



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Quinta Câmara Criminal de São Paulo

Registro: 2015.0000096168

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Arguição de Inconstitucionalidade nº 0005254-66.2014.8.26.0000, da Comarca de Assis, em que é suscitante 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM PROCEDENTE A ARGUIÇÃO, COM EFEITO "EX TUNC". V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ E JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2015.

JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Quinta Câmara Criminal de São Paulo

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE nº
 0005254-66.2014.8.26.0000

SUSCITANTE: 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE
 JUSTIÇA DE SÃO PAULO
 INTERESSADOS: CÂMARA MUNICIPAL DE ASSIS, PREFEITURA
 MUNICIPAL DE ASSIS E MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO
 PAULO

COMARCA: ASSIS

VOTO Nº **25388**

CONSTITUCIONAL. DIREITO URBANÍSTICO.
 INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº
 5.570, DE 09 DE SETEMBRO DE 2011, DO MUNICÍPIO
 DE ASSIS. PROCESSO LEGISLATIVO. AUSÊNCIA DE
 PARTICIPAÇÃO COMUNITÁRIA.
 INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL
 QUE NÃO ASSEGURA A PARTICIPAÇÃO
 COMUNITÁRIA EM SEU PROCESSO LEGISLATIVO,
 POR AFRONTA AOS ARTIGOS 180, INCISO II, E 191,
 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. AÇÃO
 PROCEDENTE.

Trata-se de Incidente de Inconstitucionalidade suscitado pela 2ª
 Câmara de Direito Público, originária da Ação Civil Pública proposta pelo
 Ministério Público do Estado de São Paulo, contra o Município de Assis e a
 Câmara Municipal dos Vereadores de Assis, tendo por objeto a Lei do
 Município de Assis nº 5.570, de 2011, que estabelece:

*“Art. 1º. Ficam autorizados, aos proprietários de lotes urbanos, com
 área igual ou inferior a 150,00 m2 (cento e cinquenta metros
 quadrados) e testada mínima de 1,00 (um) metro, para o prazo de
 180 (cento e oitenta) dias, contados da publicação desta Lei,
 procederem ao desmembramento de seus imóveis e respectiva e
 definitiva regularização, junto ao Departamento de Cadastro
 Imobiliário da Prefeitura Municipal de Assis”.*

A ação promovida pelo Ministério Público levou em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Quinta Câmara Criminal de São Paulo

consideração os termos contidos no Ofício nº 43/2011 do Presidente da Mesa Diretora do Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano de Assis - COMDURB, assim descritos (fls. 13):

“Senhor Promotor:

Vimos por meio desta informar V. Excelência que o PL 85/2011, que trata da regularização de lotes urbanos menores que 150 m², aprovado pela Câmara em 5/09/2011, não foi submetido ao parecer deste Conselho.

Deste modo, consultamos essa Promotoria de Justiça de como proceder, frente à questão, pois, trata-se de assunto de interesse da política urbana, desrespeitando a Lei Complementar nº 10/2006, em seu inciso 'III' do artigo 127, reforçada pela Lei Complementar nº 4.995/2007, no inciso 'III' do artigo 4º, os quais versam que é competência do COMDURB-Assis 'deliberar sobre projetos de lei de interesse da política urbana, antes de seu encaminhamento à Câmara Legislativa'.”

Em recursos de apelação interpostos pela Câmara Municipal de Assis e pela Prefeitura Municipal de Assis contra a r. sentença que julgou parcialmente procedente a ação civil pública, condenando o Município ao cumprimento de obrigação de não fazer (fls. 147/148), a 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo não conheceu do recurso da Câmara Municipal de Assis e determinou a remessa dos autos ao C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, destacando-se do v. Acórdão (fls. 153/161):

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Pretensão de condenar o Município de Assis ao cumprimento de obrigação de não fazer, consistente em se abster de autorizar e aceitar desmembramento dos imóveis com base na Lei Municipal nº 5.570/2011. Reconhecimento de inconstitucionalidade incidental de lei. Incompetência desta Colenda Câmara para apreciar a constitucionalidade da mencionada lei, sob pena de violação do artigo 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal. Remessa dos autos ao Órgão Especial deste Eg. Tribunal para apreciação da questão prejudicial da inconstitucionalidade da lei municipal.”

A douta Procuradoria Geral de Justiça emitiu parecer pela inconstitucionalidade da lei nos seguintes termos (fls. 169/177):

“CONSTITUCIONAL. Urbanístico. Incidente de inconstitucionalidade. LEI N. 5.570, DE 09 DE SETEMBRO DE 2011, DO MUNICÍPIO DE ASSIS. PROCESSO LEGISLATIVO. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO COMUNITÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. O incidente de inconstitucionalidade



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Quinta Câmara Criminal de São Paulo

não se consubstancia em consulta do órgão julgador fracionário ao tribunal pleno nem tem outra finalidade senão a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, competindo ao órgão fracionário, em qualquer hipótese, se pronunciar sobre a inconstitucionalidade suscitada, fundamentando seu acolhimento ou sua rejeição. 2. Não conhecimento de incidente de inconstitucionalidade de lei se a turma julgadora simplesmente determina sua instauração sem pronunciamento positivo ou negativo da inconstitucionalidade. 3. Inconstitucionalidade de lei municipal que não assegura a participação comunitária em seu processo legislativo (arts. 180, II, e 191, da CE/89). 4. Inconstitucionalidade.”

Distribuídos os autos, o E. Órgão Especial não conheceu da arguição, de conformidade do voto do Relator, assim descrita (fls. 184/188):

“Arguição de inconstitucionalidade – Lei nº 5.570/2011. Do Município de Assis – Incidente suscitado pela 2ª Câmara de Direito Público – Órgão fracionário que não enfrentou a constitucionalidade – Necessidade de observar o rito previsto no art. 481, *caput*, do CPC – Incidente não conhecido, devendo os autos retornar à C. Câmara para enfrentamento do tema.”

Retornaram os autos a 2ª Câmara de Direito Público, esta proferiu decisão no sentido de determinar a remessa dos autos ao Órgão Especial, de conformidade com o voto do Relator, que supriu a fundamentação, encerrando-o nestes termos (fls. 198/205):

“Ante o exposto, determina-se a remessa dos autos ao C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, a fim de que a questão a respeito da inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5570/2011 seja apreciada, com proposta de reconhecimento de inconstitucionalidade da lei municipal, por violação dos arts. 180, II e 191 da Constituição Estadual, para posterior prosseguimento do julgamento deste recurso.”

É o relatório.

A ação merece prosperar.

Com efeito, estabelece a Lei Municipal de Assis nº 4.995, de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Quinta Câmara Criminal de São Paulo

29 de maio de 2007:

“Art. 1º. Fica pela presente lei, regulamentado o Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano de Assis – COMDURB, conforme o disposto no Estatuto da Cidade – Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001 e no Plano Diretor do Município de Assis – Lei Complementar nº 10, de 10 de outubro de 2006, art. 126.

Art. 4º. Compete ao COMDURB:

III - deliberar sobre projetos de lei de interesse da política urbana, antes de seu encaminhamento à Câmara Municipal.”

Consoante assinalado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em sua petição inicial, em 2011 a Câmara Municipal aprovou e o Poder Executivo sancionou projeto de lei que resultou na Lei Municipal nº 5.570/11, e que argumentando que “não houve parecer do Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano – COMDURB, o que constitui vício no processo legislativo e impede a Prefeitura de praticar validamente os atos mencionados na Lei Municipal”.

Destarte, restaram contrariados os artigos 180, inciso II e o artigo 191, da Constituição Estadual:

“Art. 180. No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão:

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

“Art. 191 – O Estado e os Municípios providenciarão, com a participação da coletividade, a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, artificial e do trabalho, atendidas as peculiaridades regionais e locais e em harmonia com o desenvolvimento social e econômico.”

Tais disposições estão em conformidade com o art. 182 da Constituição Federal, que estabelece:

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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Quinta Câmara Criminal de São Paulo

Acerca da participação popular no planejamento municipal, o Professor Adilson de Abreu Dallari, em seu artigo "Planejamento Municipal", in "Tratado de Direito Municipal", volume II, São Paulo: Quartier Latin, 2012, p.789/790, destaca que:

"A participação popular nos assuntos da Administração Pública não é uma benesse ou uma gentileza de determinadas autoridades, mas, sim, tem fortes raízes constitucionais, a partir de seu primeiro artigo, o qual afirma que todo o poder emana do povo, que o exerce através de representantes ou diretamente.

Em compensação, a participação popular no planejamento urbano está definitivamente consolidada. A Constituição Federal, art. 29, inciso XII, tornou obrigatória a cooperação das associações representativas de segmentos da comunidade local no planejamento municipal. Essa obrigatoriedade foi reforçada pelo Estatuto da Cidade (Lei n 10.257, de 10.07.2001) e, atualmente, já é condição de validade dos Planos Diretores, havendo já decisões do Poder Judiciário anulando planos elaborados sem participação popular.

O fato é que as consultas públicas foram, paulatinamente, ganhando vigor e espaço, abrangendo não só o planejamento físico, mas também decisões em questões de seguridade social, saúde, educação, etc., em todas as esferas de governo, podendo-se falar, portanto, em um princípio da participação popular na Administração Pública.

"Entendemos, pois, tratar-se a participação administrativa de princípio implícito no ordenamento constitucional brasileiro, conectado ao princípio democrático, ao princípio do Estado de Direito e ao princípio da eficiência administrativa. Poderíamos, admitida a classificação, configurá-la como subprincípio, ou seja, princípio derivado dos princípios democráticos, do Estado de Direito e da eficiência administrativa em sua acepção organizacional; melhor dizendo, na justa medida em que tanto democracia quanto Estado de Direito e eficiência administrativa imponham a adoção de uma forma de organização da função administrativa do Estado que compreenda a adoção de institutos de participação popular na Administração Pública" (Perez, Marcos Augusto. A Administração Pública Democrática. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2004, p. 83).

Pode-se inferir, portanto, que o planejamento já estava afirmado no texto original da Constituição Federal de 1988, e que esse planejamento passou a ser necessariamente participativo, por força



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Quinta Câmara Criminal de São Paulo

da nova fisionomia dada à Administração Pública pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998. Esse é um caminho sem volta.

“Não se admite mais nem o empirismo, nem a improvisação, nem muito menos, o descontrole e a irresponsabilidade. O planejamento, estabelecido de maneira democrática, inclusive com a necessária participação popular, foi definitivamente entronizado na Administração Pública. A tecnocracia está morta e enterrada. Da mesma forma, não se pode admitir mais o autoritarismo burocrático baseado no dogma da infalibilidade do Estado.

Os novos tempos são marcados pela administração participativa, pelas decisões negociadas, pela conciliação de interesses, pelo respeito às peculiaridades de cada caso e pela razoabilidade na aplicação da lei.” (Dallari, Adilson Abreu. Privatização, eficiência e responsabilidade”, In: Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. Uma avaliação das Tendências do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 220)”.

Acrescente-se que a Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade), que *“Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências”*, prevê a participação da comunidade, como se pode ver, exemplificativamente, das seguintes disposições:

“Art. 1º Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei. Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.”

*“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:
 II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;”*

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

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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Quinta Câmara Criminal de São Paulo

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

A doutrina explica a relevante importância do Estatuto da Cidade, lei nacional, que estabelece normas gerais de observância obrigatória pelos Municípios:

*“A promulgação da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada oficialmente como Estatuto da Cidade, é um marco extremamente relevante para o desenvolvimento do direito urbanístico, da atividade urbanística e, muito especialmente **do planejamento na gestão pública municipal.***

*O Estatuto da Cidade foi editado pela União na competência que lhe dá o artigo 24, inciso I, da Constituição Federal, para editar normas gerais de Direito Urbanístico. A inferência imediata que se deve retirar disso é que o Estatuto da Cidade não é uma simples Lei Federal, no sentido de ser uma lei aplicável apenas ao aparelho administrativo da União: o Estatuto da Cidade é uma lei nacional, que **estabelece normas gerais de observância obrigatória** por todos os jurisdicionados do Estado brasileiro, inclusive, e muito especialmente, os Municípios.*

*O Estatuto da Cidade enumera um extenso rol de instrumentos de atuação urbanística, ou seja, de meios pelos quais o Poder Público municipal **pode e deve** atuar no sentido de promover o bem-estar e a qualidade de vida nas cidades.” (Adilson Abreu Dallari, Planejamento Municipal, in Tratado de Direito Municipal, volume 2, São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 787)*

Destarte, verifica-se que o artigo 182 da Constituição Federal contém os fundamentos da política de desenvolvimento urbano, e foi regulamentado pela Lei Federal nº10.257/2001, a qual, para garantir a gestão democrática da cidade, dispõe que devem ser utilizados órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal, e programas e projetos de desenvolvimento urbano, com gestão democrática por meio da participação da população e de entidades comunitárias.

A Constituição Estadual, em seus artigos 180, II e 191, seguindo os mandamentos constitucionais, prevê a participação de entidades comunitárias na política de desenvolvimento urbano.

Seguindo esta linha, a Lei nº 4.995/2007, do Município de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Quinta Câmara Criminal de São Paulo

Assis, que criou o Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano, estabeleceu a competência do COMDURB, dentre outras, de deliberar sobre projetos de lei de interesse da política urbana, antes de seu encaminhamento à Câmara Municipal (artigo 4º, inciso III).

“Art. 1º. Fica pela presente lei, regulamentado o Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano de Assis – COMDURB, conforme o disposto no Estatuto da Cidade – Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001 e no Plano Diretor do Município de Assis – Lei Complementar nº 10, de 10 de outubro de 2006, art. 126.

Art. 2º. O COMDURB é um órgão de caráter consultivo, deliberativo e de acompanhamento, integrante do Sistema de Gestão e Planejamento do Desenvolvimento Urbano no Município de Assis, vinculado à Secretaria de Planejamento, Obras e Serviços.

Art. 3º. O COMDURB rege-se pelos seguintes princípios e objetivos:
 I. *Assegurar a participação da comunidade na elaboração e implementação de políticas públicas, voltadas para o ordenamento físico e territorial do Município, em especial no âmbito da habitação, do parcelamento, do uso e ocupação do solo, do saneamento ambiental, dos transportes urbanos e da infra-estrutura;*

Art. 4º. Compete ao COMDURB:

I – acompanhar a implementação do Plano Diretor de Assis;

II – deliberar e emitir pareceres sobre proposta de alteração da Lei do Plano Diretor Participativo de Assis;

III – deliberar sobre projetos de lei de interesse da política urbana, antes de seu encaminhamento à Câmara Municipal;

IV – acompanhar a elaboração e regulamentação da legislação urbana e analisar, quando necessário, casos específicos;

V – acompanhar, apreciar e emitir parecer sobre a movimentação de recursos financeiros e a prestação de contas do Fundo Municipal de Desenvolvimento Urbano;”

A Lei impugnada, nº 5.570, de 09 de setembro de 2011, do Município de Assis, que tratou da regularização de lotes urbanos menores que 150m², foi elaborada sem que, durante a fase de projeto, tivesse sido consultado o COMDURB, configurando vício no processo legislativo, em seu aspecto formal.

Com efeito, leciona Gilmar Ferreira Mendes, em sua obra



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Quinta Câmara Criminal de São Paulo

“Curso de Direito Constitucional”, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1061:

“3.3.2.1. Inconstitucionalidade formal

Os vícios formais afetam o ato normativo singularmente considerados, sem atingir seu conteúdo, referindo-se aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei.

Os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regra de competência. Nesses casos, viciado é o ato nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final.”

Este C. Órgão Especial já se manifestou no mesmo sentido em algumas oportunidades:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta contra a Lei Municipal n.6.427, de 13 de julho de 2010, do Município de Mogi das Cruzes. Norma relativa ao desenvolvimento urbano. Lei de ordenamento do uso e ocupação do solo. Ausência de estudos e de planejamentos técnicos e de participação comunitária. Imprescindibilidade. Incompatibilidade vertical da norma mogicruzense com a Constituição Paulista. Ocorrência. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça. Ofensa ao artigo 180, II e 191 da Constituição Bandeirante. Inconstitucionalidade configurada. Ação procedente.

O demandante alega inconstitucionalidade da norma, uma vez que a aprovação do projeto que lhe deu origem ocorreu sem planejamento prévio consistente em estudos técnicos obrigatórios e oitiva da comunidade, padecendo, em consequência, de incompatibilidade vertical com a Constituição do Estado de São Paulo.

Por sua vez, esses preceptivos têm fundamento de validade nos artigos 29, inciso XII, 30, inciso VIII e 182 da Constituição Republicana:

“Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: XII - cooperação das associações representativas no planejamento municipal.

“Art. 30. Compete aos Municípios: VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;”

Dessa forma, para o estabelecimento das diretrizes e normas de desenvolvimento urbano são imprescindíveis o prévio estudo técnico e a participação da comunidade nos projetos de leis urbanísticas, como as que envolvem a de zoneamento, uso e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Quinta Câmara Criminal de São Paulo

ocupação do solo urbano.

Compulsando os autos, verifica-se que o Conselho Municipal da Cidade de Mogi das Cruzes - CONCIDADE, órgão vinculado ao Poder Executivo composto por representantes de diversas secretarias municipais, autarquia, fundações, sindicatos, associações civis participou de debate prévio à aprovação da lei, concordando com oito dos dez artigos do projeto originário, suprimindo a exigência de participação comunitária exigido pela Constituição Paulista, pois além de inexistir forma específica na Constituição de como essa participação deve se dar, o CONCIDADE possui composição heterogênea, de pessoas dos vários seguimentos da comunidade.

Contudo, a apresentação de duas emendas aditivas após a oitiva do CONCIDADE, sem oportunizar novo debate popular acerca das novas proposições, burlou o comando constitucional, tornando a lei, se não integralmente, ao menos parcialmente inconstitucional.

Por outro lado, se a ausência de participação popular não eivou todo o comando normativo da Lei n. 6.427/10 de inconstitucionalidade, a falta de estudos e planejamentos prévios acarretou sua incompatibilidade vertical com a Constituição Paulista. O controle do uso do solo urbano apresenta-se como das mais prementes necessidades em nossos dias, em que o fenômeno da urbanização dominou todos os povos e degradou as cidades mais humanas, dificultando a vida de seus moradores pela redução dos espaços habitáveis, pela deficiência de transportes coletivos, pela insuficiência dos equipamentos comunitários, pela promiscuidade do comércio e da indústria com as áreas de residência e lazer. (Hely Lopes Meirelles, "Direito Municipal Brasileiro", p. 563, 16a ed., atualizada por Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva, 2006, Malheiros).

As leis urbanísticas, como as de uso e ocupação do solo, têm por fim harmonizar as zonas em que se divide o perímetro da cidade, estabelecendo em áreas adequadas as diversas atividades urbanas, de modo a impactar o menos possível o convívio social, equilibrando o interesse coletivo com o individual no uso da propriedade particular e pública, inclusive. E nos dias atuais, o crescimento desmedido das urbes exige cada vez mais o planejamento prévio de ordenamento da cidade, de seu traçado e zoneamento, da disciplina dos loteamentos e das construções, das consequências concernentes à mobilidade urbana, etc. a fim de se viabilizar essa convivência equilibrada e harmoniosa.

Destarte, trata-se de diploma legislativo verticalmente incompatível com a Constituição Paulista, vez que o processo legislativo não observou norma de observância obrigatória, qual seja, a exigência de planejamento e de estudos prévios e de participação popular em matéria urbanística.

(Direta de Inconstitucionalidade nº 0494837-36.2010.8.26.0000, Relator Des. Guerrieri Rezende, v.u., j. 12/09/2012)

“Ação direta de inconstitucionalidade - Lei municipal que altera



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Quinta Câmara Criminal de São Paulo

substancialmente a lei que dispõe sobre o Plano Diretor do Município - Necessidade de ser o processo legislativo - tanto o referente à elaboração da Lei do Plano Diretor como daquela que a altera —integrado por estudos técnicos e manifestação das entidades comunitárias, fato que não ocorreu —Audiência do Conselho Municipal de Política Urbana que não supre a exigência da participação popular, caracterizadora de uma democracia participativa – Ação procedente.

Está, pois, absolutamente claro que os legisladores constituintes exigiram a participação efetiva da população do Município na elaboração da diretrizes e normas concernentes ao desenvolvimento urbano. E a democracia participativa, que vai além da simples representação popular. O regime da democracia participativa ou democracia deliberativa é aquele no qual se pretende que existam efetivos mecanismos de controle da sociedade civil sob a administração pública, não se reduzindo o papel democrático apenas ao voto, mas também estendendo a democracia para a esfera social.

Democracia participativa que, segundo Paulo Bonavides, poderá fazer a transição da obsolescência representativa dos parlamentos para a instantânea e eficaz e legitimante aplicação dos mecanismos plebiscitados da Constituição, instaurando assim, em definitivo, as bases democráticas do poder (Palestra proferida no I Encontro Nacional da Associação Juizes para a Democracia em Recife/PE, no dia 01/12/2005, cujo tema era "Por um direito constitucional de lutas e resistência).

Eis a precípua determinação da lei, que é a questão central envolvida na ação direta de inconstitucionalidade em apreço: gestão democrática da cidade por meio da população e de associações representativas.

Não basta, portanto, ouvir o Conselho Municipal de Política Urbana para atendimento do ditame constitucional e legal da participação popular. A composição do citado órgão (fls. 58/59) em absoluto autoriza vislumbrar a participação popular.

Mas, além da ausência de demonstração da participação popular no debate acerca das alterações de lei do Plano Diretor da cidade, também não restou comprovado que estudos técnicos foram realizados para sua elaboração.

Realmente, é trabalhoso planejar o desenvolvimento urbano. É custosa a elaboração de lei que institui o plano diretor da cidade.

Porém, é preciso a realização desse esforço, com a efetiva participação da população, sem o que as cidades brasileiras continuarão a se desenvolver de forma desordenada, tornando-se incapaz de cumprir seu desiderato, que é o de nos permitir nela viver e buscar a felicidade.

(Direta de Inconstitucionalidade nº 0207644-30.2011.8.26.0000, Relator Walter de Almeida Guilherme, v.u., j. 21/03/2012)

Assim, é de ser declarada a inconstitucionalidade da lei, sendo de rigor aplicar-se a eficácia "ex tunc" da presente declaração de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Quinta Câmara Criminal de São Paulo

inconstitucionalidade.

E no âmbito do Supremo tribunal Federal, colhemos:

“A declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia *'ex tunc'* (RTJ 146/461-462 – RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.” (AgR no Agravo de Instrumento n. 589.789/RJ, STF, 2ª Turma, Celso de Mello, unânime, 12-09-2006, DJ 07-12-2006 p. 64 – Transcrição parcial da ementa).

Isso posto, **julga-se procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 5.570, de 09 de setembro de 2011, do Município de Assis, com efeito *"ex tunc"*. Remetam-se os presentes autos à E. 2ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça.**

*José **Damião** Pinheiro Machado **Cogan***
Desembargador Relator