

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

CINTHIA GOMES DIAS

**O DIREITO FUNDAMENTAL À
PARTICIPAÇÃO POPULAR NA
OPERAÇÃO URBANA CONSORCIADA**

CURITIBA

2016

CINTHIA GOMES DIAS

**O DIREITO FUNDAMENTAL À
PARTICIPAÇÃO POPULAR NA
OPERAÇÃO URBANA CONSORCIADA**

Dissertação apresentado ao Programa de Pós Graduação, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil.

Orientadora: Profa. Dra. Adriana da Costa Ricardo Schier

CURITIBA

2016

TERMO DE APROVAÇÃO

CINTHIA GOMES DIAS

O DIREITO FUNDAMENTAL À PARTICIPAÇÃO POPULAR NA OPERAÇÃO URBANA CONSORCIADA

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Profa. Dra. Adriana da Costa Ricardo Schier
Programa de Mestrado, Faculdades Integradas
do Brasil – UniBrasil

Membros: Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes
Programa de Mestrado, Faculdades Integradas
do Brasil – UniBrasil

Prof. Dr. Paulo Ricardo Opuszka
Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba,
UNICURITIBA,

Curitiba, 20 de setembro de 2016.

AGRADECIMENTOS

Este é um trabalho coletivo, que só foi possível de ser realizado graças à generosidade dos amigos, das escolhas que fazemos na vida, dos encontros que a vida proporciona e das pessoas que se agregaram nesta caminhada e que não mediram esforços em ajudar, escutar, sugerir, corrigir, opinar, discutir, mostrar o caminho e principalmente incentivar. A estas pessoas maravilhosas, amáveis e carinhosas dedico este trabalho.

Agradeço as pessoas que foram fundamentais, não só para a condução deste trabalho acadêmico, mas para reforçar a importância das amizades sinceras:

O estímulo profissional da professora Dra. Adriana da Costa Ricardo Schier.

A orientação informal e fundamental dos professores Dr. Eduardo Biacchi Gomes e Dr. Marcos Augusto Maliska.

As conversas com os amigos Silmara Vaz Gabriel Osório da Fonseca, Rosa Maria, Alves Pedroso e Paulo Roberto Jensen.

Os servidores da Prefeitura Municipal de Curitiba, especialmente a Denise Vilela sempre receptiva e atenciosa.

Agradeço imensamente a minha orientadora Dra. Adriana da Costa Ricardo Schier, por ter sido não só orientadora deste trabalho acadêmico, mas ter generosamente orientado nos caminhos da vida e insistido sempre na minha melhor realização.

A minha mãe, minhas irmãs pela preocupação constante e o apoio em momentos essenciais.

Agradeço por fim a todos aqueles que, conscientes do dever de cidadania, contribuem para a efetivação dos direitos fundamentais e para o fortalecimento do regime democrático por meio da participação popular.

*Não existe democracia onde reinam
o dinheiro, o clientelismo, o espírito
cortesão, as gangues ou a corrupção.*

Alain Touraine

RESUMO

Este trabalho investiga com base nas teorias democráticas, a participação popular no instrumento de política urbana – a operação urbana consorciada. É baseado nas contribuições teóricas sobre democracia e participação popular e a crítica de autores acerca do papel das democracias no Estado Democrático de Direito. Aos modelos de democracia, acrescenta-se: o modelo deliberativo, influenciado pelo pensamento de Jürgen Habermas e o modelo participativo de Carlos Santiago Nino. Esse trabalho pretende informar sobre a dimensão política e normativa concebida a partir da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Cidade, reconhecendo as características do sistema jurídico constitucional relativo à “ordem urbanística” brasileira, contextualizando-a na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo, da teoria dos princípios constitucionais e da teoria dos direitos fundamentais, na tentativa de qualificar o direito à gestão democrática e participativa da cidade como direito fundamental subjetivo dos cidadãos. Por fim, busca-se avaliar os momentos em que é obrigatória a participação popular na operação urbana consorciada.

Palavras-chave: Direito fundamental à democracia. Participação popular. Operação Urbana Consorciada.

ABSTRACT

This work investigates based on democratic theories, popular participation in urban policy instrument - the joint urban operation. It is based on theoretical contributions on democracy and popular participation and authors critically about the role of democracy in the democratic rule of law. The models of representative democracy, adds up: the deliberative model, influenced by the thinking of Jürgen Habermas and the model of Carlos Santiago Nino. This work also seeks to report on the political and normative dimension designed to the Federal Constitution of 1988 and the Statute of the City, recognizing the characteristics of constitutional legal system on the "urban order" Brazilian, contextualizing it in the perspective of contemporary constitutionalism, the theory of constitutional principles and the theory of fundamental rights in an attempt to qualify the right to democratic and participatory management of the city as a subjective fundamental right of citizens. Finally, it seeks to evaluate the times when it is mandatory popular participation in joint urban operation.

Keywords: Fundamental Right to Democracy. Popular participation. Operation Urban Syndicated.

SUMÁRIO

RESUMO.....	4
ABSTRACT.....	5
INTRODUÇÃO.....	7

Capítulos

1. A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	
1.1 Elementos do Estado democrático de direito na Constituição Federal de 1988	09
1.2 Teorias da Democracia.....	17
1.3 A Participação Popular como Elemento do Estado de Direito.....	25
2. A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL	
2.1 As Normas de Direitos Fundamentais e o sopesamento.....	29
2.2 Aportes da constituição e da lei para conteúdo do direito fundamental à participação popular.....	36
2.3 A participação popular como direito fundamental	41
3. INSTRUMENTOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NO DIREITO URBANO	
3.1 Nova Visão Constitucional do Direito Urbanístico.....	48
3.2 Instrumentos de Participação Popular no Estatuto da Cidade	55
3.3 A Operação Urbana Consorciada e a participação popular.....	62
CONSIDERAÇÕES FINAIS	73
REFRÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	76

INTRODUÇÃO

As diversas formas de organização da sociedade em geral baseiam-se na renúncia de algumas liberdades típicas, sendo que esta renúncia e sua amplitude variam conforme cada modelo de organização social.

Neste quadro de convivência entre o povo e o poder a participação popular ocupa papel central. E, por conta da importância da participação popular em especial na administração pública que se passa a entender este elemento como direito fundamental do cidadão. Em razão de sua fundamentalidade material, especialmente no que tange à sua indispensabilidade para o controle do exercício do poder público, a participação cidadã passa a ser um dos pilares das modernas democracias ocidentais.

É neste contexto que o presente trabalho se desenvolve. Partindo-se da premissa de que a participação popular é um direito fundamental do cidadão e indispensável para a existência do regime democrático. Em razão da delimitação do tema, não se buscou analisar o direito à participação popular em toda sua amplitude, mas em especial no instrumento de política urbana denominado operação urbana consorciada.

Estas questões são importantes e relacionam-se com uma indagação teórica: Como é possível qualificar um modelo ou uma prática de planejamento urbano como democrático e participativo? E como isto se dá em uma realidade específica: a da operação urbana consorciada?

Por conta desta delimitação do tema e dos objetivos a serem alcançados, o trabalho foi estruturado em três capítulos.

Neste contexto, o primeiro capítulo é dedicado a demonstrar as teorias da democracia no Estado Social e Democrático de Direito.

No segundo capítulo procurou-se demonstrar a argumentação de fundamentalidade constitucional é importante para conferir prevalência às diretrizes da política urbana no Estado brasileiro e estabelecer garantias à democracia e à participação. Decorre dessa dimensão uma hipótese teórica básica: a de que existe um princípio fundamental da democracia participativa urbana juridicamente materializado e com pretensão de eficácia administrativa.

No terceiro capítulo busca-se informar e discutir o sistema jurídico constitucional brasileiro relativo à “ordem urbanística”, contextualizando-o na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo, da teoria dos princípios constitucionais e da teoria dos direitos fundamentais, na tentativa de qualificar os direitos à gestão democrática da cidade e à participação popular como direitos fundamentais subjetivos dos cidadãos. E finaliza com a participação popular no instrumento de política urbana denominado operação urbana consorciada. Nesse capítulo, formula-se uma análise crítica contextualizada de algumas das hipóteses do momento em que é obrigatória a participação popular, partindo do referencial teórico da democracia participativa.

Nas considerações finais, por fim, buscou-se trazer uma síntese das constatações feitas no curso do trabalho, além de considerações pessoais que possibilitem um tratamento sistemático da matéria, seja na esfera da pesquisa teórica, seja na esfera prática, tudo com o objetivo de desenvolver o tema e possibilitar que a participação popular na operação urbana consorciada seja constantemente revisitado e desenvolvido.

1. A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1. Elementos do Estado democrático de direito na Constituição Federal de 1988

O panorama de fundo para se pensar a participação popular nas operações urbanas consorciadas demanda a inserção deste instituto em um específico modelo de organização política da contemporaneidade, conhecido, no mundo ocidental, como Estado Democrático de Direito.

O presente corte metodológico visa deixar vinculada uma evolução global didaticamente mais adequada, em detrimento de uma análise específica, pois o tema de fundo não é o Estado e seus modelos jurídicos, e sim a participação popular no Estado Democrático de Direito. Assim, a presente análise não é um fim em si mesmo e tem o intuito de proceder a uma contextualização reputada necessária para a análise dos pontos a serem tratados durante a exposição acerca da participação popular.

Outra explicitação formal a ser feita diz com o fato de que a emergência de um modelo de estado não induz a suplantação absoluta do esquema anterior. No curso da evolução, geralmente não se imperam mudanças radicais, sendo a alteração dos modelos lenta e gradual.

O Estado de direito surge por oposição ao Estado absolutista, em que o soberano se encontrava acima de todos os cidadãos e pressupõe a transferência do poder ao do povo, o qual passa a eleger os seus representantes para o governo. Complementa MIRANDA¹ que “o Estado em que, para a garantia dos direitos dos cidadãos, se estabelece juridicamente a divisão do poder..”

No presente trabalho opta-se por não analisar cada um dos modelos do Estado de Direito em maior profundidade, mas apenas fazer uma breve menção sobre o histórico. Pode-se listar, portanto, o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito.

No contexto do Estado Liberal consoante os ensinamentos SUNDFELD² verifica-se as seguintes características básicas do Estado Liberal: não intervenção

¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 6. ed. Tomo I. Coimbra, p. 86.

² SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4º ed. 7º tiragem. Ed. Malheiros: São Paulo, 2006, p. 37.

do Estado na economia, o que ocasionava a prevalência do indivíduo sobre o coletivo, afirmando BONAVIDES³ que havia o “inteiro alheamento e ausência de iniciativa social”, no mesmo sentido ADRIANA SCHIER⁴ “ no contexto do Estado Liberal, a Administração Pública define-se como uma estrutura voltada para satisfazer os interesses da burguesia”, além da nítida separação entre a Sociedade e o Estado, havia um definido sistema de separação de poderes, além da submissão ao império da legalidade.

No Estado Liberal, embora não tenha implantado valores democráticos⁵, acaba servindo de pano de fundo para a implantação do Estado democrático, estabelecendo com ele uma relação de interdependência, conforme aponta BOBBIO⁶:

O estado liberal é o pressuposto não só histórico, mas jurídico do estado democrático. Estado liberal e estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais. A prova histórica desta interdependência está no fato de que estado liberal e estado democrático, quando caem, caem juntos.

O estado Liberal passa a se mostrar incapaz se solucionar problemas principalmente da burguesia insatisfeita, e que buscava um mínimo de igualdade social e econômica. E, este desenvolvimento do modelo liberal de Estado propiciaram um avanço da participação do povo no poder. Com efeito, a evolução da concepção de governo republicano também alavancou a noção do caráter fundamental do povo no poder⁷.

³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 34.

⁴ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 52.

⁵ O Estado liberal sofre marcante influência da burguesia que, à época, passa a ter poder político e econômico, o que justifica sua característica inicial de dar ênfase às liberdades jurídicas do indivíduo, como a absolutização da propriedade, a restrição ao direito de reunião e, até mesmo, o afastamento dos princípios democráticos, embora os tenha formalmente proclamados (MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005., p. 42-43);

⁶ BOBBIO, Norberto. **O futuro de democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p. 26.

⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4^o ed. 7^o tiragem. Ed. Malheiros: São Paulo, 2006, p. 35.

Neste contexto o Estado liberal, evoluiu para Estado de direito. Ocorreu, com isso, uma mudança do pensamento e da configuração do Estado, que teve como auge a Revolução Francesa. Esta fase é marcada pela evolução de algumas características do modelo anterior: as Constituições escritas reforçam a institucionalização jurídica do poder; a soberania nacional reforça a sua unidade; o povo como conjunto de cidadãos iguais em direitos e deveres a sua imediatividade⁸.

Nesta conjuntura foi sendo construído a partir das críticas ao Estado Liberal, o Estado Social e, no presente trabalho, adotou-se como corte metodológico, os ensinamentos de NOVAIS.

NOVAIS,⁹ entende que o Estado Social é um modelo de Estado que se qualifica a partir de um arquétipo fundado na fórmula do Estado de Direito. Tal modelo se caracteriza pela submissão do Estado à Lei (princípio da legalidade) e pela tripartição de poderes, como seu elemento estrutural. Caracteriza-se, ainda, pela necessária proteção aos direitos fundamentais.

Como se esclareceu acima, toma-se, aqui, o pano de fundo do Estado Social, que, para NOVAIS, além dos elementos acima citados, abarca a “plena assunção desde novo princípio de socialidade e na forma como ele vai impregnar todas as dimensões da sua actividade – e não na mera consagração constitucional de medidas de assistência ou no acentuar da sua intervenção econômica – que o Estado se revela como <<Estado social>>.”¹⁰

Estado Social é, portanto “uma intenção de estadualização da sociedade e recíproca socialização do Estado”, superando, assim, o conceito liberal de separação Estado e da sociedade e Estado e economia.¹¹

Este projecto, orientado para a prossecução de uma justiça social generalizada, desenvolve-se não apenas numa política económica com o sentido referido, mas também na providência estadual das condições de existência vital dos cidadãos, na prestação de bens, serviços e infra-estruturas materiais, sem os quais o exercício dos direitos fundamentais não passa de uma possibilidade teórica e a liberdade de uma ficção¹²

Ainda segundo NOVAIS:

⁸ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 45.

⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 192.

¹⁰ Idem, p. 193.

¹¹ Idem, p. 188-189.

¹² Idem, p. 194.

(...) apesar das variações decorrentes de situações particulares, o Estado deve, na medida comportada pelas circunstâncias objectivas, procurar garantir: os serviços e os sistemas essenciais ao desenvolvimento das relações sociais na complexidade da sociedade actual (desde os tradicionais serviços de transportes e fornecimento de água e eletricidade, à protecção do ambiente, aproveitamento dos tempos livres e fruição dos bens culturais); a segurança e estabilidade das relações de produção face às contingências da vida económica, às flutuações do crescimento e aos antagonismos sociais, sem prejuízo da iniciativa e parcialidade no incremento de políticas económicas e fiscais conducentes à redistribuição da riqueza; um conjunto de prestações sociais tendentes a garantir uma vida digna e protegida, independentemente da capacidade ou viabilidade da integração individual no processo produtivo, dos imponderáveis das condições naturais ou das desigualdades sectoriais ou regionais (desde o salário mínimo e seguros sociais às prestações no domínio da saúde, habitação e educação).¹³

No mesmo sentido MIRANDA, quando afirma que esse novo modelo de Estado é uma segunda versão de Estado de Direito, pois a liberdade individual, interfere na limitação do poder estatal e do povo.¹⁴

No modelo de Estado Social, mantendo-se a tradição do liberalismo, continua a ser valor fundamental o povo e a limitação do poder estatal, enfoque no qual ganha relevo o controle sobre a Administração Pública, no entanto, possui enfoque diferente daquele existente no modelo liberal.¹⁵

O Estado passa a ser assistencialista, mantendo os direitos individuais já conquistados, porém passa a resguardar os direitos sociais, econômicos, culturais, a cumprir com as prestações positivas aos cidadãos.

Assim, SUNDFELD¹⁶ sintetiza afirmando que:

O Estado torna-se um Estado Social, positivamente atuante para ensejar o desenvolvimento (não o mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização da justiça social (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico).

E, ainda ADRIANA SCHIER afirma que o Estado Social por ser democrático há ampliação dos mecanismos de controle do Poder Público, controle este que passa a impor o cumprimento de critérios materiais de justiça.¹⁷

¹³ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 196.

¹⁴ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.53.

¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 214.

¹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4º ed. 7º tiragem. Ed. Malheiros: São Paulo, 2006, p. 47.

Ainda ensina ADRIANA SCHIER¹⁸:

Adotando-se o posicionamento de Jorge Reis NOVAIS, é fundamental notar, todavia, que o Estado Social não se resume a uma modificação do direcionamento das políticas públicas no aspecto econômico. Assim, não se pode afirmar que tal modelo esgota-se através de sua característica intervencionista. Com efeito, para este autor, este tipo de Estado surge com o fim de resgatar a dimensão material do Estado de Direito, através da intervenção do Estado na sociedade, mediante prestações positivas voltadas a assegurar a todos o acesso a um núcleo de direitos fundamentais. Mas, além disso, afirma o autor que o caráter social desta forma de Estado implica na existência de uma atuação da sociedade no âmbito do poder público.

BONAVIDES, esclarece que a noção de Estado Social surge no momento “em que se busca superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social”¹⁹, e o Estado tende a desprender-se do controle burguês de classe, passando a ser o fator de conciliação, o Estado como mitigador de conflitos sociais e pacificador.”²⁰

Refere assim CANOTILHO²¹:

Esta consagração formal do princípio da democracia social, significa, desde logo, que ele não é apenas uma tarefa administrativa do Estado, antes se perfila como um princípio estruturante do próprio Estado. Em segundo lugar, acentua que, embora o princípio não se possa reconduzir a uma concepção abstracto-ideológica (como, de certa forma, sugeriu o texto originário da Constituição, ao consagrar a "decisão socialista"), ele postula a constitucionalização das premissas normativo-constitucionais da "justiça social", abertas a desenvolvimentos vários nos domínios econômico, social e cultural concretos²².

Assim, a democracia social deve ser vista como um princípio estrutural do Estado, onde este, obrigatoriamente, deve tomar decisões que o encaminhe na busca da "justiça social", isto é, a participação efetiva de todos os cidadãos nos diversos níveis de desenvolvimento econômico, social e cultural e não deve, portanto, ser entendida apenas e tão somente como compromisso administrativo do

¹⁷ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 249-250

¹⁸ Idem, p. 67.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2001p. 185.

²⁰ Idem, p. 185.

²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p.86.

²² Idem pág. 86.

Estado que, em função da conveniência de uma determinada conjuntura, pode ser atendida ou não.

Para BASTOS:

(...) o conceito de Estado Democrático não é um conceito formal, técnico, onde se dispõe um conjunto de regras relativas à escolha dos dirigentes políticos. A democracia, pelo contrário, é algo dinâmico, em constante aperfeiçoamento, sendo válido dizer que nunca foi plenamente alcançada. Diferentemente do Estado de Direito - que, no dizer de Otto Mayer, é o direito administrativo bem ordenado - no Estado Democrático importa saber a que normas o Estado e o próprio cidadão estão submetidos. Portanto, no entendimento de Estado Democrático devem ser levados em conta o perseguir certos fins, guiando-se por certos valores, o que não ocorre de forma tão explícita no Estado de Direito, que se resume em submeter-se às leis, sejam elas quais forem²³

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, instaura-se um novo Estado brasileiro, o qual incorpora princípios tanto do Estado de Direito como os princípios do Estado consubstanciando-se no Estado Democrático de Direito.

Segundo SILVA:

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo. E aí se encontra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em estado democrático de direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois, a Constituição aí já o está proclamando e fundando.²⁴

Ao definir pelo Estado Democrático de Direito, o constituinte propôs um modelo de organização política onde se leve em consideração a liberdade, a igualdade, o pluralismo político e a justiça social.

Estampado no artigo primeiro da Carta Magna o Estado Democrático de Direito está assim mencionado:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

²³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 2010, 22.ed. p. 152.

²⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.115.

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição

MORAIS trata deste modelo nos seguintes termos:

A novidade do Estado Democrático de Direito não está em uma revolução das estruturas sociais mas, deve-se perceber que esta nova conjugação incorpora características novas ao modelo tradicional. Ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem-se com este modelo a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do assecuramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade.²⁵

Tem-se, assim, o delineamento do Estado Democrático de Direito, modelo adotado na Constituição de 1988, que traduz a assunção dos elementos estruturais do Estado de Direito (princípio da legalidade e tripartição de poderes), voltado à concretização de direitos fundamentais, que se qualificam, na perspectiva do Estado Social, como um conjunto de direitos que impõe ao poder público a tarefa de assegurar a todos uma vida com dignidade. E este modelo elege, na esteira do pensamento de NOVAIS e de tantos outros, o princípio democrático como instrumento de efetivação de seus desideratos.

Nesta dimensão, o princípio democrático aponta para uma democracia representativa, pluralista, que garante a participação popular no exercício do poder, pelo direito de votar e ser votado²⁶.

Como se percebe, a atual organização da República Federativa do Brasil em um Estado Social e Democrático de Direito reúne alguns fundamentos presentes nos dois regimes de governo, seja no liberal, quando adota a supremacia da

²⁵ MORAES, Jose Luis Bolzan. **Do direito Social aos Interesses Transindividuais**. Florianópolis, mimeo, 1995, p. 100.

²⁶ No Estado Liberal a função se reduzia a garantir à liberdade e à propriedade, os serviços públicos até então existentes não davam conta de inúmeras necessidades coletivas vinculadas diretamente ao respeito à dignidade da pessoa humana. Em uma postura ultra-individualista, assentada em um comportamento egoísta; uma concepção individualista e formal da liberdade onde há o direito, e não o poder de ser livre; e a formação do proletariado em consequência da Revolução Industrial e seus consectários, tais como a urbanização, condições de trabalho, segurança pública, saúde, etc. Neste sentido Lenio Luiz STRECK e José Luis Bolzan de MORAIS descrevem que o Estado Liberal possuía uma atividade reduzida e previsível, que se configurava na manutenção da ordem, da paz e da segurança e na proteção das liberdades civis e econômica. STRECK, Lenio Luiz, p. 56-57; MORAES, Jose Luis Bolzan. **Do direito Social aos Interesses Transindividuais**. Florianópolis, mimeo, 1995, p. 62. A própria essência do constitucionalismo, nessa época, segundo José Joaquim Gomes CANOTILHO, era a segurança da propriedade e de outros direitos liberais. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 99.

Constituição, limitando e regulando o poder Estatal, e assegura o respeito aos direitos individuais dos cidadãos; seja no Social, na medida em que garante princípios e direitos sociais oponíveis ao Estado, exigindo-lhe uma postura positiva e dirigente e quando busca garantir, efetivamente, a participação popular nas decisões políticas, repudiando qualquer forma de governo autoritário.

Segundo MALISKA, o conceito de democracia presente na Carta Magna aponta para um novo momento:

“Trata-se de compreender a democracia não mais apenas segundo o princípio da maioria, mas por meio da conformidade institucional.” Citando Rosanvallón, diz que se vive uma nova era de legitimação democrática, pois a ideia de sistema democrático assentado a dupla legitimação, ou seja, sobre eleições gerais e serviço público, uma ideia que fortaleceu no século XX com o chamado Estado social, hoje dá lugar a outros conceitos como: imparcialidade, reflexividade, pluralidade, solidariedade, proximidade ao cidadão.”²⁷

Embora existam entendimentos de que a Constituição Federal de 1988 possua uma democracia predominantemente representativa,²⁸ há vários institutos que permitem a participação direta do cidadão na formação da vontade normativa do Estado, como será demonstrado nos próximos itens.

Desde já, no entanto, é importante frisar que esta participação é cada vez mais exigida na sociedade atual, pois gera a possibilidade de controle do poder pelo cidadão.

Importante para o presente trabalho, então, é ressaltar que é com o advento do Estado Social de Direito que surgiram os mecanismos que possibilitaram o desenvolvimento do instituto da democracia participativa. Tal Estado passou pela fase que se configurou o modelo de Estado Social. E, em razão das consequências de cada um desses enfoques pelos quais passaram o Estado faz-se necessário a análise das teorias da democracia aplicáveis a este Estado.

²⁷ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição**: abertura, cooperação, integração. Curitiba: Juruá, 2013, p. 67.

²⁸ O principal expoente hoje é BONAVIDES (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 294), mas encontramos também MEZZAROBÀ, que manifestasse sobre a inexistência de “obrigatoriedade de consulta sobre a vontade dos eleitores pelos representantes” (MEZZAROBÀ, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Introdução ao direito partidário brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 62)

1.2. As teorias da democracia.

O desenvolvimento do tema proposto na presente dissertação demanda, como se viu no tópico anterior, um específico modelo de Estado que permita a real e efetiva participação dos cidadãos na gestão pública, de modo a efetivar as promessas da Constituição de 1988. Tratar da participação, nessa seara, pressupõe, nesta medida, a adoção de uma teoria democrática que forneça o suporte teórico necessário e adequado para a compreensão do papel dos cidadãos na tomada das decisões no espaço público.

Partindo da análise da obra de RAWLS, “Uma Teoria da Justiça”, de 1971 deve-se atentar ao fato do debate sobre a justiça e visão esta, alternativa e viável às doutrinas até então vigentes do utilitarismo e intuicionismo²⁹.

Leciona SOUZA NETO, que:

“É bastante conhecida a formulação rawlsiana de um modelo contrafático denominado ‘posição original’ com o qual o autor resgata o contratualismo como discurso de justificação válido, alternativo ao utilitarismo.” (...) “O artifício da posição original tem justamente o objetivo de simular um ambiente ideal de deliberação que permita a justificação de princípios de modo que todos e não só a maioria tenham boas razões para apoiar.”³⁰

A posição original citada por SOUZA NETO os indivíduos encontram-se situação de igualdade desconhecendo suas posições e status na sociedade, daí a expressão utilizada por RAWLS de que estas pessoas estão sob o “véu da ignorância”. É, portanto, uma posição original em que todos se encontram na comunidade política estabelecida pela Constituição e considerada a unidade política soberana. Imagina-se que todos os sujeitos escolhem juntos em um único ato conjunto os princípios que devem atribuir direitos e deveres fundamentais, bem como a divisão dos benefícios sociais³¹

Este véu da ignorância, entendido como situação puramente hipotética³², estabelece que ninguém efetivamente sabe a posição que ocupa, se é pobre, rico,

²⁹ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. XXXVI; XLIII-XLIV; 03.

³⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.99.

³¹ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 14.

³² Ibidem, p. 14.

branco, negro, ou seja, o véu impede o conhecimento , não se sabe o que é, e a partir daí define-se os princípios básicos da justiça – retira-se o véu da ignorância e sabe-se qual é a posição social dentro da sociedade.

E, é neste momento, em que todas as pessoas encontram-se sob o véu da ignorância que os princípios de justiça poderiam ser aplicados às instituições básicas da sociedade³³, garantindo que ninguém seja favorecido ou desfavorecido, tendo em vista a situação ou condição de vida dos indivíduos envolvidos.

Para RAWLS uma democracia certa seria aquela em que todos fossem iguais perante a justiça, tanto em conceitos como direitos e oportunidades.

Já na sua obra *O liberalismo político*³⁴, RAWLS revê alguns dos seus conceitos conforme demonstra SOUZA NETO³⁵ e os princípios de justificação passam a ser considerados válidos não só porque foram construídos de acordo com um procedimento racional de justificação, mas também, e fundamentalmente porque podem contar com a aprovação generalizada das doutrinas abrangentes.

Para RAWLS³⁶ a "democracia moderna" se basearia nas decisões valorativas impostas pela Constituição e basear-se-iam na noção de "razão pública", que abrangeria os princípios substantivos de justiça, que seriam aplicados em um ambiente democrático³⁷.

Afirma SOUZA NETO que no "modelo de RAWLS, a deliberação está restrita, quanto aos resultados, por princípios substantivos deve-se atentar para o fato de que tal restrição não se processa da mesma maneira em relação ao primeiro e ao segundo princípio."³⁸

Em suma, na obra *Uma teoria da Justiça*, RAWLS afirma que há uma dualidade entre a forma como os indivíduos chegam a um consenso, partindo da posição original do véu da ignorância, já em *O liberalismo político* tal dualidade não mais persiste uma vez que Rawls estabelece que as concepções doutrinárias acabam por influenciar esta posição original.

³³ Ibidem, p. 14

³⁴ RAWLS, John. **Liberalismo político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Rev. Álvaro de Vita. E. ed. São Paulo: Ática, 2000.

³⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.111.

³⁶ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

³⁷ SOUZA NETO, Claudio Pereira. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.70.

³⁸ Idem. P.126.

Tal teoria fundamenta-se na possibilidade de que os princípios são considerados válidos, e não porque foram construídos de acordo com um procedimento racional de justificação, mas também porque podem contar que convivem com as sociedades democráticas da atualidade. Ainda verifica-se a presença nesta teoria da ideia de razão pública, que foi incorporada as demais.

De forma diversa, a construção teórica do conceito de democracia deliberativa de HABERMAS está preocupada com o modo que os cidadãos fundamentam racionalmente as regras do jogo democrático³⁹.

Para RAWLS o modelo de democracia deliberativa é substantivo, aplicando-se princípios previamente justificados, HABERMAS, ao contrário, elabora um modelo estritamente procedimental de democracia deliberativa⁴⁰, sustentando que a deliberação deve estar aberta quanto aos seus resultados e a justificação dos princípios se dá ao longo do processo deliberativo. Daí a ideia de que as maiorias estão impedidas de tomar decisões que impeçam a realização das condições procedimentais da própria democracia⁴¹.

Na compreensão de HABERMAS os direitos e os fundamentos de uma sociedade política se dão a partir da comunicação, a chamada racionalidade comunicativa, então, é no debate entre os cidadãos livres e iguais que nós estabelecemos os consensos da sociedade e quase “tudo” estaria sujeito a deliberação. Sendo que HABERMAS entende que mais coisas estariam sujeitas a debate do que aquilo estabelecido por RAWLS. Há, portanto, em HABERMAS um espaço mais aberto à deliberação do que RAWLS, já que a proposta de Habermas se funda na força justificadora do procedimento e não no conteúdo da razão pública proposto por RAWLS⁴²

HABERMAS elabora o conceito de democracia, construindo-o a partir de uma dimensão procedimental⁴³, calcada no discurso e na deliberação. E a legitimidade democrática só irá existir se o processo de tomada de decisões políticas

³⁹ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002. p. 65-66.

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. V. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2011. p. 170– 189.

⁴¹ SOUZA NETO, Claudio Pereira. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P.127/128.

⁴² Idem P.129.

⁴³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. V. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2011. p. 127 – 128.

ocorrer a partir de uma ampla discussão pública, em que os participantes possam racionalmente debater a respeito dos diversos argumentos apresentados, para somente então decidir. Assim, o caráter deliberativo corresponde a um processo coletivo de ponderação e análise, permeado pelo discurso, que antecede a decisão.

Afirma SOUZA NETO que “na deliberação, os diversos participantes podem expor os seus pontos de vista e criticar os argumentos oferecidos pelos demais. Para que um contexto propício a esta troca de argumentos e contra-argumentos possa se instaurar, o estado de direito é fundamental.”⁴⁴. E, esta disposição de respeitar e escutar os outros se manifesta como fundamento sólido da democracia.

HABERMAS sempre esteve vinculado a uma tentativa de reintroduzir uma forma de debate argumentativo, em sua primeira obra *A Transformação Estrutural da Esfera Pública*⁴⁵, ele demonstra uma preocupação com a formação de uma esfera para a argumentação.

BARBOZA menciona que:

Habermas parte da constatação do pluralismo presente nas sociedades contemporâneas, e da dificuldade em se obter um consenso com toda essa diversidade de culturas e concepções “processo comunicativo” por meio de regras de procedimento, ou seja, pela racionalidade presente na deliberação pública, os cidadãos, mesmo que não vejam seus interesses ali representados, aceitam racionalmente o direito deliberado de forma racional e pública⁴⁶.

Existe para HABERMAS, portanto, uma dimensão argumentativa no interior da relação Estado e sociedade que está além do processo de formação da vontade geral, e este diálogo acaba por formar os processos democráticos independentemente de pré-determinações políticas ou institucionais, mas na dependência da vontade racional dos cidadãos.

O Estado passa então a ser mais um dos agentes do processo, em muitos casos, agente privilegiado, o que não significa necessariamente diminuir a importância da atuação estatal, mas o fato de que não somente o Estado pode

⁴⁴ SOUZA NETO, Claudio Pereira. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**: Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P.129.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

⁴⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.35.

deliberar sobre o público devendo a sociedade civil deliberar sobre tudo em especial nas ações que repercutem no coletivo.

Segundo AUDARD, “HABERMAS vai muito mais longe do que a maior parte dos teóricos da democracia deliberativa que, por outro lado, ele influenciou muito. Ele procura substituir uma concepção da democracia e da natureza do Estado profundamente tributária da filosofia do sujeito por um modelo que apresenta como procedimental e não substancial.”⁴⁷

Confirmando tal entendimento STRECK :

Este parece ser um dos problemas fundamentais da tese procedimentalista: subestimar a questão da diferença ontológica, com todas as consequências que isso venha a ter, conforme é possível perceber no decorrer destas reflexões. É evidente que o procedimentalismo entendido como superação dos modelos realizados, assume proporções fundamentais nas democracias onde os principais problemas de exclusão social e dos direitos fundamentais foram resolvidos. Parte, implicitamente, do pressuposto de que a etapa do Welfare State foi realizada e, com isso, pressupõe sociedades com auto grau de emancipação social e autonomia dos indivíduos. Em Habermas fica claro que uma comunicação sem constrangimento nem distorção pressupõe uma sociedade definitivamente emancipada.⁴⁸

O modelo racional de discurso público de HABERMAS conduz a teorizar, excessivamente, acerca de uma esfera pública pluralista que obscurece divisões e posições políticas irreconciliáveis, o que restaria clara sua dependência ao modelo cultural elitista e ao poder de manipulação de seus controladores.

Tal teoria habermesiana acaba por ser superada porque ela é constituída de foros, arenas, palcos que dão consistência à formação discursiva de opiniões, porém estas opiniões via de regra não são cooperativas.

Dentre as críticas à teoria habermasiana estão os trabalhos de FRASER⁴⁹ e de outros autores ligados aos movimentos civis americanos. A autora reporta-se à existência de impedimentos informais, que podem persistir mesmo após as pessoas terem recebido o direito de participação. As conclusões da autora

⁴⁷ AUDARD, Catherine. **Cidadania e democracia deliberativa**. Trad Walter Valdevino. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p.71.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 172-173.

⁴⁹ FRASER, Nancy. Rethinking the Public Sphere: a Contribution to the Critique Actually Existing Democracy. In: CALHOUN, C. (Org.). Habermas and the Public Sphere. Cambridge: Mit Press, 1996, p. 119.

apontam para um problema geral das instâncias deliberativas: os impedimentos informais relacionados a discriminações sociais que geram a exclusão do processos.

E, para a efetiva compreensão do tema participação popular, como se pretende hoje, como uma efetiva e cooperativa participação, onde o cidadão possa influir na decisão do ato Administrativo e não seja mero expectador das decisões da Administração, verifica-se que, tais modelos são insuficientes para a compreensão da teoria democrática no Brasil e, de maneira geral, na América Latina. Por isso, importante visitar o pensamento de Carlo Santiago Nino.

O modelo de NINO surge também com adequação às teorias do individualismo epistemológico de RAWLS e da construção elaborada do modelo HABERMAS.

Para NINO as concepções de democracia deliberativa sustentam que os direitos que assistem aos cidadãos devem estabelecer mediante um intercâmbio regrado de argumentos ente indivíduos livres e iguais, por outro lado o processo deliberativo requer o prévio reconhecimento de certas condições para poder desenvolver-se.

Partindo então da obra *La Constitucion de la democracia*, afirma GODOY que a obra citada “resgata-se a perspectiva moral, incluindo-a não somente na esfera jurídica, mas também utilizando-a como fundamento da própria democracia”.⁵⁰

COHEN⁵¹ um dos mais autoritários expoentes do modelo deliberativo estabelece conexões entre o modelo substantivo e o procedimental, dando assim a possibilidade de um terceiro modelo que irá harmonizar os dois modelos correlacionados.

NINO diz que deveriam aproximar-se do debate público aqueles direitos básicos que protegem os interesses vitais dos seres humanos, já a democracia poderia dar lugar a formação de uma maioria tirânica que avassalaria as minorias⁵².

Considerada, portanto como uma posição intermediária, a teoria de NINO busca, como mencionado nas suas teorias acima, a verdade moral seja através das

⁵⁰ GODOY, Miguel Gualano de. **Justiça, Democracia e Direitos Fundamentais**: o liberalismo igualitário de John Rawls, o procedimentalismo de Jürgen Habermas e a proposta de Carlos Santiago Nino. <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3466.pdf>, acesso em 12/10/2014.

⁵¹ COHEN, Joshua. **Procedimento e Substância na Democracia Deliberativa**. In: WERLE, Denilson Luis; MELO Rúrion Soares (Orgs.). *Democracia Deliberativa*. São Paulo: Esfera Pública, 2007, p. 95-119.

⁵² NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 391.

práticas individuais (I); seja através das praticas coletivas (II), utilizando sempre da imparcialidade como requisito essencial para a busca da verdade.

NINO diferentemente de HABERMAS não pretende alcançar o consenso como solução⁵³, nem mesmo quando presentes as condições ideais para o debate,⁵⁴ ele acredita que a democracia deliberativa é o método mais confiável para se alcançar um resultado mais justo, conferindo-se assim legitimidade à decisão majoritária. Passa-se então, da democracia em que se exigia a unanimidade para uma decisão majoritária.

NINO ainda esclarece que para se obter a decisão majoritária deve-se observar as decisões moralmente corretas, “Este enfoque implica que la democracia tiene valor epistemológico. Es un buen método para alcanzar el conocimiento moral puesto que incluye como componentes esenciales, tanto la discusión como la conformidad mayoritaria, y de este modo nos lleva más cerca de la verdad moral.”⁵⁵

Ou seja, o pressuposto de imparcialidade será satisfeito porque se reconhece o pluralismo como elemento primordial da proposta de Nino. É dizer, que se aceita a ideia de que “existem diferentes e incompatíveis filosofias de vida para as quais são atraídas as pessoas em condições favoráveis para o exercício da razão pratica.”⁵⁶

NINO se preocupa também quanto à defesa das minorias, e, segundo GODOY:

“busca e proteção de determinados valores morais, transformados em norma, e impassíveis de questionamento. É justamente nesse ponto que Nino acentua a tensão entre constitucionalismo e democracia. A democracia deve ser adotada como procedimento e experimentação numa ação comunicativa e argumentativa a fim de serem tomadas as decisões moralmente mais corretas. No entanto, não podem usurpar determinadas conquistas, direitos, garantias, estabelecidas pela Constituição. O que

⁵³ Ibidem, p. 202. “A diferencia de Habermas, no concibo al consenso, ni siquiera cuando es alcanzado bajo condiciones ideales, como constitutivo de soluciones justas. Tampoco creo que la empresa colectiva de la discusión sea la única forma de conocer esas decisiones justas. Mi posición solo intenta sostener que la democracia deliberativa es el método más confiable para lograrlo.”

⁵⁴ Ibidem, p. 202

⁵⁵ Ibidem, p. 397

⁵⁶ Cohen explica que entende por filosofia de vida: “cuando hablo de filosofía de vida – lo que Rawls já llamado uma doutrina abarcativa – quiero decir uma perspectiva total, abarcadora (religiosa o laica, liberal o tradicionalista que incluya um catalogo de valores éticos y – esto es lo decisivo – proporcione uma guia general a la conducta, tanto la individual como la colectiva.” COHEN, Joshua. **Procedimento e Substância na Democracia Deliberativa**. In: WERLE, Denilson Luis; MELO Rúrion Soares (Orgs.). Democracia Deliberativa. São Paulo: Esfera Pública, 2007, p. 238.

diferencia Nino dos demais teóricos é que não pretende ele uma teoria que ignore ou supere esta tensão.”⁵⁷

NINO mostra, portanto, que a deliberação é um fato social altamente reconhecido para fomentar a cooperação e resolver os conflitos. E, isto precisamente é o que faz a deliberação um caminho idôneo para aplicar o discurso moral, ou seja, é a “aceitação das condições ideais de racionalidade e imparcialidade de principio que conduza a satisfação de certos requisitos como a universalidade, a supremacia, etc”.⁵⁸

GODOY afirma que :

“(…)busca-se preservar a operatividade e efetividade da democracia na defesa e atuação em prol da sociedade e dos próprios direitos dos cidadãos. Se o alcance dos direitos em um determinado momento passa a ser restringido, muitos problemas sociais deixam de ser resolvidos pelo Direito, mas poderiam/podem/devem ser resolvidos pelo processo democrático na medida em que o povo, os que são afetados por essa restrição, tomam parte no processo político, no debate, no processo de decisão. Daí a defesa intransigente de Nino por uma democracia deliberativa que inclua os cidadãos no processo de tomada de decisões.”⁵⁹

Já KOH e SLYE mencionam que :

*En La constitución de la democracia deliberativa, su obra póstuma, Nino (...) afirmaba que la democracia era una concepción normativa, es decir, no sólo un fin en sí mismo, sino también un instrumento para la creación de una sociedad más justa. Nino intento desarrollar una teoría epistémica de la democracia deliberativa, según la cual os procesos mayoritarios de toma de decisiones, cuando son precedidos por un proceso deliberativo, constituyen un método más efectivo de la reflexión individual para la determinación del bien moral.*⁶⁰

Passa-se a entender o estado de direito como condição de possibilidade da democracia⁶¹, mas não assume apenas o papel de limite à democracia, como também elemento essencial para a constituição da própria democracia. Desta forma, foge-se de um modelo exclusivamente procedimental.

⁵⁷ GODOY, Miguel Gualano de. **Justiça, Democracia e Direitos Fundamentais**: o liberalismo igualitário de John Rawls, o procedimentalismo de Jürgen Habermas e a proposta de Carlos Santiago Nino. <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3466.pdf>, acesso em 12/10/2014.

⁵⁸ NINO, Carlos Santiago. **El constructivismo ético**. Madri: CEPC, 1989, p. 69.

⁵⁹ GODOY, Miguel Gualano de. **Justiça, Democracia e Direitos Fundamentais**: o liberalismo igualitário de John Rawls, o procedimentalismo de Jürgen Habermas e a proposta de Carlos Santiago Nino. <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3466.pdf>, acesso em 12/10/2014.

⁶⁰ KOH, Harold Honju e SLYE, Ronald C. **Democracia deliberativa y derechos humanos**. 1 ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004, p. 17-18.

⁶¹ SOUZA NETO, Claudio Pereira. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 57.

E desta forma, passa-se a entender o modelo como deliberativo cooperativo, adotando-se o pensamento de NINO, de uma concepção dialógica de democracia, onde política e moral não se separam, mas sim determinam o valor da própria democracia, sendo este valor fundamental para compreender a participação popular da forma como prevista hoje no Estatuto da Cidade.

1.3. Participação popular como elemento do Estado de Direito

A busca por uma participação popular em especial a participação administrativa é uma busca por uma maior concretização do princípio democrático. Portanto, verifica-se que recorrentemente se usa como fundamento como ponto de partida para a participação popular o aspecto democrático de um dado Estado.

Aborda-se aqui, especificamente a possibilidade de se entender participação popular na administração como parte dos direitos fundamentais inerentes à democracia deliberativa, do modelo niniano.

Neste diapasão faz-se necessário ter uma melhor compreensão do sentido da participação popular, sendo que aqui se tomará por base o princípio do Estado de Direito e o princípio Democrático, que permite a influência dos cidadãos na tomada de decisões junto ao Poder Público.

Assim, participação “é uma forma ativa de integração de um indivíduo a um grupo”⁶² ou, simplesmente, “participação é um instrumento”⁶³.

A participação popular está presente em diversos dispositivos da Carta Magna, nas relações entre cidadão e Estado, tais como: o planejamento participativo no âmbito municipal, (Art. 29, XII); a gestão democrática do ensino público (Art. 206, VI); na gestão administrativa da seguridade social com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados (Art. 114, VI), e, no que tange ao fenômeno da participação na atuação administrativa, há algumas acepções oferecidas pela doutrina que o abordam.

Aduz DI PIETRO⁶⁴ que a participação popular na Administração constitui elemento essencial do Estado de Direito Democrático:

⁶² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito de Participação Política**: Legislativa, Administrativa, Judicial – fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 18.

⁶³ LUCAS, Randolph. **Democracia e participação**. Brasília: UnB, 1985, p. 115.

A participação popular na gestão e no controle da Administração Pública constitui o dado essencial que distingue o Estado de Direito Democrático do Estado de Direito Social. Corresponde às aspirações do indivíduo de participar, quer pela via administrativa, quer pela via judicial, na defesa da imensa gama de interesses públicos que o Estado, sozinho, não pode proteger⁶⁵

Esta viabilidade de os cidadãos interferirem no conteúdo das decisões administrativas reflete-se em outras definições do fenômeno participativo, como a oferecida por OLIVEIRA⁶⁶, de que “ é possível definir a participação administrativa, como a possibilidade da intervenção individual ou coletiva dos cidadãos na gestão dos órgãos e entidades que integram a Administração Pública, com reflexos no conteúdo das decisões deles emanadas”⁶⁷

Quanto às bases dogmáticas que fundamentam o ordenamento brasileiro a participação popular na atividade administrativa observa PEREZ: “os institutos de participação popular acabam por se integrar num contexto constitucional normativo, que admite tanto formas representativas de participação como as formas diretas⁶⁸.”

Como esclarece OLIVEIRA, “não é possível deixar de notar que o texto constitucional, em diversos momentos pautou o caminho para uma maior participação dos cidadãos na esfera administrativa. Em face disso, teve início no Brasil a real democracia administrativa, a ser implementada por intermédio da participação popular na administração pública (...)”⁶⁹

Como o poder emana do povo, o controle social passa a ser não apenas representativo, mas participativo/deliberativo, seja cumprindo um caráter fiscalizatório seja coercitivo, uma vez que, este controle cada vez mais passa a nascer de fora para dentro do Estado.

Uma vez reconhecido pelo Estado este poder, passa o cidadão a ter o direito público subjetivo de cobrar satisfações daqueles que se obrigam a gerir aquilo que é de todos.

⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Participação Popular na Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo - RDA, vol. 191, jan./mar. 1993, p. 26-39.

⁶⁵ Idem, p. 38.

⁶⁶ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Administração pública democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 167-194.

⁶⁷ Idem, p.78.

⁶⁸ PEREZ, Marcos Augusto. **A administração Pública Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 91.

⁶⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro**. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*: Curitiba. Imprensa Oficial do Estado, ano 11, n.6, dez, 1997, p. 113-114

O controle social do poder, como adverte BRITO⁷⁰ não se confunde com a participação popular na formação da vontade estatal, direito também inerente ao regime democrático, mas que tem feição nitidamente normativa, posto que faz do cidadão sujeito que interfere diretamente na criação normativa do Estado, caracterizando-se como exercício de poder político e não de direito público subjetivo de exigir um comportamento do Estado.

A representação nos moldes, aqui defendidos, representa o ideal de democracia. A democracia representativa e cooperativa precisa ser ampliada, já que, nas sociedades contemporâneas, a democracia direta tornou-se impraticável. Precisa-se ampliar ainda mais os espaços democráticos. A democracia exige invariavelmente mais democracia, ou seja, tornando efetivos os instrumentos de participação popular existentes (referendo, plebiscito, iniciativa popular) e, sobretudo com o advento das novas tecnologias (internet), fazendo cada vez mais possível uma real participação na vida política do país.

O princípio assente na Constituição Federal de que o “poder emana do povo”, inspira a democracia, mas não a democracia representativa clássica, ou seja, não se realiza somente na simples escolha de representantes para ocupar as funções públicas. Ela envolve a ideia de participação popular.

Destarte, a participação popular exige uma realização mais efetiva da soberania popular, e essa efetividade não se concebe mais apenas com a eleição de representantes, mas deve ser exercida de modo a realizar o exercício direto de funções públicas pelo povo e das decisões democráticas.

Para CLÉVE, “a Administração Pública, ela mesma, deve se reformular. Há que se entender que ela não é neutra. Não se confunde com o simples aparato executor das políticas prescritas pelos representantes populares. A Administração assume uma autonomia relativa, daí que não pode ficar exterior à áreas de influência da participação popular”⁷¹

Segundo TÁCITO:

“o Direito Administrativo contemporâneo tende ao abandono da vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à formação da conduta administrativa. O Direito Administrativo de mão única caminha para modelos de

⁷⁰ BRITO, Carlos Ayres. **Distinção entre Controle Social do Poder e Participação Popular**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro nº 189, p. 114-122, jul./set. 1992, p. 116.

⁷¹ CLEVE, Clémerson Mérlin. **O Cidadão, a Administração Pública e a Nova Constituição**, Revista Informação Legislativa, Brasília nº27 n. 106 abr./jun. 19.

colaboração, acolhidos por modernos textos constitucionais e legais, mediante a perspectiva de iniciativa popular ou de cooperação privada no desempenho das prestações administrativas”⁷².

Muito embora a soberania popular, mencionada tanto no parágrafo único do artigo 1º quanto no artigo 14 da Constituição de 1988, seja entendida tradicionalmente⁷³ como atinente a participações pontuais na condução do país no processo eleitoral, ou por meio de instrumentos como o plebiscito hoje é possível pensar no exercício de direitos políticos em uma acepção mais ampla.

Em relação à questão da participação popular, percebe-se a dificuldade das burocracias estatais em reconhecerem as legitimidades das populações em participar do governo.

Recentemente foi assinado no dia 23/05/2014 pela presidente Dilma Rousseff, o Decreto nº 8.243 que institui o Plano Nacional de Participação Social – PNPS, que o governo chama de uma nova política de participação social, assim como um maior diálogo entre sociedade civil e governo.

Este Decreto foi sustado pela Câmara dos Deputados sob a alegação de inconstitucionalidade, sendo um dos opositores ao Decreto o jurista Ives Gandra⁷⁴, que assim se posicionou: “ O decreto nº 8.243, assinado pela presidente Dilma Rousseff no último dia 23 de maio de 2014, é um decreto ditatorial e que está bem na linha de um governo bolivariano.”

E, é através destas experiências práticas de discussão, das decisões coletivas é que verifica um processo democrático-deliberativo e, por vezes, um processo democrático direto, sem representação ou intermediações. Mas é evidente que essas experiências possuem várias falhas que ainda precisam ser corrigidas, contudo, é pelo estabelecimento reiterado das práticas democráticas que se deve lutar.

Desta premissa surge a necessidade de se instituir ou compreender como se obtém a vontade comum, ou seja, não se existir o processo de deliberação, mas é

⁷² TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo Participativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 209: 1-6, jul/set. 1997.

⁷³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, 35ªed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 116; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 344-346; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 779 – 845.

⁷⁴ <http://www.folhapolitica.org/2014/06/jurista-ives-gandra-alerta-decreto-8243.html>, acesso em 01/05/2016.

necessário mostrar como a deliberação popular poderia gerar efeitos sobre a esfera dos decisões políticas.

Aplicar as formas de democracia deliberativa e cooperativa na implementação dos direitos, e principalmente dos direitos fundamentais é uma das formas de se garantir e de se gerar uma melhor qualidade de vida para toda a população, sem distinção. Mas essa tarefa só pode ser realizada se houver, por parte de todos os envolvidos no processo, uma profunda compreensão da deliberação pública, pois ela opera como um ideal para a legitimidade democrática. Vale dizer, a democracia só se justifica na medida em que permite a construção de um espaço público de deliberação e cooperação. E será justamente neste espaço, nesta esfera pública que os cidadãos poderão então decidir qual o melhor rumo para suas vidas.

Neste tópico, pretendeu-se apenas demonstrar como o direito à participação popular se consagra como um elemento capaz de consagrar a fórmula do Estado Social e Democrático de Direito, nos moldes plasmados na Carta de 1988. Já no próximo Capítulo, será tratado especificamente deste direito fundamental, traçando-se os seus contornos, seus limites e possibilidades e concretização de um modelo de gestão consorciada para as cidades.

2. A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

2.1 As Normas de Direitos Fundamentais e o sopesamento

Contextualizou-se, no capítulo anterior, a evolução do Estado abrangendo as teorias da democracia. Neste capítulo, passa-se ao exame específico do direito fundamental à participação popular e para tal, requer sejam tecidas algumas considerações preliminares sobre sistema normativo pátrio em especial quanto aos direitos fundamentais.

Essencial para essa análise é trazer um conceito ao menos geral de direito fundamental, de modo a esclarecer porque determinado direito é alçado a essa condição, e posteriormente quanto à possibilidade de restrição de tais direitos.

E, como já informado, adotou-se aqui, o Estado Social e Democrático de Direito, o Estado que está obrigado a promover o acesso igualitário dos particulares aos bens protegidos pelos direitos fundamentais.⁷⁵ Ainda, busca-se atribuir uma dimensão material aos direitos fundamentais.

O conceito formal de direitos fundamentais funda-se na sua presença expressa na Constituição. Já o conceito material amplia o rol dos direitos fundamentais para além do texto normativo, sendo a “concepção de Constituição dominante, da ideia de Direito, do sentimento jurídico coletivo”⁷⁶

MIRANDA⁷⁷ menciona que segundo a aceção material, os direitos fundamentais são “[...] direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade.”

Para SARLET⁷⁸:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera da disponibilidade dos poderes constituídos

⁷⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático**. Coimbra Editora, Coimbra, 2012, cap.2, p. 63.

⁷⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p-8-10.

⁷⁷ Idem, p. 7.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.89.

(fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material [...].

Ainda segundo SARLET⁷⁹ é íntima a relação da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais. A dignidade passa a ser o sentido próprio do Estado, garantindo o acesso aos direitos principalmente, por parte de grupos de pessoas marginalizadas que não conseguem, sequer, materializar o status de cidadãos.⁸⁰

O Estado brasileiro, conduzido então, por regras e princípios deve prever uma Administração Pública, não apenas abstencionista, mas uma Administração que deve atuar como interventora e promotora do acesso aos direitos, definidos como fundamentais.

Merece neste viés, ser analisada a natureza principiológica dos direitos fundamentais a partir da distinção entre princípios e regras.

ALEXY mencionando a estrutura dos direitos fundamentais esclarece que o mais importante é a distinção entre regras e princípios:

Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.⁸¹

Considerando-se que princípios e regras se identificam como normas⁸² jurídicas, vários são os critérios utilizados pela doutrina para diferenciá-los⁸³, sendo

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.89.

⁸⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. In: Revista Interesse Público, n. 04. Porto Alegre: Nota Dez, 1999. p.23-48.

⁸¹ ALEXY, Robert. Tradução Virgílio Afonso da Silva. **Teoria do direitos fundamentais**. Malheiros Editores Ltda. – São Paulo. 5ª ed. Alemã, 2006. p. 85.

⁸² Para enfatizar que norma, na verdade, é o produto da interpretação de enunciados linguísticos a luz do caso concreto, (SHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem no momento do neoconstitucionalismo. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 09/04/2016, p. 7) afirma que “apenas impropriamente se pode dizer que regras e princípios são espécies de normas. Afinal, regras e princípios manifestam através de normas, mas com elas não se confundem.” “Ao buscar regular as condutas, a linguagem do direito transmuta-se em enunciados escritos. Estes enunciados é que podem manifestar-se, após a interpretação diante dos casos concretos, com conteúdo de regra ou de princípio...”

⁸³ ALEXY Robert. Tradução Virgílio Afonso da Silva. **Teoria do direitos fundamentais**. Malheiros Editores Ltda. – São Paulo. 5ª ed. Alemã, 2006, p. 89-91 ainda traz mais dois critérios de distinção adotados pela doutrina: a) o da generalidade, segundo o qual princípios são normas com elevado grau de generalidade, enquanto as regras têm baixo grau de generalidade; b) a tese de que entre regras e princípios existe apenas uma diferença de grau, também baseada no grau de generalidade.

o critério qualitativo, segundo ALEXY⁸⁴, o mais adequado. De acordo com esse critério, a diferença entre regras e princípios não é apenas de grau, mas sim qualitativa, já que princípios são mandamento de otimização, ou seja, são normas que podem ser satisfeitas em variados graus, obedecendo-se a uma lógica de ponderação, enquanto que as regras são normas que só podem ser satisfeitas ou não satisfeitas, obedecendo-se a um critério de subsunção⁸⁵.

Adotar-se-á no presente trabalho quanto à teoria dos direitos fundamentais aquela formulada por ALEXY⁸⁶.

Para BARCELLOS “as regras são enunciados que estabelecem desde logo os efeitos que pretendem produzir no mundo dos fatos, efeitos determinados e específicos”. Já os princípios “descrevem efeitos relativamente indeterminados, cujo conteúdo, em geral, é promoção de fins ideais, valores ou metas políticas” e aqueles que, apesar de pretendem produzir efeitos associados a metas valorativas ou políticas, perseguem fins que são determinados e que exigem mais do que um raciocínio lógico jurídico para apurar as condutas exigíveis, mas também quês se procedam escolhas entre diferentes condutas possíveis a partir de distintas posições políticas, ideológicas e valorativas⁸⁷.

CANOTILHO⁸⁸, do mesmo sentido, entende o ordenamento jurídico como um sistema aberto de estrutura dialógica é composto por normas de duas espécies, as regras e os princípios, “os princípios são fundamento das regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante”.

ALEXY afirma que “a distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso,

⁸⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Vergílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 89-91.

⁸⁵ Importante ressaltar, como o faz Paulo Ricardo SCHIER (2002, p. 97), que “Sob o ponto de vista da vigência e coercitividade, regras e princípios não diferem. São ambos comandos normativos vinculantes, imperativos, decorrentes da vontade do legislador constituinte. Possuem a mesma dignidade formal: são, em sentido lato, normas constitucionais e, por isso, dotadas da autoridade que lhes conferem a rigidez e a supremacia da Constituição...”. Humberto Ávila (2009, p. 4), por sua vez, esclarece que, com as regras “a descrição daquilo que é permitido, proibido ou obrigatório diminui a arbitrariedade e a incerteza gerando ganhos em previsibilidade e em justiça para a maior parte dos casos”.

⁸⁶ Idem. p. 86.

⁸⁷ BARCELLOS. Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar. 2005, 173-174.

⁸⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1086-1087.

um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.”⁸⁹

ALEXY ainda esclarecendo sobre regras e princípios diz que:

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio de expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípio é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.⁹⁰

A partir dessa distinção entre as regras e os princípios chega-se a uma das teses centrais do livro de ALEXY: os direitos fundamentais têm natureza de princípios e são mandamentos de otimização, o que implica a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Partindo-se da premissa de que os direitos fundamentais, em regra, têm a estrutura de princípios, quando da colisão, deve-se, de acordo com determinado caso concreto, verificar qual princípio tem precedência fundamental sobre o outro.

E, no caso da participação popular, objeto do presente estudo, uma vez entendido como direito fundamental, há que se entender que o mesmo só poderá ser restringido no caso concreto, quando em colisão com outro direito fundamental que mereça precedência, e não por simples vontade, seja do legislador, seja do administrador.

ALEXY afirma que na colisão entre os princípios, um deles deve ceder, sendo que, “isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.”⁹¹

Ainda nas palavras de ALEXY:

Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, “por si só”, de

⁸⁹ ALEXY, Robert. Tradução Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos direitos fundamentais**. Malheiros Editores Ltda. – São Paulo. 5ª ed. Alemã, 2006. p. 85.

⁹⁰ Idem. p. 87.

⁹¹ Idem. P. 93.

prioridade. O “conflito” deve, ao contrario, ser resolvido “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses - que abstratamente estão no mesmo nível - tem maior peso no caso concreto.⁹²

Os princípios “não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*”. E isto se diferem das regras, que “exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidade jurídicas e fáticas, mas se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve.⁹³

Contudo, o caráter *prima facie* das regras é muito diferente dos princípios:

Um principio cede lugar quando, em um determinado caso é conferido um peso maior a um outro principio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao principio contrário ao principio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma pratica estabelecida.⁹⁴

A análise de tais tópicos do regime jurídico atinente aos direitos fundamentais interessa ao presente estudo, a fim de se identificar quando direito fundamental à participação popular pode ser restringido.

Analisando a realidade fática a Administração deve-se ater processos administrativos democráticos, levando em consideração os direitos voltados à proteção da pessoa humana, assegurando a participação popular na promoção das políticas públicas, não podendo utilizar-se do argumento da discricionariedade, pois constitui dever, a satisfação da participação popular.

Ao sopesar o Administrador poderá de alguma forma restringir um direito em detrimento de outro, no entanto, esta restrição deverá ser com base em norma constitucional.

⁹² Idem. P. 95.

⁹³ Idem. P. 104.

⁹⁴ Idem. P. 105.

Nesse sentido MENDES⁹⁵ menciona ainda que, uma vez que os direitos fundamentais têm estatura constitucional, só poderão ser restringidos pela própria norma constitucional, não podendo uma norma infraconstitucional restringir os mencionados direitos, menciona MENDES⁹⁶ que a restrição a direitos fundamentais garantidos sem reserva seria facilitada pela cláusula de reserva legal subsidiária estabelecida no art. 5, II, da Constituição.

Os direitos fundamentais, por serem especialmente protegidos, além de representarem um limite material à reforma da Constituição, detêm uma força maior no sistema normativo pátrio.

Em termos gerais, afirma CARBONEL⁹⁷ que determinados direitos são considerados fundamentais na medida em que constituem instrumento de proteção dos interesses mais importantes das pessoas, já que protegem os bens básicos ou vitais para que ela desenvolva qualquer plano de vida de maneira digna, desconsiderando suas preferências ou gostos meramente pessoais.

Para a definição de quais condutas, fatos ou situações estão protegidas por uma norma de direito fundamental (definição de seu conteúdo), especialmente as possibilidades de restrições/configurações destes direitos, segundo ALEX⁹⁸, dois conceitos são centrais: o conceito de suporte fático dos direitos fundamentais e o conceito de âmbito de proteção destes direitos.

O suporte fático diz respeito ao âmbito de proteção (atos, fatos ou posições jurídicas que garantem um direito fundamental), podendo assumir variadas amplitudes (um suporte amplo ou um suporte restrito), que terão consequências na controlabilidade das restrições/delimitações do direito fundamental, na formulação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e, ainda, na sua eficácia.⁹⁹

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 302

⁹⁶ Idem, p.314.

⁹⁷ CARBONELL, Miguel. **El derecho de acceso a la información como derecho fundamental**. In Democracia transparencia y constitución: problemas para um debate necessário. Coordenador Sérgio López-Ayllón. 2006, p.4. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2251>. Acesso em 03/02/2016.

⁹⁸ ALEX^Y, Robert. Tradução Virgílio Afonso da Silva. **Teoria do direitos fundamentais**. Malheiros Editores Ltda. – São Paulo. 5ª ed. Alemã, 2006, p. 301-302.

⁹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 79.

Uma teoria baseada em um suporte fático amplo parte da identificação do que é protegido *prima facie* por uma norma de direito fundamental, para, depois, através de restrições, ser determinado o que será protegido concretamente.¹⁰⁰

Segundo ALEXY¹⁰¹ “uma teoria ampla do suporte fático é uma teoria que inclui no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental tudo aquilo que milite em favor de sua proteção.

Nessa linha de raciocínio, extrai-se que a participação popular nos instrumentos de política urbana, em especial na operação urbana consorciada parece ter alargado bastante seu conteúdo, ao dispor, no art. 33, VII do Estatuto da Cidade que deverá haver obrigatoriamente a representação da sociedade civil quando da lei da aprovação da operação.

Estabelecidas estas pré-condições teóricas para que se possa determinar o conteúdo do direito fundamental de participação popular, cabe ressaltar que a delimitação específica de seu conteúdo decorrerá da forma como ele, no sistema constitucional, articula-se com os demais direitos fundamentais e valores constitucionalmente protegidos, bem como a forma como o legislador ordinário, à luz do que foi estabelecido na Constituição, editou normas regulamentadoras, o que será visto nos tópicos seguintes.

2.2. Aportes da constituição e da lei para conteúdo do direito fundamental à participação popular

Conforme ficou demonstrado no tópico anterior, os direitos fundamentais são restringíveis, ou seja, pode-se inserir no sistema jurídico uma regra diminuindo o âmbito de proteção do direito. Em outros casos, a norma, apesar de se referir a direitos fundamentais, não os restringe, mas, apenas, atua dando-lhe concretude e operatividade.

O que se pretende, neste tópico, é demonstrar como o legislador e o intérprete têm utilizado estas teorias para restringir ou regulamentar o direito fundamental à participação popular.

¹⁰⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p 109-110.

¹⁰¹ ALEXY, Robert. Tradução Virgílio Afonso da Silva. **Teoria do direitos fundamentais**. Malheiros Editores Ltda. – São Paulo. 5ª ed. Alemã, 2006, p 322.-323.

Como já afirmado os direitos fundamentais tem natureza de princípio, garantem direitos *prima facie* através um suporte fático amplo, e reconhece a dignidade da pessoa humana um papel essencial na pauta material de valores, e, no Brasil com fulcro nesse aporte teórico, a participação é um direito fundamental do povo, concretizador do Estado Social e Democrático de Direito.

No modelo liberal de Estado houve um avanço da participação do povo no poder, existe a superação da mera exigência de formal legalidade, para preocupar-se com a ampliação do direito de sufrágio a toda a população.

COMPARATO¹⁰² menciona que houve evolução na concepção individualista do Estado liberal “em fazer com que o povo se torne parte principal do processo de seus desenvolvimento e promoção: é a ideia de participação”.

DI PIETRO esclarecendo sobre a participação popular no Estado Democrático afirma:

... a participação do particular já não se dá mais nem por delegação do poder público, nem por simples colaboração em uma atividade paralela. Ela se dá mediante a atuação do particular diretamente na gestão e no controle da Administração Pública. É nesse sentido que a participação popular é uma característica essencial do Estado de Direito Democrático, porque ela aproxima mais o particular da Administração, diminuindo ainda mais as barreiras entre o Estado e a sociedade.¹⁰³

Com efeito, a evolução da concepção de governo republicano também alavancou a noção do caráter fundamental do povo no poder.

A participação do povo no poder impulsionou o modelo Social e Democrático de Estado, cuja construção vem inserindo cada vez mais o povo nas questões do Estado. Como afirma SILVA¹⁰⁴, o Estado democrático visa “...realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais”.

Traçada essa linha evolutiva da concepção de Estado e sua íntima correlação com o exercício racional do poder em uma determinada sociedade, de modo a garantir e operacionalizar o exercício de direitos fundamentais do cidadão, pode-se concluir, com MENDES que:

¹⁰² COMPARATO, Fabio Konder. **A nova Cidadania, Direito Público: estudos e pareceres**, Editora Saraiva, São Paulo, 1996, p. 10.

¹⁰³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Participação Popular na Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.191, jan/mar 1993.

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38 ed.São Paulo: Malheiros, 2015, p. 149.

Em que pesem pequenas variações semânticas em torno desse núcleo essencial, entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira. Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos.¹⁰⁵

Como já mencionado no tópico 1.3 do presente estudo, foi a partir do Estado Social e Democrático de Direito, que a titularidade do poder passou a ser, do povo, mas nesse Estado democrático moderno, enfatiza BASTOS¹⁰⁶ além da titularização do poder pelo povo, também ganhou relevo a afirmação de certos valores fundamentais e a conseqüente necessidade de estruturação do Estado para proteger estes valores. A participação popular é uma conquista do homem é “a conjugação das ações de indivíduos e grupos humanos, dirigindo-as a um fim comum”.¹⁰⁷

Partindo, portanto, da premissa do presente trabalho, quanto ao suporte fático amplo, ou seja, de que há a necessidade de se estabelecer cláusulas restritivas a esse suporte, a fim de definir o que é protegido em definitivo, verifica-se a necessidade de se analisar o conceito de participação popular, no âmbito constitucional e ainda, se há possibilidade de restrição legislativa .

No sistema constitucional brasileiro o princípio da democracia participativa integra-se à “política urbana”, configurando-se como princípio unificador da “ordem urbanística”, prevista constitucionalmente.

A formatação normativa da política urbana na Constituição Federal de 1988, tem possibilitado uma série de ganhos políticos, sociais e econômicos com a implementação de políticas urbanas, especialmente no âmbito nacional em importantes enclaves econômicos, a proliferação de instâncias participativas no país, como conselhos e conferências, e os avanços da legislação ordinária

¹⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 149.

¹⁰⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22 ed. rev. e atual. São Paulo Malheiros, 2010, p. 146.

¹⁰⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que é participação política**. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 10.

no sentido de promover a adequação dos princípios constitucionais da função social e ambiental da propriedade.

Neste contexto, a solução proposta a partir da efetividade dos princípios fundamentais, em razão do círculo de destinatários e do seu conteúdo axiológico, funciona como argumento racional estruturado do sistema normativo, o que ainda não garante, na prática, a qualidade da participação.

Os princípios constitucionais democráticos da participação popular e da soberania popular se fundam também nas normas contidas no artigo 1º da Constituição Federal que asseguram cidadania e a dignidade da pessoa humana, como fundamentos do Estado Brasileiro, e ainda, que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (parágrafo único do art. 1º), sendo, portanto da essência do conceito de Estado Democrático de Direito, a participação popular.

Os sistemas democráticos destinados à participação popular em especial na gestão pública e, previstos constitucionalmente não excluem as demais formas de participação previstas em legislações infraconstitucionais. Os meios democráticos de participação têm a finalidade de transmitir e transportar para o campo administrativo as demandas da população em especial aquela envolvida, e que via de regra não são atendidas pelo Poder Público.

Na mesma direção ADRIANA SCHIER:

[...] o direito de participação é um direito fundamental definido em normas constitucionais que decorre diretamente do princípio do Estado de Direito e do princípio Democrático. Portanto, concretiza o Estado Democrático de Direito, princípio estruturante da República Federativa do Brasil, conforme a fórmula prevista no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.¹⁰⁸

MOREIRA NETO¹⁰⁹ define a participação popular como as “modalidades de expressão da vontade individual e coletiva da sociedade aptas a interferir, formal ou informalmente, nos processos de poder do Estado, especificamente em suas expressões legislativa, administrativa e judicial”.

Ao presente estudo o enfoque se dará apenas na expressão administrativa, em especial no instrumento de política urbana – operação urbana consorciada.

¹⁰⁸ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na Administração Pública**: o direito de reclamação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 27.

¹⁰⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da Participação Política**: legislativa, administrativa, judicial. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 62.

O direito de participação na Administração segundo JUSTINO DE OLIVEIRA resultou do “consenso entre Administração pública, cidadãos e sociedade civil – ou ao menos as decisões administrativas previamente negociadas.”¹¹⁰

TÁCITO afirma que “o Direito Administrativo contemporâneo tende ao abandono da vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à formação da conduta administrativa. O Direito Administrativo de mão única caminha para modelos de colaboração, acolhidos por modernos textos constitucionais e legais, mediante a perspectiva de iniciativa popular ou de cooperação privada no desempenho das prestações administrativas”.¹¹¹

ADRIANA SCHIER¹¹² afirma que a participação popular na Administração Pública é “um meio de democratização da esfera do poder público. Tal direito, portanto, determina maior contribuição dos cidadãos na tomada de decisões referente ao Estado.”

Segundo CLÉVE¹¹³, “a Administração Pública, ela mesma, deve se reformular. Há que se entender que ela não é neutra. Não se confunde com o simples aparato executor das políticas prescritas pelos representantes populares. A Administração assume uma autonomia relativa, daí que não pode ficar exterior à áreas de influência da participação popular”.

Para DI PIETRO¹¹⁴ a participação popular na Administração, é “uma característica essencial do Estado de Direito Democrático, porque ela aproxima mais o particular da Administração, diminuindo ainda mais as barreiras entre o Estado e a sociedade”.

A participação popular pode ser entendida, portanto, como um direito fundamental garantido pela Constituição Federal e necessário à concretização do princípio democrático, contribuindo para a realização do Estado Social e Democrático de Direito.

¹¹⁰ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Participação administrativa**. Boletim de Direito Administrativo, 2005.

¹¹¹ TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo Participativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 209: 1-6, jul/set. 1997.

¹¹² SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 74.

¹¹³ CLEVE, Clémerson Mérlin. **O Cidadão, a Administração Pública e a Nova Constituição**. Revista Informação Legislativa, Brasília ^a27 n. 106 abr./jun. 1990.

¹¹⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Participação Popular na Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.191, jan/mar 1993.

Aos meios de participação previstos na Constituição agregam-se todos os demais previstos nas legislações infraconstitucionais, assim, seguindo os ensinamentos de ADRIANA SCHIER “o direito de participação do cidadão no âmbito da Administração Pública torna-se instrumento central porque permite a legitimação das atividades administrativas. Com efeito, a legitimidade dos atos administrativos deixa de ser legal e passa a ser conferida pelo resultado eficiente, obtido principalmente através da participação do cidadão na esfera pública.”¹¹⁵

Em tese, estando o legislador autorizado pela Constituição para legislar em matéria de direitos fundamentais, seja, detalhando uma restrição estabelecida diretamente pela própria Constituição, ou, restringindo direitos fundamentais sem que haja autorização expressa na Constituição para preservar outros direitos fundamentais e valores constitucionais, poderia tratar da matéria de forma ampla, inclusive restringindo o direito, desde que obedeça à alguns requisitos. A não obediência a estes requisitos, por outro lado, tornaria a restrição inconstitucional.

Não se pretende, neste trabalho, analisar uma a uma as causas de restrição, mas, apenas, indicar o caminho a ser percorrido para a correta interpretação destas causas restritivas do conteúdo do direito à participação popular, tendo como suporte a teoria dos direitos fundamentais, especialmente o método de aferição da proporcionalidade.

O que se observa, portanto, é que o desenvolvimento e a introdução do modelo liberal de Estado e, na sequência, o desenvolvimento do Estado Social e Democrático de Direito no qual o foco central era preservar os interesses do povo, trouxeram um cenário em que a participação popular se tornou essencial para a existência da democracia, como método de governo em que o poder pertence ao povo. A questão que se coloca, então, é definir qual é o papel do direito fundamental à participação popular como elemento viabilizador do regime democrático, o que será abordado no próximo tópico.

2.3 A participação popular como direito fundamental

Como desdobramento do que foi visto no tópico anterior, parte-se, da constatação de que não há controvérsia a respeito da fundamentalidade formal do

¹¹⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 251-252.

direito à participação popular, porquanto inscrito expressamente em catálogos de direitos fundamentais previstos diretamente na Constituição, a questão de sua fundamentalidade material merece algumas considerações, porquanto intimamente ligada à concepção de Estado Democrático de Direito.

NOVAIS ¹¹⁶ afirma que a “relação que se estabelece entre o Estado de Direito, democracia e direitos fundamentais é um dos mais complexos do constitucionalismo, sob a ótica do conteúdo jurídico, designadamente quando a efetividade dos direitos fundamentais enquanto normas jurídicas de valor constitucional”.

O autor parte de dois pressupostos: primeiro, considera o Estado de Direito como um Estado vinculado à observância de uma pauta material de valores nos quais a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais possuem um papel essencial; segundo, considera que os direitos fundamentais como garantias jurídico-constitucionais, e que possuem uma supremacia de natureza jurídica, formal, vinculativa dos poderes públicos constituídos.¹¹⁷

Compartilhando da ideia de DWORKIN, afirma NOVAIS que considera os direitos fundamentais como trunfos oponíveis ao Estado, o que remete a uma hipótese de tensão, estrutural e insuperável entre os direitos fundamentais e um Governo democrático, ao menos potencial, entre Estado de Direito e democracia.¹¹⁸

Salienta NOVAIS que a concepção mais comum é a de integração ou assimilação entre os direitos fundamentais e democracia, o que “ é traduzida semanticamente na fórmula de Estado de Direito democrático, ou num conceito de democracia adjetivada, ou em conformidade com a mesma ideia (a democracia substancial, deliberativa e constitucional), que simbolizem a integração consubstancial entre princípio do governo da maioria e garantia dos direitos fundamentais em data organização do poder político”.¹¹⁹

Há, em verdade uma “força de atração recíproca entre os dois pólos, Estado de Direito e democracia”, ou sob o enfoque dos direitos fundamentais, a tese está

¹¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático**. Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 17.

¹¹⁷ Ibidem, p. 17-18.

¹¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático**. Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 18.

¹¹⁹ Idem, p. 19.

fundada na existência de uma “associação indivisível entre a liberdade pessoal (a igual liberdade pessoal própria do Estado de Direito) e a liberdade política (a igual liberdade política própria do regime democrático)”.¹²⁰

A integração resulta ainda, reciprocamente, do fato de também a democracia exigir o Estado de Direito (direitos fundamentais) como condição para a sua existência e desenvolvimento.¹²¹

A posição dominante na teoria política rejeita a redução do regime democrático ao princípio da decisão (voto) pela maioria e, com diferentes matizes, concebem materialmente os direitos fundamentais enquanto condições de existência de uma democracia em que os participantes se empenham coletivamente num processo deliberativo racional e imparcial de prossecução do bem público.¹²² “De facto, os direitos fundamentais carecem da democracia, como consequência imposta pelo reconhecimento do princípio da igual dignidade de todas as pessoas que alicerça o edifício do moderno Estado de Direito.”¹²³

Em contrapartida, “a harmonia entre democracia e Estado de Direito não é um dado: a ideia de conflito, ou pelo menos de tensão entre os dois princípios também está sempre presente e, mais que isso, parece ser insuperável.”¹²⁴

Diz NOVAIS que há uma tensão entre Estado de Direito e democracia, ou em outras palavras. “Em uma sociedade pluralista e aberta, a questão das relações entre Estado de Direito (direitos fundamentais) e democracia”¹²⁵ nunca está encerrada, pois a discussão reaparece a cada nova polémica em que a liberdade individual se confronte com os interesses da maioria. O importante é garantir o aperfeiçoamento, racionalidade, objetividade e adequação dos mecanismos e técnicas de controle de constitucionalidade das restrições e intervenções restritivas que afetam os direitos fundamentais do Estado de Direito.

Entretanto, “o reconhecimento da separação ou da tensão entre os dois princípios, o democrático e o Estado de Direito, pode conduzir a um solução de

¹²⁰ Idem, p. 20.

¹²¹ idem, p. 20-21.

¹²² Idem, p. 19.

¹²³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático**. Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 21.

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ Idem, p. 25.

sentido contrário, ou pelo menos de sentido diverso da solução que aqui ensaiamos e que associamos à metáfora dos direitos como trunfos.”¹²⁶

Para NOVAIS evidenciado o conflito entre princípios do Estado de Direito e princípio democrático à luz da concepção dos direitos fundamentais irá utilizar-se da teoria como trunfos contra a maioria.

A teoria dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria é a teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada a um Estado de Direito que assenta, em primeiro lugar, na exigência material do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e, em segundo lugar, na garantia jurídico-constitucional da vinculação e indisponibilidade dos direitos fundamentais por parte do Governo democrático e das entidades públicas.¹²⁷

O autor traz a informação de que a metáfora dos trunfos tem a sua cunhagem em DWORKIN, apontando que as posições jurídicas individuais assentes no direito moral é igual consideração e respeito, que o Estado deve reconhecer a cada indivíduo.¹²⁸

A metáfora dos direitos como trunfos envolve alguma incerteza quanto ao sentido exato do desenvolvimento que lhe imprimiu DWORKIN, e, para NOVAIS a “metáfora é insusceptível de uma aplicação direta e auto-suficiente em Direito Constitucional.”¹²⁹

Deve-se explorar numa outra direção o desenvolvimento da metáfora dos trunfos, explorando o sentido da indisponibilidade dos direitos fundamentais por parte do Estado.¹³⁰

E isto, se faz presente quanto da aplicação da participação popular, ou seja, não cabe ao Estado alegar discricionariedade do ato administrativo, afastando de plano o direito fundamental à participação.

NOVAIS inda afirma que há:

princípio unificador da ideia de indisponibilidade dos direitos fundamentais, de vinculação jurídica do poder político à observância dos direitos, mesmo quando esse poder é

¹²⁶ Idem, p. 33.

¹²⁷ Idem, p. 36-37.

¹²⁸ Idem, p. 37.

¹²⁹ Idem, p. 39.

¹³⁰ Idem, p. 39-40.

democraticamente legitimado e orientado à prossecução do bem comum. E essa ideia tem como fundamento material o reconhecimento a cada titular de direitos fundamentais de uma dignidade como pessoa que reivindica a delimitação de uma esfera de autonomia e liberdade individuais de que o Poder não deve dispor.¹³¹

Em razões de diversas fundamentações afirma NOVAIS afirma que o Estado deve fundar-se na igual dignidade da pessoa humana, com a conseqüente consagração constitucional desse princípio.¹³²

LOPES¹³³ compartilha do entendimento da dignidade da pessoa humana como valor fundamental:

Os direitos fundamentais, como normas principiológicas legitimadoras do Estado – que traduzem a concepção da dignidade humana de uma sociedade –, devem refletir o sistema de valores ou necessidades humanas que o homem precisa satisfazer para ter uma vida condizente com o que ele é. Com efeito, os direitos fundamentais devem exaurir a idéia de dignidade humana, porém não mais uma idéia de dignidade associada a uma natureza ou essência humana entendida como um conceito unitário e abstrato, mas como um conjunto de necessidades decorrentes da experiência histórica concreta da vida prática e real.

Sobre a conexão entre os direitos fundamentais e o princípio democrático, CANOTILHO afirma que “tais como são um elemento constitutivo do estado de direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático”, já que, concretamente:

os direitos fundamentais têm uma função democrática, dado que o exercício do poder: (1) significa a contribuição de todos os cidadãos [...] para o seu exercício (princípio-direito da igualdade e da participação política); (2) implica participação livre assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por ex., direitos constitutivos do próprio princípio democrático); (3) coenvolve a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, económicos e culturais, constitutivos de uma democracia económica, social e cultural [...]. Realce-se essa dinâmica dialética entre os direitos fundamentais e o princípio democrático. Ao pressupor a participação igual dos cidadãos, o princípio democrático entrelaça-se com os direitos subjetivos de participação e associação, que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia. Por sua vez, os direitos fundamentais, como direitos subjetivos de liberdade, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático, e, como direitos legitimadores de

¹³¹ Idem, p. 44-45.

¹³² Idem, p. 45.

¹³³ Idem p. 39.

um domínio democrático, asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de garantias de organização e de processos com transparência democrática (princípio maioritário, publicidade crítica, direito eleitoral). Por fim, como direitos subjetivos a prestações sociais, econômicas e culturais, os direitos fundamentais constituem dimensões impositivas para o preenchimento intrínseco, através do legislador democrático, desses direitos.¹³⁴

Daí que o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por constituir o fundamento material da concepção dos direitos como trunfos.

SARLET¹³⁵ diz que a dignidade consiste na:

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Verifica-se que da dignidade da pessoa humana resulta a inadmissibilidade de a maioria política, mesmo quando formada democraticamente, impor ao indivíduo concepções ou planos de vida substancialmente diversos dos que ele próprio conscientemente definiu para estruturar a sua vida.¹³⁶

Esta teoria, nos dizeres de NOVAIS é uma exigência de reconhecimento da “força normativa da Constituição, da necessidade de levar a Constituição a sério, os poderes constituídos não podem por em dúvida aquilo que a Constituição reconhece como direito fundamental.”¹³⁷

NOVAIS afirma que:

no sentido jurídico-constitucional, ter-se-ia um direito fundamental segundo a concepção defendida dos direitos como trunfos significa várias coisas. Em primeiro lugar, e no que respeita às relações entre indivíduos e Estado, significa ter uma posição juridicamente garantida, forte contra as decisões da maioria política, ou seja, que há na Constituição

¹³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 290-291.

¹³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

¹³⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático**. Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 33.

¹³⁷ Idem, p. 55.

direitos fundamentais definitivamente estabelecidos e garantidos contra a decisão democrática da maioria, pelo que em circunstancia alguma podem ser legitimamente afetados ou diminuídos. E, em segundo lugar, e no que respeita às relações entre particulares, ter um direito fundamental significa ter uma particular e concretizada posição de autonomia e liberdade que o Estado de Direito está igualmente vinculado a proteger contra ameaças de terceiros.¹³⁸

O que se extrai das informações articuladas até este ponto é que nas modernas democracias se pressupõem que o cidadão, verdadeiro detentor do poder, possa efetivamente participar das decisões sejam elas políticas ou, sejam elas públicas. Isso se justifica porque qualifica substancialmente essa democracia, no sentido que permite ao cidadão, dentro do processo político, estar em condições reais de escolher quem irá compor o aparato destinado a gerir os interesses da coletividade, controlar a regularidade dos atos daqueles que recebem um mandato para esse fim e, por fim, julgar esses mandatários ao final de seus mandatos, contrastando suas promessas, ações e resultados com possíveis novas propostas daqueles que postulam substituí-los, tudo em um ambiente dialético, marcado pela liberdade de expressão e pelo direito de participar, de modo a possibilitar o debate público das questões mais importantes para a coletividade.

O direito fundamental à participação pode com base nos argumentos acima expendidos ser considerado um trunfo, ou seja, embora a maioria política, mesmo que eleita democraticamente não respeite o direito à participação, poderá tal direito opor-se à maioria, aplicando-se em seus termos a teoria de NOVAIS.

Apesar de sua importância para a existência de um autêntico regime democrático, o direito à participação popular vem se tornando um direito fundamental cada vez mais efetivo no âmbito da Administração Pública, e isto se verá no próximo capítulo quanto à participação na operação urbana consorciada.

¹³⁸ Idem, p. 62-63.

3. INSTRUMENTOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NO DIREITO URBANÍSTICO

3.1 Nova Visão Constitucional do Direito Urbanístico

Neste capítulo, pretende-se analisar o inter-relacionamento entre o direito urbanístico, a democracia e a participação popular com vistas a um melhor entendimento da participação popular nos instrumentos de política urbana em especial quanto ao instrumento de política urbana da operação urbana consorciada.

Sobre a importância da Carta Magna para o urbanismo brasileiro, FERNANDES¹³⁹ afirma que ela legitimou o caráter político que envolve as decisões sobre as questões urbanas, sendo o Estado “[...] confirmado como o promotor preferencial do processo de crescimento urbano, também foi reconhecido um novo direito social – o direito ao planejamento urbano”.

A Constituição Federal possui grande número de normas relativas ao direito urbanístico.

Encontra-se muita divergência entre doutrinadores quanto à natureza jurídica do direito urbanístico, sitiando alguns como matéria incluída no direito administrativo¹⁴⁰, como “ramo do Direito Público, que busca discutir, sistematizar e interpretar o conjunto de princípios e regras reguladoras da atividade urbanística.”¹⁴¹

Como ramo da ciência do Direito, o Direito Urbanístico tem nítido caráter multidisciplinar:

A doutrina é unânime na afirmação de que esta nova ciência assume a natureza eminentemente multidisciplinar. De facto, a multiplicidade e a profundidade dos problemas urbanos não podem ser abarcadas por uma única disciplina ou por um só ramo específico¹⁴².

No dizer de SILVA¹⁴³ “direito urbanístico é o conjunto de técnicas, regras e instrumentos jurídicos, sistemáticos e informados por princípio apropriado, que tenha por fim a disciplina do comportamento humano relacionado aos espaços habitáveis”.

¹³⁹ FERNANDES, Edésio. **Direito do urbanismo**: entre a “cidade legal” e a “cidade ilegal”. In: _____. **O direito urbanístico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p 221.

¹⁴⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico**. Ed. Forense. 2. Ed, 1977, p. 58.

¹⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Urbanístico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 38.

¹⁴² CORREIA, Fernando Alves. **Direito Urbanístico**. Coimbra, 2001, p. 39.

¹⁴³ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 21.

MEIRELLES¹⁴⁴ define o direito urbanístico como o “ramo do direito público destinado ao estudo e formulação dos princípios e normas que devem reger os espaços habitáveis, no seu conjunto cidade-campo”.

Para MOREIRA NETO¹⁴⁵ “direito urbanístico” é o conjunto da disciplina jurídica, notadamente de natureza administrativa, incidente sobre os fenômenos do urbanismo, destinada ao estudo das normas que visem a impor valores de convivência na ocupação e utilização dos espaços habitáveis.”

SOUZA¹⁴⁶ prefere a expressão *direito urbano* a *direito urbanístico*. Para o autor a título de analogia dever-se-ia dizer direito agrônômico a direito agrário.

Optou-se por usar no presente trabalho, a expressão “direito urbanístico”, por entender segundo PRESTES¹⁴⁷ que este termo acaba por abranger não apenas o espaço urbano, nas sua dimensão física, econômica, sócio cultural e ambiental.

Um fato que parece não haver discordância entre os doutrinadores é o fato da inter-relação entre o Direito Urbanístico e dois direitos fundamentais:

– o de liberdade e o de propriedade, ambos contemplados no art. 5º, caput, da CF. No que toca ao primeiro, é certo que aquele ramos jurídico rende ensejo a algumas restrições ao direito de ir e vir, e de circular pelas artérias da cidade, notadamente quando o Estado exerce seu poder de polícia. Quanto ao direito de propriedade, há visível interferência do Direito Urbanístico sobre ele, inclusive quando se trata só exercício do direito de construir, das limitações administrativas à propriedade, aso gabaritos, aso recuos etc.¹⁴⁸

A Constituição Federal de 1988 no título da Ordem Econômica e Financeira reservou um capítulo para a política urbana, com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções da cidade:

Art. 182 – A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei têm por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos seus habitantes.¹⁴⁹

¹⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiro, 2002, p. 382.

¹⁴⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito de Participação Política: Legislativa, Administrativa, Judicial – fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

¹⁴⁶ SOUZA, Marcelo Lopes de. **Mudar a cidade uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanos**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 56.

¹⁴⁷ PRESTES, Vanêsa Buzelato. **Direito Urbanístico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 13.

¹⁴⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. São Paulo, 5 ed. ver. ampl e atual. Atlas, 2013, p. 9

¹⁴⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

No caso do Direito Urbanístico, em que pese a existência do capítulo retro mencionado há de se ater também ao já mencionado caráter multidisciplinar, assim, as competências constitucionais no que tange ao Direito Urbanístico estão distribuídas em forma de sistema. “A política urbana, enquanto política espacial, precisa necessariamente coordenar-se com a política econômica do país e com as políticas de transportes, saneamento, energia, agrária etc”.¹⁵⁰

Por força do artigo 24, I da Constituição Federal, cabe à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar de forma concorrente sobre Direito Urbanístico. Cabendo à União legislar sobre normas gerais (art. 24, § 1 da CF) por meio de lei federal de desenvolvimento urbano, que deve conter as diretrizes do desenvolvimento urbano e regional, os objetivos da política urbana nacional. Aos Estados nos termos do § 2º, coube a competência suplementar e aos Municípios afora a competência suplementar coube a competência prevista no art. 30, I da constituição Federal.

Na Carta Magna ainda se verifica a competência estatal quanto ao direito urbanístico no art. 21, IX e XX, que atribui à União a competência para laborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social, além de instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano; artigo 23, III e VI, combinados com artigos 216 e 225, que dispõe sobre a competência comum de proteção do patrimônio histórico, artístico, cultural e natural, e do meio ambiente, além, no art. 30, IV e VIII, que impõe aos Municípios a competência de criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual além de promover o adequado ordenamento territorial.

O parágrafo único do artigo 23 da Constituição prescreve que Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional, relevando a necessidade de integração entre as esferas administrativas para atingir os seus objetivos.

Ainda nesta esteira de competências o artigo 3º do Estatuto da Cidade tem a seguinte redação:

- Art. 3º Compete à União, entre outras atribuições de interesse da política urbana:
- I – legislar sobre normas gerais de direito urbanístico;

¹⁵⁰ PRESTES, Vanêsa Buzelato. **Direito Urbanístico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 17.

II – legislar sobre normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em relação à política urbana, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional;

III - promover, por iniciativa própria e em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais, de saneamento básico, das calçadas, dos passeios públicos, do mobiliário urbano e dos demais espaços de uso público;

V - instituir diretrizes para desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico, transporte e mobilidade urbana, que incluam regras de acessibilidade aos locais de uso público;

V – elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social.¹⁵¹

Analisou-se as regras de competência, na Constituição, porque não é possível analisar cada uma das regras anteriormente mencionadas dissociadas da regra prevista no artigo 182 da Carta Magna.

Da análise das competências acima mencionadas não é possível assegurar que cabe ao Município solucionar isoladamente as questões urbanísticas, mas a interpretação que aqui se faz do art. 182 é no sentido que cabe ao Município o dever da execução das políticas públicas, por meio dos instrumentos de políticas urbanas previstas no Estatuto da Cidade – norma geral – editada pela União.

Para cumprir o papel imposto pela Carta Federal, o município deverá utilizar-se do instrumento básico denominado plano diretor.

Art. 182 [...]

§ 1 – O **Plano Diretor**, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é um instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no **Plano Diretor**.”¹⁵²(grifos apostos)

Pela leitura do “caput” do art. 182 observa-se a necessidade da ordenação do território e como instrumento básico do desenvolvimento urbano, em razão do crescimento desordenado das cidades. Ainda verifica-se os princípios da função social da propriedade urbana, e o da função social da cidade e de garantir o bem estar de seus habitantes, este último diretamente ligado á gestão municipal democrática.

Na lição de SAULE JUNIOR¹⁵³:

¹⁵¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm

¹⁵² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

A constituição de um sistema de gestão democrática da cidade no Município é condição essencial para os objetivos da política urbana serem atingidos, através da aplicação do plano diretor, uma vez que o processo de formulação e execução das políticas públicas, o planejamento municipal e o modelo de gestão das cidade são matérias vinculantes para a execução do plano diretor.

No mesmo sentido DALLARI BUCCI¹⁵⁴:

A plena realização da gestão democrática é, na verdade, a única garantia de que os instrumentos de política urbana introduzidos, regulamentados ou sistematizados pelo Estatuto da Cidade (tais como o direito de preempção, o direito de construir, as operações urbanas consorciadas etc.) não serão meras ferramentas a serviços de concepções tecnocráticas, mas ao contrário, verdadeiros instrumentos de promoção do direito à cidade para todos, sem exclusões.

O artigo 182 ainda estabelece a obrigatoriedade de se elaborar planos diretores para cidades com mais de vinte mil habitantes e, também, para os municípios integrantes das regiões metropolitanas e de aglomerações urbanas, a Resolução 25 do Conselho das Cidades estendeu esta obrigação conforme disposto em seu art.2º, III e suas alíneas.¹⁵⁵

A Resolução 164 de 2014 do Conselho das Cidades¹⁵⁶ afirma ainda que os instrumentos de política urbana previsto no art. 42 do Estatuto da Cidade devem vincular-se aos objetivos previstos no Plano Diretor.

¹⁵³ SAULE JUNIOR, Nelson. **Direito à cidade**: trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 118.

¹⁵⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Gestão Democrática da cidade**. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord). Estatuto da Cidade. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 323-324.

¹⁵⁵ Art. 2º Os Municípios que devem obrigatoriamente elaborar seus planos diretores até outubro de 2006 são aqueles que não possuem plano diretor, ou tendo aprovado seu plano diretor há mais de 10 anos, enquadram-se em pelo menos uma das seguintes condições:

I – tenham mais de 20 mil habitantes;

II - integrem regiões metropolitanas ou aglomerações urbanas.

§1º Considera-se a população total do Município para fins do inciso I, o número definido pelo Censo de 2000 do IBGE.

§ 2º Consideram-se municípios integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas para fins do inciso II, aqueles localizados em regiões metropolitanas e aglomerações urbanas criadas por lei federal anterior à Constituição de 1988 ou as instituídas por lei estadual nos termos do art. 25, § 3º, da CF, bem como aqueles incluídos em Regiões Integradas de Desenvolvimento (RIDES), instituídas por legislação federal.

III - Estão ainda obrigados a elaborar planos diretores, sem prazo definido por lei, os Municípios:

a) onde o Poder Público pretenda utilizar os instrumentos de combate à ociosidade da propriedade urbana, previstos no art. 182, § 4º, da CF;

b) integrantes de áreas de especial interesse turístico;

c) inseridos na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional

¹⁵⁶ Art. 1º O Plano Diretor deve prever, no mínimo:

IV- os instrumentos da política urbana previstos pelo art. 42 do Estatuto da Cidade, vinculando-os aos objetivos e estratégias estabelecidos no Plano Diretor

Deverá constar ainda do plano diretor o zoneamento, normas de regulamentação do uso da propriedade urbana, contendo as zonas, índices urbanísticos relativos a dimensões de lotes, densidade de ocupação admitida em cada zona devendo estar descrito os parâmetros urbanísticos relevantes.

MEIRELLES¹⁵⁷ afirma que “o urbanismo prescreve e impõe normas de desenvolvimento, de funcionalidade, de conforto e de estética, e planifica suas adjacências, racionalizando o uso do solo, ordenando o espaço urbano, coordenando o sistema viário e controlando as construções que vão compor o agregado humano”.

Faz parte ainda do conteúdo mínimo dos planos diretos segundo PRESTES um “sistema permanente de acompanhamento e controle da sua execução”. Afirma ainda que é necessário que seja monitorado o sistema de planejamento da cidade.

O artigo 182 da Carta Magna ainda prevê que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo garantir o bem estar dos habitantes da cidade. E para tanto, cada vez mais se faz necessário que estes habitantes façam parte da cidade, podendo para tanto influir por meio da participação popular nos instrumentos de política urbana.

SILVA¹⁵⁸ defende a discussão sobre um planejamento urbano sustentável, ao afirmar que:

O problema não são os programas de urbanização, mas o fato de se constituírem nas políticas exclusivas ou predominantes em todas as cidades pesquisadas. Todas elas necessitam de oferta massiva de moradias regulares acessíveis em áreas com infraestrutura e serviços, para faixas não atendidas pelo mercado formal. Não apenas para as demandas de rendas médias não pressionem as favelas urbanizadas, como para evitar que o processo de invasões seja realimentado

Todos os cidadãos têm o direito e dever de intervir na realidade de seu município, tornando-se atores do planejamento urbano e exigindo dos poderes públicos uma solução técnica e principalmente resultados, transformando desta forma o espaço urbano em que vivem.

¹⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal brasileiro**. 6. Ed. São Paulo. Malheiros, 1993, p. 378.

¹⁵⁸ SILVA, Helena Menna Barreto. **Programas de urbanização e desenvolvimento do mercado em favelas brasileiras**. Paper preparado para o *Lincoln Institute of Land Policy*, 2000. Disponível em: <http://www.usp.br/fau/deprojeto/labhab/biblioteca/textos/silva_hmb_favelas.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2013.

Analizados os dispositivos Constitucionais sobre o direito urbanístico, fundamental fazer um apanhado sobre um importante instrumento do planejamento urbano – o Estatuto da Cidade. O Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001, tem como objetivo formular diretrizes gerais de administração do ambiente urbano, e regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal frente aos reclames de ordem pública, interesse social, bem estar dos cidadãos e equilíbrio ambiental, estabelecendo normas gerais para a política de desenvolvimento urbano.

Instituto legal de suma importância, o Estatuto da Cidade (Lei nº10.257/2001) que regulamentou a política urbana. Segundo ALFONSIN¹⁵⁹, a intenção com a criação do estatuto foi “virar a página de um tempo de clientelismo, troca de favores e promiscuidade entre a elite das cidades e os gestores urbanos”.

Segundo FERNANDES¹⁶⁰ o Estatuto da Cidade veio para agregar novos conceitos há um processo de excessiva valorização da propriedade privada decorrente dos conceitos contido no então vigente Código Civil de 1916:

Outro fator fundamental na criação e reprodução desse processo excludente de urbanização foi a prevalência de uma ordem jurídica obsoleta e mesmo proibitiva quanto aos direitos de propriedade imobiliária que, ignorando o princípio da função social da propriedade que consta de todas as Constituições Federais desde 1934, seguiu afirmando o paradigma anacrônico do Código Civil de 1916, reforçando assim a tradição histórica de reconhecimento de direitos individuais de propriedade sem uma maior qualificação

Ainda segundo os ensinamentos de FERNANDES ele menciona que o Estatuto da Cidade pode ser assim classificado:

O Estatuto da Cidade tem quatro dimensões principais, quais sejam: uma conceitual, que explicita o princípio constitucional central das funções sociais da propriedade e da cidade e os outros princípios determinantes da política urbana; uma instrumental, que cria uma série de instrumentos para materialização de tais princípios de política urbana; uma institucional, que estabelece mecanismos, processos e recursos para a gestão urbana; e, finalmente, uma dimensão de regularização fundiária dos assentamentos informais consolidados.¹⁶¹

¹⁵⁹ ALFONSIN, Betânia. O significado do Estatuto da Cidade para a Regularização Fundiária no Brasil. In: RIBEIRO, Luiz César de Queiroz e CARDOSO, Adauto Lúcio (Orgs.). **Reforma Urbana e Gestão Democrática: promessas e desafios do Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Fase, 2003, p. 96.

¹⁶⁰ FERNANDES, Edésio. O Estatuto da Cidade e a ordem jurídico-urbanística. http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNPU/Biblioteca/PlanelamentoUrbano/EstatutoCo mentado_Portugues.pdf. p. 57 Acesso em 03/02/2016.

¹⁶¹ Idem, p. 61.

Quanto às funções sociais da cidade e da propriedade, por não ser objeto do presente estudo deixa de analisá-los e passe-se ao ponto seguinte que são os instrumentos de política urbana.

O Estatuto da Cidade trata dos instrumentos da política urbana na Seção I do Capítulo II, no artigo 4º, que assim estabelece: “Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos”. Vê-se, portanto, que trata de norma que admite além dos instrumentos já previstos outros.

Quando trata dos instrumentos em geral, o Estatuto da Cidade dedica grande parte de seu conteúdo aos instrumentos para a promoção da política urbana, em especial na esfera municipal, classificados, de acordo com sua natureza, em tributários, financeiros ou econômicos; jurídicos; administrativos e políticos. Dentre estes instrumentos estão: parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo; desapropriação com pagamento em títulos da dívida; usucapião especial de imóvel urbano, o direito de superfície; o direito de preempção (de preferência); a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso; as operações urbanas consorciadas; a transferência do direito de construir; e o estudo de impacto de vizinhança¹⁶².

Os demais institutos mencionados no Estatuto da Cidade possuem legislação própria e merece realce para o presente trabalho o instituto denominado de operação urbana consorciada, tratado no art.4º.¹⁶³

3.2 Instrumentos de Participação Popular no Estatuto da Cidade

A gestão democrática no Estatuto da Cidade vem especificada no Capítulo IV¹⁶⁴, porém, pode-se afirmar que já vem descrita no artigo 2º, que veicula as diretrizes gerais, em especial os incisos, II, III e XIII:

Art. 2º [...]

¹⁶² http://www.fec.unicamp.br/~labinur/Estatuto_comp.html acesso em 01/05/2016.

¹⁶³ Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

V – institutos jurídicos e políticos

p) operações urbanas consorciadas;

¹⁶⁴ Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;

II – debates, audiências e consultas públicas;

III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;

IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

V – (VETADO)

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;

XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;¹⁶⁵

Assim, tem-se, entre as diretrizes gerais, os princípios da gestão democrática e, especialmente, o princípio da participação popular, como fundamento jurídico deve ser considerado pelo legislador e observado pelo administrador para ocorrer a gestão democrática.¹⁶⁶

Analisando o tema, o Estatuto Comentado do Ministério das Cidades assim esclarece sobre os instrumentos de participação popular:

Um dos elementos fundamentais do Estatuto da Cidade é a promoção da participação da sociedade na gestão urbana. As decisões sobre o futuro das cidades não podem se limitar somente à democracia representativa das câmaras de vereadores, mas devem propiciar que todos aqueles diretamente afetados pelas ações e investimentos públicos sejam envolvidos. Não se trata apenas de consultar a opinião da população sobre as proposições do Poder Público municipal, mas de garantir instâncias efetivamente consultivas e deliberativas, tanto no processo de planejamento urbano, quanto na destinação dos recursos públicos¹⁶⁷.

O Estatuto da Cidade ao tratar dos instrumentos de política urbana menciona novamente a participação popular, como na gestão orçamentária participativa (art. 4º, II, “f”); o plebiscito e o referendo (art. 4º, II, “s”); e os estudos prévios de impacto de vizinhança (EIV) e de impacto ambiental (EIA) (art. 4º, VI); o controle social de dispêndio de recursos (art. 4º, §3º); a participação da população no controle orçamentário, a participação na operação urbana consorciada (art. 33, VII); e no artigo 40 § 4º, I, a elaboração do plano diretor.

Existem inúmeros instrumentos de gestão democrática da cidade, previstos no Estatuto da Cidade e, segundo PRESTES, a:

¹⁶⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm

¹⁶⁶ A concepção de gestão democrática prevista no Estatuto da Cidade é vinculada à atividade da administração determinada pelo planejamento, mas que inclui o próprio planejamento. Assim, o planejamento urbano é entendido como parte do processo de gestão urbana, posição defendida por SOUZA (2003) e SABOYA (2007).

¹⁶⁷ **O Estatuto da Cidade:** comentado. São Paulo: Ministério das Cidades: Aliança das Cidades, 2010. Livro em arquivo.pdf. p. 114. Disponível em www.capacidades.gov.br. Acessado no dia 02/02/2016.

existência de órgão colegiados de política urbana em todos os níveis da Federação, por debates, audiências e consultas públicas, conferências sobre assuntos de interesse urbano, em esfera nacional, estadual e municipal, iniciativa popular de projeto de lei e de planos e programas e projeto de desenvolvimento urbano e pela gestão orçamentária participativa.¹⁶⁸

O artigo 43 do Estatuto da Cidade arrola os instrumentos que deverão ser utilizados para garantir a gestão democrática das cidades.

Os órgãos colegiados de política urbana, no que tange a composição e estrutura são de criação livre por cada município, e, apesar desta discricionariedade, nem sempre são devidamente utilizados.

PETRUCCI¹⁶⁹, afirma que poderiam ser criados os órgãos colegiados com base em um dos dois modelos existentes: os conselhos populares compostos por participação exclusiva da sociedade civil; e aqueles compostos por representantes do Poder Público e da sociedade civil em composição paritária ou tripartite.

Salienta ainda PETRUCCI¹⁷⁰ que o Poder Público pode até ter a liberdade de instituição de tais órgãos, porém, devem ser observados requisitos mínimos, entre eles:

Em primeiro lugar, a prerrogativa de indicar membros de tais órgãos deve ser atribuída ou as entidades civis que nele têm assento, ou à população, no caso de composição tripartite. Não é cabível tal atribuição ao Chefe do Executivo ou a qualquer órgão governamental, pois isso desvirtuaria o caráter colegiado democrático que a legislação objetivou imprimir tais conselhos.

SAULE JUNIOR¹⁷¹ ainda complementa:

O princípio da participação popular tem como elemento para identificar o seu cumprimento, o exercício do direito à igualdade, pois não pode haver exclusão de qualquer segmento da sociedade nos processos de tomada de decisões de interesse da coletividade.

Os debates, as audiências e as consultas públicas estão previstas no artigo 43, II, do Estatuto da Cidade, e, devem ser promovidas pelo Poder Público, para garantir a gestão democrática da cidade, e, nos casos em que a audiência é

¹⁶⁸ PRESTES, Vanêscia Buzelato. **Direito Urbanístico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 128.

¹⁶⁹ PETRUCCI, Jivago. **Gestão Democrática da Cidade** – Delineamento Constitucional e Legal. In: DALLARI, Adilson Abreu, DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord). **Direito urbanístico e ambiental**. 2. ed. ver. Belo horizonte. Fórum, 2011, p.168.

¹⁷⁰ Idem, p.168.

¹⁷¹ SAULE JUNIOR, Nelson. **Direito à cidade**: trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 271.

obrigatória, para impedir que o ato administrativo praticado seja considerado inválido, pois faltaria um dos requisitos de validade do ato administrativo.

MOREIRA NETO¹⁷² define audiências públicas como “um instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que podem conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação consensual”.

Agustín GORDILLO¹⁷³ ressalta que:

“a extensão do princípio da audiência individual ao princípio da audiência pública tem suas raízes no direito anglo-saxão, fundamentando-se no princípio de justiça natural – o mesmo que nutre a garantia de defesa nos casos particulares e o devido processo legal. Esse princípio, na prática, se traduz em que, antes da edição de normas administrativas ou mesmo legislativas de caráter geral, ou de decisões de grande impacto na comunidade, o público deve ser escutado.”

DI SARNO mencionando os casos de audiências públicas ainda complementa:

Na elaboração e implementação da Política Urbana deve haver a inserção de um processo democrático participativo para garantir a sua eficácia. A formação da vontade popular deve ser acolhida por meio de instrumentos claros e objetivos, na qual o agente público deverá, de forma vinculada, exercer a função de coordenador na formação dessa vontade, assumindo quando necessário, um papel de educador e informador com responsabilidade em perceber e decodificar as diversas vontades emergentes que fiquem consignadas por esse instrumento¹⁷⁴.

MOREIRA NETO¹⁷⁵, já na doutrina brasileira define audiência pública como:

“um instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação conceitual”.

A audiência pública no Brasil serve para subsidiar o exercício da função administrativa o desempenho da função legislativa, conforme art. 58, §2º, II, da

¹⁷² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito de Participação Política**: Legislativa, Administrativa, Judicial – Fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.129.

¹⁷³ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, 4. ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, Tomo 2. Disponível na Internet em <<http://www.gordillo.com/Pdf/2-4/2-4axi.pdf>>. Acessado em 03.Abril.2012.

¹⁷⁴ DALARI, Adilson Abreu, DI SARNO, Daniela Campos Libório. **Direito urbanístico e ambiental**. 2 ed. ver. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 48.

¹⁷⁵ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Direito da Participação Política. Legislativa – Administrativa – Judicial**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

Constituição da República de 1988, e da função judiciária, ela dá suporte fático às decisões produzindo atos administrativos válidos reduzindo os riscos de erros de fato ou de direito em suas decisões, para que possam produzir bons resultados.

PETRUCCI¹⁷⁶ afirma que o Estatuto da Cidade prevê expressamente uma hipótese em que é obrigatória a participação popular, e que está prevista no artigo 2º, XIII:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;¹⁷⁷

Uma questão sempre tormentosa é definir se as decisões proferidas no âmbito dos órgãos colegiados e das conclusões obtidas no âmbito das audiências públicas têm efeitos vinculantes para o Poder Público. DALLARI BUCCI¹⁷⁸, mencionado o tema esclarece que há casos em que há necessidade de lei específica sendo, portanto, de competência do Poder Legislativo, não podendo a decisão dos Conselhos substituir norma legal. Porém, quando não houver esta vedação informa que os atos e deliberações ali tomados “se tornaram elementos vinculantes ou de forte poder persuasório para a expedição de atos administrativos ou legislativos subsequentes.”

A Resolução 25 do Conselho das Cidades no que tange às audiências públicas estabelece a necessidade de ampla divulgação e publicidade das audiências estimula a participação das populações, mas diverge da força vinculante, estabelecendo que, salvo previsão legislativa, as matérias discutidas e aprovadas não são vinculativas.¹⁷⁹

VILLAÇA complementa tal entendimento:

¹⁷⁶ PETRUCCI, Jivago. Gestão Democrática da Cidade – Delineamento Constitucional e Legal. In: DALLARI, Adilson Abreu, DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord). **Direito urbanístico e ambiental**. 2. ed. ver. Belo horizonte. Fórum, 2011, p.170.

¹⁷⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm

¹⁷⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão Democrática da cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord). Estatuto da Cidade. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 335.

¹⁷⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. Revista de Direito Administrativo Brasileiro. Rio de Janeiro, 209: 153-167, jul/set, 1997, p. 163, ao tratar da vinculação ou não dos resultados da audiência pública, ressalta que, uma vez constatado que os institutos participativos têm lugar, notadamente, no âmbito da atividade administrativa discricionária, eventual posicionamento da população em sede de audiência pública é um elemento na limitação da liberdade de atuação da administração. Ainda que não vinculantes, as exposições dos interessados devem ser minuciosamente consideradas pelo órgão de decisão, constituindo-se em “motivação expressa de decisão”.

Em termos relativos, os debates públicos em torno do Plano Diretor representaram um avanço democrático muito pequeno. Em primeiro lugar porque, como anteriormente havia pouquíssima participação popular, diante de zero, qualquer crescimento é infinito. Em segundo, porque em termos de pressões políticas sobre os governantes, a da minoria foi enorme e a da maioria foi limitadíssima.¹⁸⁰

O entendimento de SOARES¹⁸¹ é de que no “dia-a-dia da administração municipal, verificou-se que o recurso à participação popular, muitas vezes poderia atuar também como um complicador, pois ao invés de agilizar, podia emperrar ainda mais a máquina burocrática.”

DI SARNO¹⁸² salienta “a população não pode ser relegada a um patamar de agente passivo, mero expectador, recebendo as informações sem chances reais de questionar, opinar ou fiscalizar.” Cabe ao poder público um papel de educador, devendo informar adequadamente a população que possa ser afetada, sempre que possível facilitando a linguagem em especial a técnica, sem entretanto comprometer o conteúdo.

Quanto às audiências públicas, instrumento direto de participação popular e um dos principais e dos mais utilizados instrumentos pelo Poder Público “deve ser cercado de cautelas para que sejam garantidas sua eficácia e legitimidade.”¹⁸³ A participação nas audiências deve atender ao princípio da finalidade administrativa, portanto, as audiências devem atender ao interesse público e ainda garantir a participação com poder decisório.

Ainda, na esteira de DI SARNO¹⁸⁴ informa que “a doutrina tem destacado, entretanto, princípios próprios para a audiência pública, como o devido processo legal, a oralidade, a publicidade e o informalismo”.

A iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano. Aqui se percebe uma distinção entre a iniciativa popular para projeto de lei e a iniciativa popular para planos programas e projetos de desenvolvimento urbano. Como já explicitado o nosso texto Constitucional adotou a

¹⁸⁰ VILLAÇA, Flávio. **As Ilusões do Plano Diretor**. São Paulo, edição do autor, 2005. Livro em arquivo.pdf. p. 53. Disponível em www.cidades.gov.br. Acessado nos dias 02/02/2016.

¹⁸¹ SOARES, José Arlindo; GONDIM, Linda. **Novos modelos de gestão: lições que vêm do poder local**. In: SOARES, José Arlindo & BAVA, Silvio Caccia (orgs.). Os desafios da gestão municipal democrática. São Paulo, Cortez, 2002, p.82.

¹⁸² DI SARNO, Daniela Campos Libório. Audiência Pública na Gestão Democrática da Política Urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu, DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord). **Direito urbanístico e ambiental**. 2. ed. ver. Belo horizonte. Fórum, 2011, p.45.

¹⁸³ Idem, p. 48.

¹⁸⁴ Idem p. 51-57.

democracia participativa como direito fundamental cabendo, portanto, segundo este entendimento a iniciativa de lei inclusive de plano diretor.¹⁸⁵

A gestão orçamentária participativa, prevista no artigo 44 do Estatuto da Cidade dispõe que Lei incluirá 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. Como a gestão orçamentária não será objeto de estudo observa-se apenas que o referido instrumento na atualidade é uma referência legislativa importante para a efetividade do princípio da participação popular.

Como bem pondera DALLARI BUCCI¹⁸⁶ ao tratar da gestão participativa “vale a advertência feita acima, no sentido de que a simples aprovação formal, tanto da lei como dos planos e programas pode não ser suficiente para garantir sua efetividade. Sem recursos e suporte técnico adequado dificilmente os projetos urbanísticos sairão do papel.”

Os instrumentos mais utilizados para assegurar o princípio da participação popular, nos termos do Estatuto da Cidade são as audiências e as consultas públicas.¹⁸⁷

A identificação do direito de participação da população como direito fundamental é capaz de determinar a prevalência de normas urbanas efetivamente democráticas garantindo o direito a uma cidade democrática¹⁸⁸

Verifica-se por fim que vários instrumentos de participação estão expressamente previstos no Estatuto da Cidade, e, em especial para determinados instrumentos de política urbana, como é o caso do Plano Diretor, da aprovação da lei orçamentária, porém, no que tange à operação urbana consorciada é necessário uma interpretação dos artigos que mencionam o instrumento urbano.

¹⁸⁵ Em oposição a este entendimento FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do processo legislativo. p. 203 e DALLARI BUCCI, op cit. p. 337.

¹⁸⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão Democrática da cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord). Estatuto da Cidade. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 322.

¹⁸⁷ Conforme a legislação ambiental (Código Florestal, Resoluções do IBAMA) dependendo da natureza e do momento de apresentação do processo, – antes ou depois do termo de referência (EIA/RIMA/RIMA) - pode tratar-se de audiência ou consulta pública.

¹⁸⁸ LEAL, Rogério Gesta. **Direito Urbanístico**: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano. Rio de Janeiro. Renovar, 2003.

3.3 A Operação Urbana Consorciada e a participação popular

A promulgação do Estatuto da Cidade alterou o panorama do direito urbanístico no Brasil, trouxe inúmeros instrumentos de política urbana e ainda estabelece a obrigação de planejar atribuído ao Estado.

A operação urbana consorciada é um dos instrumentos trazidos pelo Estatuto da Cidade, apesar, de antes mesmo da sua edição já ter sido utilizado pelo Município de São Paulo.

Inicialmente previsto no artigo 4º, inciso V, alínea “p” do Estatuto da Cidade, a operação urbana consorciada é considerada um instituto jurídico e político. Não se enquadra no inciso que trata do planejamento municipal, mas o seu fundamento contido nos artigos 32, 33 e 34 do Estatuto da Cidade possibilitam ao Município a utilização da Operação Urbana Consorciada como um instrumento de transformações urbanísticas.

GASPARINI¹⁸⁹ no entanto utiliza fundamento Constitucional (artigo 30, inciso VIII) para atribuir ao Município a competência para instituir a Operação Urbana Consorciada, esclarecendo que compete ao Município “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

E, antes de adentrar no conceito da operação urbana consorciada CARVALHO FILHO¹⁹⁰ menciona que “o que caracteriza o regime de parceria é a cooperação mútua entre administração e administrados, alvitando que retratem interesses da coletividade.”

Conforme hoje disciplinado pelo Estatuto da Cidade, a definição do instituto da operação urbana consorciada está consagrado no art. 32, § 1º¹⁹¹, e, o caput do artigo ajuda a complementar o conceito, quando diz que a operação urbana deve ser aprovada por lei específica.

¹⁸⁹ GASPARINI, Diógenes. **O Estatuto da Cidade**. São Paulo: NDJ, 2002, p.181.

¹⁹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 5.ed.rev, ampl. e atual.. São Paulo: Atlas, 2013, p. 274-275.

¹⁹¹ Art. 32. Lei municipal específica, baseada no plano diretor, poderá delimitar área para aplicação de operações consorciadas.

§ 1º Considera-se operação urbana consorciada o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental.

A própria noção de instrumento de política urbana não é muito precisa conforme GASPARINI¹⁹² “instrumentos para essa lei são todos os meios capazes, conjunta ou individualmente, de propiciar a execução da política urbana”.

MUKAI¹⁹³ afirma que “a Operação Urbana Consorciada é um conjunto de intervenções possíveis de serem implantadas em uma região urbana específica, cujo objetivo é solucionar os diversos aspectos da infraestrutura urbana.”

Já PRESTES confirmando e ainda informando sobre a participação popular na base conceitual da operação afirma que:

“as operações urbanas consorciadas definidas como conjunto de intervenções coordenadas pelo poder público, envolvendo diversos interessados, visando melhorias urbanas e valorização ambiental, exige participação popular no planejamento, gestão, acompanhamento e avaliação desta, sendo expressão do princípio da democracia participativa na gestão urbano-ambiental¹⁹⁴.”

A Operação Urbana Consorciada pode ser considerada, portanto, um conjunto de intervenções que possuem a coordenação do Poder Público Municipal, envolvendo o interesse de particulares, que deverão ser necessariamente ouvidos quando da elaboração do referido plano, e, destinando-se melhoria social e valorização ambiental em uma área previamente delimitada, dentro da zona urbana.

Constituem participantes obrigatórios da operação urbana consorciada segundo CARVALHO FILHO¹⁹⁵ dois grupos, sendo primeiro o setor público e o segundo o setor privado, e, este último integrado por quatro categorias sociais: 1) proprietários, pois são os maiores beneficiários das operações ; 2) moradores, que são aqueles que residem no área delimitada pela operação; 3) usuários permanentes, que mesmo não sendo proprietários ou moradores sempre utilizam a área e 4) investidores privados, pois são eles que irão investir, sendo também agentes em cooperação com a Administração na implantação da operação, sendo que cada uma delas apresenta perfil social próprio. E, a ausência de apenas um dos participantes pode gerar a nulidade seja do ato seja legislativo quando da elaboração da lei municipal específica, seja de qualquer ato administrativo posterior que exija a participação

¹⁹² GASPARINI, Diógenes. **O Estatuto da Cidade**. São Paulo: NDJ, 2002, p. 16.

¹⁹³ MUKAI, Toshio. **O Estatuto da Cidade: Anotações à lei n. 10.257, de 10-7-2001**. 2. ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 2008, p.25.

¹⁹⁴ PRESTES, Vanêsa Buzelato. **Direito Urbanístico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 120.

¹⁹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. São Paulo, 5 ed. ver. ampl e atual. Atlas, 2013, p. 275

¹⁹⁵ Idem, p. 277.

Observa-se no conceito que é obrigatória a participação popular conforme descreve o artigo: “o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, *com a participação dos proprietários*, moradores, usuários permanentes e investidores privados”. Percebe-se, portanto que a participação popular na operação urbana consorciada é exigência legal!!!!

A participação é necessária antes mesmo da elaboração da lei específica, pois é nesta que constará os objetivos da operação urbana, devendo ser garantido o direito fundamental à participação popular, que pode ser feita a sob qualquer uma das formas de gestão democrática previstas no Estatuto da Cidade, em especial as audiências públicas.

E, o plano de elaboração da operação deverá tomar em consideração as perspectivas e intenções manifestadas pela sociedade civil. Portanto é fundamental a utilização de mecanismos de participação, tais como o debate, a consulta, a audiência pública, mencionadas pela Constituição e pelo Estatuto da Cidade¹⁹⁶.

Complementando a necessidade de participação popular BATISTELA afirma:

Para as operações urbanas consorciadas, entretanto, apesar do objetivo de interesse público a que se destinam, existe previsão expressa do Estatuto da Cidade de participação dos proprietários de imóveis, moradores, usuários permanentes e investidores privados interessados nas áreas atingidas. E esta participação não deve ocorrer apenas na definição dos objetivos e dos seus meios de realização, mas também na execução das intervenções e medidas previstas, ainda que a coordenação seja reservada ao município.¹⁹⁷

Menciona OLBERTZ, que “em verdade, o plano de operação deve ter sido resultado de um trabalho anterior à edição da respectiva lei, que apenas terá a função de introduzi-lo no mundo jurídico.”¹⁹⁸

Além da participação, o artigo 32 “caput” menciona a necessidade de delimitação da área objeto da operação. Esta delimitação é fundamental para se identificar os envolvidos, o objetivo.

¹⁹⁶ É evidente que a observação do tecido social e urbano e da dinâmica do mercado imobiliário (sobretudo através do preço das localizações) também será fundamental para que o poder público identifique necessidades e defina providencias hábeis a supri-las. Por outro lado, par uma apreciação crítica dos mecanismos previstos para a gestão democrática da cidade, cf. AMARAL, FILHO. Da gestão democrática da cidade. In: MEDAUAR;ALMEIDA. Estatuto da Cidade:..., espec. p. 264 et.seq.

¹⁹⁷ BATISTELA, Marcos. Operações Urbanas Consorciadas. In: DALARI, Adilson Abreu, DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord). **Direito urbanístico e ambiental**. 2 ed. ver. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 276.

¹⁹⁸ OLBERTZ, Karlin. **Operação urbana consorciada**. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 85.

CARVALHO FILHO¹⁹⁹ menciona que a delimitação da área não é o principal interesse da lei específica, mas sim a provação de plano da operação urbana, portanto, o objeto preponderante da lei, que é a delimitação da área se acontecerá se necessariamente houver um plano já aprovado. E, ainda, para a aprovação do plano, prevê os artigos 4º, VI combinado com o artigo 33, V do Estatuto da Cidade a elaboração do estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV), ao lado do estudo prévio de impacto ambiental (EIA).

Veja todos os atos itens retro mencionados são condições necessárias e obrigatórias para a elaboração da lei específica, portanto, quando a lei específica for encaminhada à Câmara Municipal já deverá estar com um plano devidamente aprovado, com a participação popular em todos os seus atos e concluindo com a elaboração do EIV e do EIA. Neste sentido CARVALHO FILHO “na verdade, antes do processo legislativo em si, já deve o projeto de lei contemplar todas as linhas que vão compor o revestimento urbanístico da operação consorciada.”²⁰⁰

Em se tratando, portanto, de Operação Urbana Consorciada é indispensável a utilização da lei municipal específica que tenha permitido a sua aprovação²⁰¹, ainda que esta lei específica seja baseada na lei do plano diretor, estabelecendo inclusive quais áreas podem ser objeto da operação, não podendo ser utilizada uma lei genérica, mas apenas lei específica.

BATISTELA confirma a necessidade da previsão na lei do plano diretor nos seguintes termos:

A razão de ser desta vinculação está no fato de o plano de operação urbana consorciada ser um desdobramento do plano diretor municipal, um plano com disposições mais específicas e concretas voltadas à realização das exigências e diretrizes fundamentais de ordenação do território do município expressas em seu plano diretor.²⁰²

O artigo 33, incisos I a VII, do Estatuto da Cidade, dispõe que a lei municipal específica que aprovar a Operação Urbana Consorciada, obrigatoriamente, deverá relatar um plano urbano específico o qual deve conter: a previsão da definição da

¹⁹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. São Paulo, 5 ed. ver. ampl e atual. Atlas, 2013, p. 280.

²⁰⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. São Paulo, 5 ed. ver. ampl e atual. Atlas, 2013, p. 285.

²⁰¹ LOMAR, Paulo José Villela. Operação urbana consorciada. In: DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio (coord). **Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.111.

²⁰² BATISTELA, Marcos. Operações Urbanas Consorciadas. In: DALLARI, Adilson Abreu, DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord). **Direito urbanístico e ambiental**. 2. ed. ver. Belo horizonte. Fórum, 2011, p.273.

área que será atingida pela operação urbana, o programa básico de ocupação da área, o programa de atendimento socioeconômico à população diretamente afetada, a disposição de quais são as finalidades da Operação Urbana Consorciada, o Estudo Prévio do Impacto de Vizinhança (EIV), o relato de qual forma de retribuição (contrapartida) será exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados e expor qual é a forma compartilhada de controle da Operação Urbana Consorciada com representação da sociedade civil no caso específico²⁰³. A gestão da operação deverá ter portanto, a participação popular.

Uma vez elaborada a lei específica e colocado em prática o projeto da Operação Urbana Consorciada, em vários momentos se faz necessária a participação popular para garantir o princípio da democracia. Verifica-se esta participação consoante o disposto no art. 33, VII do Estatuto da Cidade deverá contar com a participação obrigatória da sociedade no controle do que está sendo exercido na Operação.

Art. 33. Da lei específica que aprovar a operação urbana consorciada constará o plano de operação urbana consorciada, contendo, no mínimo:

VII – forma de controle da operação, **obrigatoriamente** compartilhado com representação da sociedade civil. Grifei

Novamente vê-se aqui o interesse da população diretamente afetada assim como os mecanismos de participação contribuirão para a melhor decisão e o planejamento adquirirá legitimidade democrática. A participação popular no instrumento de política urbana tem a finalidade, portanto, não só de garantir direito fundamental assegurado constitucionalmente, como também assegurar o princípio democrático de direito.

ALFONSIN²⁰⁴ esclarece que o artigo 33, inciso IV, do Estatuto da Cidade, trata das finalidades da Operação, devendo o Poder Público alegar quais são os objetivos a ser concretizados com a realização da Operação Urbana Consorciada, respeitando o Princípio da Publicidade, observância indispensável à Administração Pública.

²⁰³ LOMAR, Paulo José Villela. Operação urbana consorciada. In: DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio (coord). **Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.249.

²⁰⁴ ALFONSIN, Betânia de Moraes. **Operações Urbanas Consorciadas como instrumentos de captação de mais valias urbanas**: um imperativo da nova ordem jurídico-urbanística brasileira. Revista de Ciências Jurídicas – ULBRA, vol.6, n.2, Canoas/RS, Ed. ULBRA, p. 301-318, 2005, p.307.

O Estatuto da Cidade dispõe como finalidade da Operação Urbana Consorciada as transformações urbanas estruturais; melhorias sociais e valorização ambiental, ademais, em CABRAL²⁰⁵ encontramos a seguinte afirmação:

A legislação urbanística nacional reconhece a operação urbana consorciada como valioso instrumento de planejamento urbano, estando prevista nos arts. 32 e 33 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, Estatuto da Cidade. Ademais de constituir um dos mais importantes instrumentos de planejamento municipal, a operação urbana consorciada deve estar aliada ao desenvolvimento sustentável das cidades.

Como já mencionado, as operações urbanas consorciadas são intervenções que proporcionam e reforçam uma reestruturação social e espacial nas cidades. Por outro lado, elas podem se desvirtuar ao atender estritamente às exigências competitivas do mercado imobiliário, que visam, exclusivamente, zelar por seus interesses, na questão da transformação urbanística. Antes de implementar a Operação Urbana Consorciada, os responsáveis devem realizar um estudo que viabilize a elaboração desse plano de operação.

Nesse sentido, afirma RECH²⁰⁶:

As normas urbanísticas não contemplam os pobres, que normalmente não têm condições de adquirir um terreno regular nas nossas cidades, pois não há espaços planejados para os desiguais, porque as normas urbanísticas, que deveriam se pautar pelo princípio da sustentabilidade socioambiental, são norteadas pelo direito imobiliário, cujo objetivo é o lucro e em consequência disso, as ocupações irregulares têm sido uma das principais causas da degradação ambiental

No artigo 32, §2º, do Estatuto faz menção às medidas possíveis para a implementação da operação, entre elas a modificação de índices de características do parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo; alterações das normas edilícias e a regularização de construções reformas ou ampliações.

A alteração de índices e características do parcelamento: é a hipótese em que áreas de determinada dimensão tenham que ser parcelas, mas que, em virtude da operação conjunta, seja permitido o não parcelamento (...)

A alteração de normas edilícias permitida pelo Estatuto tem sentido fluido e impreciso. Na verdade, a alteração de índices de parcelamento e de uso e ocupação do solo normalmente já encerra a ideia de alteração de normas edilícias. Mas ao que parece, o legislador quis admitir outras alterações.

²⁰⁵ CABRAL, Lucíola Maria de Aquino. Operação Urbana consorciada: possibilidade e limitações (possibilidade de implantação sem prévio parcelamento do solo; óbices à incorporação de recurso hídrico). **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, n. 19, p.9-39, ago./set. 2008. Porto Alegre: Magister, p.20.

²⁰⁶ RECH, Adir Ubaldó; RECH, Adivandro. **Direito Urbanístico**: fundamentos para a construção de um plano diretor sustentável na área urbana e rural. Caxias do Sul: EducS, 2010.

A regularização de construções, reformas e ampliações, executadas em desacordo com a legislação vigente (art. 32, §2º, II) é a permissão municipal que visa à convalidação de situações jurídicas irregulares²⁰⁷

Ainda no mesmo artigo 33, § 2º, a partir da aprovação da lei específica, todas as licenças ou autorizações que forem expedidas de forma contrária com o plano da Operação Urbana Consorciada em questão, serão nulas²⁰⁸.

Complementando as colocações anteriores, SAVELLI²⁰⁹ reforça que:

As Operações Urbanas, na comparação com as condições básicas de zoneamento, apresentam a prerrogativa de permitir mais proveito direto aos empreendedores com a utilização do Adicional de Potencial de Construção e benefícios indiretos aos empreendedores e à população em geral, pela acessibilidade consequente da infraestrutura executada com os recursos provenientes da outorga onerosa.

Os recursos auferidos na operação urbana consorciada, decorrente da contrapartida dos beneficiários da operação, podem dar-se de várias espécies, tais como compensação, pecuniária, pagamento em desapropriações para as áreas atingidas na operação, construção de uma obra de interesse público ou de interesse social, ou executar um serviço de interesse público.

Dispõe o artigo 33, § 1º, do Estatuto da Cidade, que os recursos obtidos pelo Poder Público municipal com a realização da Operação Urbana Consorciada deverá ser utilizado ou aplicado na área delimitada da operação²¹⁰. CARVALHO FILHO²¹¹ alerta que tal atitude tem a intenção de evitar que o poder público municipal arrecade recursos e empregue fora da operação, acarretando desvio de finalidade.

GASPARINI²¹² conceitua contrapartida como uma compensação feita em dinheiro, bens, construções ou em serviços.

Nesta mesma toada, LOMAR²¹³ afirma que as leis do plano diretor ou a lei municipal específica estão aptas a realizar a autorização para aprovar benefícios

²⁰⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. São Paulo, 5 ed. ver. ampl e atual. Atlas, 2013, p. 283.

²⁰⁸ GASPARINI, Diógenes. **O Estatuto da Cidade**. São Paulo: NDJ, 2002, p.185.

²⁰⁹ SAVELLI, Alfredo Mario. **Subsídios para a implementação de parceria público privada: operações urbanas em São Paulo**. São Paulo, 2003. 114 f. Dissertação de mestrado. POLIUSP, p. 24.

²¹⁰ CABRAL, Lucíola Maria de Aquino. Operação Urbana consorciada: possibilidade e limitações (possibilidade de implantação sem prévio parcelamento do solo; óbices à incorporação de recurso hídrico). **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, n. 19, p.9-39, ago./set. 2008. Porto Alegre: Magister, p.18.

²¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. São Paulo, 5 ed. ver. ampl e atual. Atlas, 2013, p. 287.

²¹² GASPARINI, Diógenes. **O Estatuto da Cidade**. São Paulo: NDJ, 2002, p.183.

urbanísticos capazes de serem executados por investidores e proprietários imobiliários a fim de desenvolverem as obras e aos serviços essenciais à Operação Urbana Consorciada uma requalificação urbanística disposta na lei do plano diretor.

A obtenção de recursos é fundamental para o financiamento da operação e, um deles é a venda dos Certificados de Potencial Adicional de Construção - CEPACs na bolsa de valores.

Os Certificados de Potencial Adicional de Construção (CEPAC) são títulos emitido pelo Poder Público Municipal (artigo 34, “caput”, §1º e §2º) e lançados no mercado financeiro, cujos recursos podem realizar melhorias na área da operação e reflexamente em toda uma cidade²¹⁴. Os CEPACS vendidos pelos municípios, são uma forma de arrecadação mais rápida dos recursos, por serem títulos ao portador, tem rápida absorção e alienação no mercado financeiro, sendo livre a negociação (34, § 1º, do Estatuto da Cidade).

Não há obrigatoriedade quanto á emissão dos CEPACs, porém, a lei específica do Município deverá prever esta possibilidade, sendo, portanto uma faculdade do ente municipal, porém se o fizer terá que fazê-lo na lei específica. Este também é o entendimento de CARVALHO FILHO²¹⁵ quando diz que “no que toca a alienação, é de se entender que se trata de iniciativa do próprio Município: uma vez expedidos, a ele cabe alienar os títulos por meio de leilão”.

O Município poderá ainda utilizar o CEPAC como meio de pagamento pela execução das obras ou pela desapropriação de áreas dentro do perímetro da operação urbana²¹⁶.

Os recursos arrecadados com os CEPACs somente poderão ser utilizados na área previamente delimitada da operação urbana. A logica do instituto é a seguinte, face a escassez de recursos públicos, o Município permite aos interessados utilizar das medidas urbanísticas previstas na lei específica, como por exemplo a alteração de normas edilícias, mediante uma contrapartida do

²¹³ LOMAR, Paulo José Villela. Operação urbana consorciada. In: DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio (coord). **Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.270.

²¹⁴ MARICATO, Ermínia; FERREIRA, João Sette Whitaker. **Operação Urbana Consorciada: Diversificação Urbanística Participativa ou Aprofundamento da Desigualdade? Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras**. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, p. 215-250, 2002, p.230.

²¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos; FORTINI, Cristiana. **Operações Urbanas Consorciadas**, Revista Interesse Público, n.50, Fórum, p. 243-259, 2008, p.291.

²¹⁶ Idem, p.257.

beneficiário. Os recursos auferidos irão financiar a recuperação da própria área da operação.

Desta forma, é possível que o poder público possa executar importantes obras viária sem utilização de recursos públicos²¹⁷. E, para que esta operação possa atrair o setor privado, “pressupõe a existência de algum interesse do mercado imobiliário”²¹⁸.

Como se percebe em todo o procedimento da Operação Urbana Consorciada se faz presente o processo participativo. Inicialmente como já mencionando no processo de elaboração do plano da operação urbana, antes mesmo do projeto de lei específica se encaminhado à Câmara de Vereadores.

No processo de elaboração do EIA e EIV também se faz obrigatória a participação popular, conforme previsto na legislação ambiental.

Após a lei específica, em todos os atos de gestão da operação deverá se fazer presente a participação popular, para a fiscalização do destino quanto à aplicação dos valores recolhidos com a venda dos CEPAC's (art. 33, , VII do Estatuto da Cidade), além de toda vez que for alterada a lei específica.

Além de todas as normas específicas sobre a gestão democrática na operação urbana consorciada existem as normas gerais previstas no Estatuto da Cidade sobre as quais deixa de analisar por não ser objeto de estudo

Segundo SAULE JUNIOR²¹⁹ a participação popular no planejamento da cidade tem várias finalidades:

A participação popular no planejamento e na gestão da cidade apresenta várias finalidades: controle e fiscalização social; juridicização e racionalidade no processo decisório; legitimidade; imposição de limites a discricionariedade administrativa, ruptura das tradições de sigilo, da arbitrariedade, do tráfico de influência; aumento do grau de correspondência entre as políticas públicas e as demandas sociais.

O objetivo da realização de todas estas audiências públicas é justamente evitar que seja julgado inconstitucional toda a operação urbana consorciada, como vem fazendo os tribunais quando não há a efetiva participação popular como elemento indispensável principalmente nos procedimentos de aprovação de empreendimentos de grande impacto:

²¹⁷ FIX, Mariana. **Parceiros da exclusão – duas histórias da construção de uma “nova cidade” em São Paulo: Faria Lima e Água Espraiada**. São Paulo: Boitempo, 2001.

²¹⁸ Idem.

²¹⁹ SAULE JUNIOR, Nelson. Estatuto da Cidade e o Plano Diretor: Possibilidades de uma Nova Ordem Legal e Urbana Justa e Democrática. In OSORIO, Letícia Marques (org.). **Estatuto da Cidade e Reforma Urbana**: Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002, p. 274-275.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei Orgânica Municipal - Participação popular no processo de elaboração de lei municipal - Zoneamento e Plano Diretor - Inocorrência - Princípio da democracia participativa estatuída no artigo 29, X da Constituição da República - Cooperação das associações representativas - Ação parcialmente procedente para outros fins.(Relator: Des. Marcio Bonilha - Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei n. 12.821-0 - São Paulo - 21.09.94)

ADIN. LEI N. 526/99 DO MUNICÍPIO DE IMBÉ, QUE DISPÕE SOBRE NORMAS PARA EDIFICAÇÕES. INCONSTITUCIONALIDADE POR VÍCIO FORMAL NA PRODUÇÃO DA NORMA. O ART-177, PAR-5 DA CARTA ESTADUAL EXIGE QUE NA DEFINIÇÃO DO PLANO DIRETOR OU DIRETRIZES GERAIS DE OCUPAÇÃO DO TERRITÓRIO, OS MUNICÍPIOS ASSEGUREM A PARTICIPAÇÃO DE ENTIDADES COMUNITÁRIAS LEGALMENTE CONSTITUÍDAS. DISPOSITIVO AUTO-APLICÁVEL. VÍCIO FORMAL NO PROCESSO LEGISLATIVO E NA PRODUÇÃO DA LEI. AUSÊNCIA DE CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE. LEIS MUNICIPAIS DO RIO GRANDE DO SUL SOBRE POLÍTICA URBANA DEVEM OBEDECER A CONDICIONANTE DA PUBLICIDADE PRÉVIA E ASSEGURACAO DA PARTICIPAÇÃO DE ENTIDADES COMUNITARIAS, PENA DE MATERIALIZACAO DE VÍCIO FORMAL POR OFENSA À DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. VIOLACAO FRONTAL AO PAR-5 DO ART-177 DA CARTA ESTADUAL. ADIN JULGADA PROCEDENTE. (11 FLS.) (AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 70001688878, TRIBUNAL PLENO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: VASCO DELLA GIUSTINA, JULGADO EM 03/12/2001)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICIPIO DE CAPÃO DA CANOA. LEI 1458/2000 QUE ESTABELECE NORMAS SOBRE EDIFICAÇÕES NOS LOTEAMENTOS E ALTERA O PLANO DIRETOR DA SEDE DO MUNICIPIO DE CAPÃO DA CANOA. INCONSTITUCIONAL FORMAL. AUSENCIA DE PARTICIPAÇÃO DAS ENTIDADES COMUNITÁRIAS LEGALMENTE CONSTITUÍDAS NA DEFINIÇÃO DO PLANO DIRETOR E DAS DIRETRIZES GERAIS DE OCUPAÇÃO DO TERRITÓRIO, BEM COMO NA ELABORAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DOS PLANOS, PROGRAMAS E PROJETOS QUE LHE SEJAM CONCERNENTES. VIOLAÇÃO AO PAR-5 DO ART-177 DA CARTA ESTADUAL. PRECEDENTES DO TJRS. EFICÁCIA DA DECLARAÇÃO EXCEPCIONALMENTE FIXADA, A TEOR DO ART-27 DA LEI Nº 9868/99. ACAO PROCEDENTE. (FLS.23) (AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 70003026564, TRIBUNAL PLENO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: CLARINDO FAVRETTO, JULGADO EM 16/09/2002)

Assim, mais do que um simples formalismo, a participação consiste em um espaço de debate dos cidadãos e de definição de opções, conscientes e negociadas, por uma estratégia de intervenção no território.

A participação popular do ponto de vista do direito constitucional positivo, e na esteira do pensamento de SARLET²²⁰, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), não estão na esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), devendo sempre ser respeitado, não como mero formalismo, mas como um direito fundamental a ser resguardado.

Procura-se, desta forma evitar que as operações urbanas consorciadas sejam somente “liberações de índices construtivos para atender interesses

²²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.89.

particulares, ou simples operações de valorização imobiliária que impliquem expulsão de atividades e moradores de menor renda”²²¹ da área objeto da operação.

A participação é fundamental, é requisito de validade para as leis que regulamentam ou criam instrumentos de política urbana. Tal requisito assegura a efetividade da democracia participativa e da cidadania, assegurando, por conseguinte, uma cidade socialmente sustentável.

²²¹ SAULE JÚNIOR, Nelson; ROLNIK, Raquel. Estatuto da Cidade: novos horizontes para a reforma urbana. São Paulo, Pólis, 2001, p.8. <http://www.polis.org.br/uploads/833/833.pdf> acesso em 01/05/2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fim de melhor compreender a participação popular na operação urbana consorciada do ponto de vista da democracia e da participação popular foi percorrido um longo caminho. O debate acerca da participação popular necessitou de um aprofundamento teórico do sentido da democracia e da participação popular na atualidade.

No primeiro capítulo procurou-se relacionar estado democrático de direito, aprofundando o conhecimento acerca das teorias e práticas democráticas. A partir da teoria liberal chegou-se à teoria da democracia participativa, que pode ser dividida em duas concepções: a democracia deliberativa, concebida por Jürgen Habermas, e um modelo da democracia deliberativa elaborado por Nino, e por fim estabelecendo a participação popular.

Mesmo sabendo que qualquer participação é melhor do que participação nenhuma, ainda existem sérios déficits quanto a efetiva aplicação em especial nos instrumentos de política urbana. Não obstante o Estatuto da Cidade ter estabelecido expressamente a participação popular na operação urbana consorciada, em muitos casos, não está sendo devidamente observada, por uma série de motivos.

Resta saber que tipo de democracia e de participação política é capaz de concretizar esta intenção de acesso ao poder, uma vez que os espaços democráticos podem determinar diferenciados tipos de exercícios de democracia.

Na solução participativa, o modelo deliberativo de democracia é um modelo condicionado por uma racionalidade prática procedimental, importante, na mudança de condição política do cidadão. Entretanto, o que se percebe é a dificuldade de programar essa racionalidade prática em condições adversas.

A concepção Niniana aproveita os fundamentos da teoria habermasiana, como a legitimidade republicana, e, a partir da crítica ao modelo representativo e deliberativo, propõe um misto das duas concepções com atuações mais factíveis com realidades políticas e sociais diferenciadas e excludentes da nossa sociedade.

O segundo capítulo analisa-se a partir da leitura da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, e, pressupõe-se a existência de um direito fundamental dos cidadãos à participação no planejamento dos instrumentos de política urbana. Esse direito à cidade democrática presente na leitura dos artigos

182 da Constituição Federal e artigo 2º do Estatuto da Cidade é justificado pela dimensão republicana de titularidade do poder popular e da possibilidade de acesso material aos instrumentos de participação.

O princípio fundamental à participação constitui-se em direito subjetivo e que assegura o exercício da democracia mediante a garantia de acesso ao processo de decisão democrático. Ocorre um direito fundamental dos cidadãos de participar da política.

O objetivo do terceiro capítulo realiza a análise normativa do instrumento de política urbana operação urbana consorciada a partir da Constituição Federal de 1988, que, apesar de ter consagrado a participação popular como direito fundamental, verificou-se que, embora formalmente prevista, é mínima.

Procurou-se aprofundar a discussão conceitual acerca da participação popular na operação urbana consorciada. Em razão dos fundamentos percorridos neste trabalho, podemos, considerar que na operação urbana consorciada deve haver a participação popular. E, a ausência de participação popular no instrumento urbanístico estudado relaciona-se ao problema da representação, e, em muitos casos a questão da legitimidade e os limites da democracia representativa foram trazidos a discussão pública.

E, já era de se esperar que a complexidade da matéria, que impõe à Administração Pública uma mudança radical de postura em relação à sua abertura para o cidadão, traria conflitos e resistências.

Restou evidente que as principais dificuldades decorrem, em primeiro lugar, da cultura e na atuação dos agentes públicos e, em segundo lugar, da pouca disposição dos agentes políticos em efetivar a participação.

Apesar de tudo isso, uma vez constatado que a participação cidadã é direito fundamental indispensável para a existência de um regime democrático e, também, como instrumento viabilizador do exercício de outros direitos, a necessidade de efetivá-lo, na prática cotidiana, mostra-se inafastável. Essa efetivação decorre de um processo constante, que engloba a construção de mecanismos legais, através da atuação dos Poderes Legislativos; o desenvolvimento teórico da matéria, proporcionado pelo aprimoramento da doutrina e da jurisprudência.

Concomitantemente a todas estas ações descritas, o engajamento da sociedade civil organizada monitorando constantemente a implantação dos

instrumentos de política urbana é indispensável para concretizar a efetiva participação. E, apesar de haver tanto a ser feito, cabe ressaltar, a guisa de arremate, a participação vem ganhando importância no cenário nacional.

O momento, portanto, embora não seja de festejar a plena participação, indica que é possível avançar, desde que este tema seja mantido na agenda nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALEXY, Robert. Tradução Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos direitos fundamentais**. Malheiros Editores Ltda. – São Paulo. 5ª ed. Alemã, 2006.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. **Operações Urbanas Consorciadas como instrumentos de captação de mais valias urbanas**: um imperativo da nova ordem jurídico-urbanística brasileira. Revista de Ciências Jurídicas – ULBRA, vol.6, n.2, Canoas/RS, Ed. ULBRA, p. 301-318, 2005.

ALFONSIN, Betânia. O significado do Estatuto da Cidade para a Regularização Fundiária no Brasil. In: RIBEIRO, Luiz César de Queiroz e CARDOSO, Adauto Lúcio (Orgs.). **Reforma Urbana e Gestão Democrática**: promessas e desafios do Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: Fase, 2003, p. 96.

AUDARD, Catherine. **Cidadania e democracia deliberativa**. Trad Walter Valdevino. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BARCELOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 22.ed, 2010.

BATISTELA, Marcos. Operações Urbanas Consorciadas. In: DALARI, Adilson Abreu, DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord). **Direito urbanístico e ambiental**. 2 ed. ver. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. Para uma teoria geral da política. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

BOBBIO, Noberto. **O futuro de democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia participativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORDENAVE, Juan E. Díaz. **O que é participação**. 8. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial da União [Brasil], de 11 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm Acesso em: 10 jan. 2016.

BRITO, Carlos Ayres. **Distinção entre Controle Social do Poder e Participação Popular**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro nº 189, p. 114-122, jul./set. 1992.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Gestão Democrática da cidade**. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord). Estatuto da Cidade. São Paulo: Malheiros, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CABRAL, Lucíola Maria de Aquino. Operação Urbana consorciada: possibilidade e limitações (possibilidade de implantação sem prévio parcelamento do solo; óbices à incorporação de recurso hídrico). **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, n. 19, p.9-39, ago./set. 2008. Porto Alegre: Magister.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

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

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra, Coimbra Editora, 1991.

CARBONELL, Miguel. **El derecho de acceso a la información como derecho fundamental**. In Democracia transparencia y constitución: problemas para um debate necessário. Coordenador Sérgio López-Ayllón. 2006, p.4. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2251>. Acesso em 03/02/2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 5.ed.rev, ampl. e atual.. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos; FORTINI, Cristiana. **Operações Urbanas Consorciadas**, Revista Interesse Público, n.50, Fórum, p. 243-259, 2008.

CLEVE, Clémerson Mérlin. **O Cidadão, a Administração Pública e a Nova Constituição**, Revista Informação Legislativa, Brasília ^o27 n. 106 abr./jun. 19.

COHEN, Joshua. **Procedimento e Substância na Democracia Deliberativa**. In: WERLE, Denilson Luis; MELO Rúrion Soares (Orgs.). Democracia Deliberativa. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

CONDESSO, Fernando dos Reis. **Direito do Urbanismo: noções fundamentais**. Lisboa. Quid Júris Editora. 1999.

COMPARATO, Fabio Konder. **A nova Cidadania, Direito Público: estudos e pareceres**, Editora Saraiva, São Paulo, 1996.

CORREIA, Fernando Alves. **Direito Urbanístico**. Coimbra, 2001.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. A Participação popular na formação da vontade do Estado: um direito fundamental. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

DALARI, Adilson Abreu, DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord). **Direito urbanístico e ambiental**. 2 ed. ver. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que é participação política**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Participação Popular na Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo - RDA, vol. 191, jan./mar.

DEMO, Pedro. **Participação é conquista**. São Paulo: Cortez, 1999.

DWORKING, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martin Fontes, 1999.

FERNANDES, Edésio. **Direito do urbanismo: entre a “cidade legal” e a “cidade ilegal”**. In: _____. **O direito urbanístico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FERNANDES, Edésio. O Estatuto da Cidade e a ordem jurídico-urbanística. http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNPU/Biblioteca/PlanelamentoUrbano/EstatutoComentado_Portugues.pdf. p. 57. Acesso em 03/02/2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, 35ªed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 116; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIX, Mariana. **Parceiros da exclusão – duas histórias da construção de uma “nova cidade” em São Paulo: Faria Lima e Água Espraiada**. São Paulo: Boitempo, 2001.

FONSECA, Gilberto Nardi. **A gestão democrática dos municípios**. Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal, ano 21, n. 20, p. 719-723, mar., 2003.

FRASER, Nancy. Rethinking the Public Sphere: a Contribution to the Critique Actually Existing Democracy. In: CALHOUN, C. (Org.). *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge: Mit Press, 1996.

GASPARINI, Diógenes. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: NDJ, 2002.

GODOY, Miguel Gualano de. **Justiça, Democracia e Direitos Fundamentais**: o liberalismo igualitário de John Rawls, o procedimentalismo de Jürgen Habermas e a proposta de Carlos Santiago Nino. <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3466.pdf>, acesso em 12/10/2014.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, 4. ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, Tomo 2. Disponível na Internet em <<http://www.gordillo.com/Pdf/2-4/2-4ªxi.pdf>>. Acessado em 03.Abril.2012.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. V. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JACOBI, Pedro. **Políticas sociais e ampliação da cidadania**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2002,

KOH, Harold Honju e SLYE, Ronald C. **Democracia deliberativa y derechos humanos**. 1 ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004.

LEAL, Rogério Gesta. **Direito Urbanístico**: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano. Rio de Janeiro. Renovar, 2003.

LOMAR, Paulo José Villela. Operação urbana consorciada. In: DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio (coord). **Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A cidadania na Constituição Federal de 1988: redefinindo a participação política. In: BONAVIDES, Paulo et al (Org.). **Constituição e Democracia**. Estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006a.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **A carta da democracia: o processo constituinte na ordem pública de 1988**. Rio De Janeiro: Topbooks, 2008, EDAUAR, Odete. Administração pública ainda sem democracia. Problemas brasileiros, nº256, v. 23, mar./abr. 1986.

LUCAS, Randolph. **Democracia e participação**. Brasília: UnB, 1985, p. 115.

MACEDO, Dimas. Reflexões sobre a Democracia Direta. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES FILHO, Filomeno. **Direito Constitucional contemporâneo: homenagem ao professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 67.

MARICATO, Ermínia; FERREIRA, João Sette Whitaker. **Operação Urbana Consorciada: Diversificação Urbanística Participativa ou Aprofundamento da Desigualdade? Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras**. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, p. 215-250, 2002.

MEDAUAR, Odete. **Administração pública ainda sem democracia**. Problemas brasileiros, nº256, v. 23, mar./abr. 1986, p.37-53

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiro, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal brasileiro**. 6. Ed. São Paulo. Malheiros, 1993.

MERLIN, Meigla Maria Araújo. **O município e o federalismo: a participação na construção da democracia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 6. ed. Tomo I. Coimbra,1997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Tomo IV. Coimbra,1998.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MONTORO, André Franco. Descentralização e participação: importância do município na democracia. In: SEIXAS, Sérgio Gabriel (Coord.). **O município no século XXI: cenários e perspectivas**. São Paulo: CEPAM, 1999.

MORAES, Jose Luis Bolzan. **Do direito Social aos Interesses Transindividuais**. Florianópolis, mimeo, 1995.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito de Participação Política: Legislativa, Administrativa, Judicial – fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico**. Ed. Forense. 2. Ed. 1977.

MUKAI, Toshio. **O Estatuto da Cidade: Anotações à lei n. 10.257, de 10-7-2001**. 2. ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 2008.

NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999.

NINO, Carlos Santiago. **El constructivismo ético**. Madri: CEPC, 1989.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito**. Coimbra: Coimbra, 1987.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático**. Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

O Estatuto da Cidade: comentado. São Paulo: Ministério das Cidades: Aliança das Cidades, 2010. Livro em arquivo.pdf. p. 114. Disponível em www.capacidades.gov.br Acessado no dia 02/02/2016.

OLBERTZ, Karlin. **Operação urbana consorciada**. Belo Horizonte: Forum, 2011.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Administração Pública Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro**. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*: Curitiba. Imprensa Oficial do Estado, ano 11, n.6, dez, 1997.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Participação administrativa**. Boletim de Direito Administrativo, 2005.

OLBERTZ, Karlin. **Operação urbana consorciada**. Belo Horizonte: Forum, 2011.

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PERUZZO, Cicília Maria Krohling. **Comunicação nos movimentos populares: a participação na construção da cidadania**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

PETRUCCI, Jivago. **Gestão Democrática da Cidade** – Delineamento Constitucional e Legal. In: DALLARI, Adilson Abreu, DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord). **Direito urbanístico e ambiental**. 2. ed. ver. Belo horizonte. Fórum, 2011.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Participação Popular na Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.191, jan/mar 1993.

PIRES DE OLIVEIRA, Aluísio; PIRES CARVALHO, Paulo Cesar. **Estatuto da Cidade. Anotações à Lei 10.257, de 10.07.2001**. Curitiba, Juruá Editora, p.148-152, 2002.

PRESTES, Vanêsa Buzelato. **Direito Urbanístico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

PRESTES, Vanêsa Buzelato. **Formas não tributárias de financiamento das cidades**, Revista Interesse Público, n.57, Editora Fórum, p. 173-191, 2009.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. XXXVI; XLIII-XLIV.

RECH, Adir Ubaldo; RECH, Adivandro. **Direito Urbanístico**: fundamentos para a construção de um plano diretor sustentável na área urbana e rural. Caxias do Sul: Educ, 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. In: Revista Interesse Público, n. 04. Porto Alegre: Nota Dez, 1999.

SAULE JUNIOR, Nelson. **Direito à cidade**: trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SAULE JÚNIOR, Nelson; ROLNIK, Raquel. **Estatuto da Cidade**: novos horizontes para a reforma urbana. São Paulo, Pólis, 2001.
<http://www.polis.org.br/uploads/833/833.pdf> acesso em 01/05/2016

SAVELLI, Alfredo Mario. **Subsídios para a implementação de parceria público privada**: operações urbanas em São Paulo. São Paulo, 2003. 114 f. Dissertação de mestrado. POLIUSP.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública**: o direito de reclamação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Helena Menna Barreto. **Programas de urbanização e desenvolvimento do mercado em favelas brasileiras**. Paper preparado para o *Lincoln Institute of Land Policy*, 2000. Disponível em: <http://www.usp.br/fau/deprojeto/labhab/biblioteca/textos/silva_hmb_favelas.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Urbanístico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, José Afonso. **Poder constituinte e poder popular**. Estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Marcelo. Agenda 21 Local no Ceará: a experiência de Maranguape, conquistas e desafios. In: HERMANNNS, Klaus; MACEDO, Miguel. **Agenda 21 Local: experiências da Alemanha, do Nordeste e Norte do Brasil**. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOARES, José Arlindo; GONDIM, Linda. **Novos modelos de gestão**: lições que vêm do poder local. In: SOARES, José Arlindo & BAVA, Silvio Caccia (orgs.). Os desafios da gestão municipal democrática. São Paulo, Cortez, 2002.

SOUZA, Marcelo Lopes de. **Mudar a cidade uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanos**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

SOUZA, Maria Luiza de. **Desenvolvimento de comunidade e participação**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4^o ed. 7^o tiragem. Ed. Malheiros: São Paulo, 2006

TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo Participativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 209: 1-6, jul/set. 1997.

TEIXEIRA, Elenaldo. **O local e o global**: limites e desafios da participação cidadã. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

VILLAÇA, Flávio. **As Ilusões do Plano Diretor**. São Paulo, edição do autor, 2005. Livro em arquivo.pdf. p. 53. Disponível em www.cidades.gov.br . Acessado nos dias 02/02/2016.