionais não objetiva que, de modo geral, uma instituição deixe de cumprir sua função legalmente determinada, mas que, diante das peculiaridades do caso em análise, defina-se que outro Poder deva ser o escolhido para decidir dado assunto, através da análise de uma série de fatores, como: melhor capacidade técnica, menor probabilidade de erro, melhor otimização do fator tempo para se chegar a uma decisão e consequências da decisão tomada sobre outras questões sujeitas a impactos.

Por exemplo, no caso da participação da população no processo de aprovação das leis urbanísticas, é possível visualizar que o reconhecimento de sua validade envolve questões técnicas complexas como as características das urbes e de suas regiões, a política urbanística adotada através do plano diretor, as reivindicações dos diversos segmentos sociais e a análise de qual delas deve preponderar, além das consequências práticas de uma lei sobre outras existentes, ou seja, uma análise sistemática do conjunto de leis locais e do modo como se harmonizam.

Essas características, que somente podem ser analisadas diante do caso concreto, conforme se expôs, têm o potencial de gerar um juízo de deferência por parte do Poder

[6] O julgado emblemático é recurso extraordinário 1402839/SP, relator Ministro Luiz Fux, julgado em 22.11.2023.

Judiciário, no sentido de que a escolha da melhor solução para dadas questões de organização das urbes deva ficar a cargo dos Poderes Executivo e Legislativo, que mantêm contato direto com os segmentos sociais e possuem o dever legal se construir soluções para os diversos problemas das cidades, sempre tendo em vista as repercussões de uma decisão sobre as demais políticas públicas.

Em acréscimo, aplica-se ao caso o raciocínio de que a forma como o Poder Legislativo proporciona a participação popular guardaria relação com a autonomia de organização do parlamento, questão "interna corporis", no sentido de haver certa margem de discricionariedade regrada para tratar de procedimentos adotados no trâmite legislativo, desde que não haja violação de regra estabelecida pela Constituição Federal, tal como consta no Tema 1120[7], editado sob a sistemática de repercussão geral.

Em arremate, nota-se que a participação social no curso do processo legislativo de aprovação de lei com matérias urbanísticas trata-se de seara com pouco balizamento na legislação, estando por isso muito sujeita aos delineamentos da jurisprudência.

Todavia, em vista da complexidade dessa matéria, ganha reforço a teoria das capacidades institucionais, segundo a qual aplica-se um juízo de deferência do Poder Judiciário aos demais, na análise sobre os contornos dessa participação, decorrendo assim o reconhecimento da maior autonomia dos Poderes Executivo e Legislativo na condução da participação popular na elaboração das leis urbanísticas.

Conclusão

A participação do Parlamento em conjunto com a população no processo de aprovação de leis sobre organização urbanística é fundamental, assumindo uma feição simbiótica, pois, dessa forma, o Poder Legislativo cumpre com sua função de diálogo com a sociedade, atendendo à realidade do fortalecimento da democracia participativa e do moderno conceito de Administração Pública dialógica, fatores esses que têm como pedra angular a preocupação com a legitimidade perante a sociedade das posturas adotadas pela Administração Pública.

[7] O enunciado do Tema 1120, do STF, em repercussão geral é o seguinte: "Em respeito ao princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal, quando não caracterizado o desrespeito às normas constitucionais pertinentes ao processo legislativo, é defeso ao Poder Judiciário exercer o controle jurisdicional em relação à interpretação do sentido e do alcance de normas meramente regimentais das Casas Legislativas, por se tratar de matéria interna corporis."

Devido à falta de leis que tratem da forma dessa participação social no processo legislativo, como acima visto, restou à jurisprudência estabelecer parâmetros para o reconhecimento da constitucionalidade dessas leis quanto a esse ponto, o que acaba por fragilizar a segurança jurídica esperada, que decorreria da existência de regras emanadas do Poder Legislativo.

O presente trabalho procurou analisar pontos essenciais oriundos do entendimento pretoriano, com o fito de destacar cuidados na prevenção do surgimento de vícios de inconstitucionalidade.

No entanto, a teoria das capacidades institucionais, associada ao conceito de restrição da atividade judicial (*judicial self-restraint*), fortalece o entendimento de que a análise de constitucionalidade de leis que versem sobre a política urbanística, em muitos casos, enseja um juízo de deferência à posição adotada pelos Poderes Executivo e Legislativo, em especial, com relação a este, que possui a missão constitucional de representar os diversos segmentos sociais, compreender os interesses conflitantes entre eles e deliberar sobre qual deve prevalecer.

Nessa missão, cumpre ao Poder Legislativo assumir o protagonismo do processo comunicativo com a sociedade, questão essencial para a legitimidade da lei, conforme proposto por Habermas, configurando-se em poder-dever ínsito à representatividade de maiorias e minorias, sendo imanente e até pressuposto que os parlamentares dialoguem e harmonizem o conflito de interesses.

Assim, sob o prisma do juízo de deferência e autocontenção retrocitados, cumpre ao Poder Legislativo, de forma sempre motivada avaliar quais projetos de lei exigem a participação popular devido aos impactos causados, bem como a medida dessa interação, sua forma e suficiência, não se afastando a jurisdição, em caráter de revisão dos atos, caso presentes os elementos que a justifique.

Referências.

AMANAJÁS, Roberta *et al*. “Direito à Cidade, Cidades para Todos e Estrutura Sociocultural Urbana.” *In* **A nova agenda urbana e o Brasil: insumos para sua construção e desafios a sua implementação**. Organizadores: Marco Aurélio Costa, Marcos Thadeu Queiroz Magalhães, Cesar Bruno Favarão – Brasília: Ipea, 2018.

ARGUELES, Diego Werneck *et al*. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, n. 38, p. 6 a 50, jan/jun 2011.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3.ed. São Paulo: Renovar, 2014.

_____. Direito Administrativo: Entre Justificação e Operacionalização. **REI - Revista Estudos Institucionais**, *[S. l.]*, v. 9, n. 3, p. 774–782, 2023. DOI: 10.21783/rei.v 9i3.785. Disponível em: https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/785. Acesso em: 14 dez. 2023.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO NETTO, M. A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos Direitos Constitucionais. In: José Adécio Leite Sampaio. (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, v., p. 141-163.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva, “O Estado Democrático de Direito como Princípio Constitucional Estruturante do Direito Administrativo: Uma Análise a Partir do Paradigma Emergente da Administração Pública Democrática.” **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, v. 2, n. 2, p. 145-167, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.

JATOBÁ, Sérgio Ulisses. “O Plano Diretor e a Função Social da Propriedade Urbana”. **Boletim Regional, Urbano e Ambiental**, Brasília, n. 01, jul./dez. 2008. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA.

PONZILACQUA, Marcio Henrique Pereira. EL FARO, Omar. Política de Gestão Alimentar com aproveitamento de resíduos. **Revista Gestão Pública: Práticas e Desafios**, Recife, v. III, n. 6, dez. 2012, p. 272-291.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo, Ed. Malheiros, 7ª ed.

VILLAÇA, Flávio. **As Ilusões do Plano Diretor**. São Paulo. Agosto, 2005. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4434363/mod_resource/content/1/2.2%20As%20Ilus%C3%B5es%20do%20Plano%20Diretor%20-%20Fl%C3%A1vio%20Villa%C3%A7a.pdf. Acesso em 13 nov. 2023.