

NÃO É OBRIGATÓRIA A PARTICIPAÇÃO POPULAR QUANDO DA APROVAÇÃO DE LEIS URBANÍSTICAS

TOSHIO MUKAI*

O Estatuto da Cidade, que se constitui em um conjunto de normas gerais, disse a propósito da participação popular na aprovação das leis urbanísticas:

“§4º do art. 40: No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

- I. a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;*
- II. a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;*
- III. o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.” (g.n)*

Essa disposição, sendo norma geral, deveria ter sido reproduzida pela Constituição do Estado, porque a matéria é concorrente.

Entretanto, a Constituição do Estado da Bahia, promulgada em 5 de outubro de 1989, na sua redação original, e até hoje, não adaptada àquele texto do Estatuto da Cidade, no seu art. 64 reza de modo diferente sobre a questão da participação popular:

“Art. 64: Será garantida a participação da comunidade, através de suas associações representativas, no planejamento municipal e na iniciativa de projetos de lei de interesse específico do Município, nos termos da Constituição Federal, desta Constituição e da Lei Orgânica Municipal”.

Essa norma, além de condicionar a elaboração e aprovação de qualquer lei municipal, com a iniciativa da população, o que é inconstitucional, por ofender a autonomia municipal, garante essa participação em todo planejamento municipal, contrariando o §4º do art. 40 do Estatuto da Cidade, que garante a participação popular na feitura da lei do Plano Diretor, mas não na elaboração de leis dele decorrentes, pois, neste aspecto, a norma apenas garante a participação popular na fiscalização da execução das leis decorrentes do Plano Diretor, mas não nas suas elaborações.

Portanto, o art. 64 da Constituição do Estado da Bahia está com sua vigência suspensa. Nos termos do §4º do art. 24 da Constituição Federal, por contrariar (estender a participação popular para a elaboração de leis decorrentes do Plano Diretor) a norma geral contemplada no art. 40, §4º do Estatuto da Cidade.

A propósito desse artigo 64, ele é absolutamente inconstitucional, posto que interfere e condiciona a elaboração das leis pelos municípios de modo a invadir a competência legislativa dos Municípios, e, em consequência, ofende abertamente a autonomia municipal prevista no art. 18 da Constituição Federal, e no art. 30 da mesma Constituição.

A respeito da invalidade ou validade de leis decorrentes de níveis de Governo diferentes, o grande Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal teve ocasião de nos fornecer preciosas lições.

No seu clássico *“Problemas de Direito Público”, Forense, Rio de Janeiro, 1960*, Victor Nunes Leal dizia, ao abordar o tema *“II – Conflitos de Leis Municipais com Leis Federais ou Estaduais”*:

“Indicaremos, por último, a observação do Prof. Haroldo Valadão. Depois de citar as clássicas palavras de Rui Barbosa sobre a quádrupla escala da ordem legislativa nas federações, acentuou o consultor-geral da República que somente as “leis federais válidas” prevalecem sobre as constituições e leis dos Estados” (Pareceres do Consultor Geral da República, vol. I, Rio de Janeiro, 1949, p. 196) (p.165).

Adiante o Ex-Ministro do STF, nos traz afirmação mais do que pertinente ao assunto, de Pontes de Miranda: *“Os Municípios não podem ser privados, ainda pela Constituição estadual, da competência para organizar os seus serviços”*. Adianta Victor Nunes: *“O que diz o ilustre constitucionalista da organização dos serviços municipais é aplicável a todos os assuntos da competência, privativa dos municípios. E o legislador federal também está nestas matérias, tão manietado como os constituintes do Estado, porque o laço, que lhes prende as mãos é a própria Constituição Federal”* (pp. 166/167). (g.n)

Em outra passagem, o Ex-Ministro do STF denunciava (já em 1960) o seguinte:

“1. Um exame atento das Constituições estaduais promulgadas no atual regime revela disposições inequivocamente ofensivas do estatuto político da União no que se refere à autonomia municipal. O assunto já foi parcialmente considerado pelo Supremo Tribunal Federal, no caso de São Paulo (Acórdão de 3-10-47, representação n.º 96, Ver. Forense, vol. 125, p. 93).”
(g.n)

À p. 340 do seu precioso livro, o Ex-Ministro nos apresenta quatro princípios ou regras para se saber quando uma lei municipal foi ou não atingida em sua higidez jurídica:

“H. Tomado o Município como ponto de referência, podemos traduzir essas noções nos seguintes princípios, que servirão de premissas para as restantes considerações deste artigo:

- a) *A competência municipal expressa e exclusiva barra a competência federal e a estadual; as leis da União e dos Estados serão, em tal caso, exorbitantes.*
- b) *A competência municipal implícita prevalece sobre os poderes remanescentes dos Estados.*
- c) *A competência municipal implícita cede, porém, aos poderes federais expressos e implícitos, e cede também aos poderes estaduais expressos, quer sejam exclusivos, quer sejam concorrentes.*
- d) *Finalmente, a competência municipal concorrente cede à estadual e federal.” (p.346) (g.n)*

No caso presente, aplicar-se-ão as letras “a” e “b”.

Enfim, o que está claro é que o art. 64 é inconstitucional por violentar e determinar obrigações ao legislador municipal, e, como consequência, violentar a autonomia municipal.

1. *Interpretação do art. 1º da Constituição Federal. Democracia indireta e democracia direta. Intepretação autêntica do §4º do art. 40 do Estatuto da Cidade.*

O Parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal reza:

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

Essa disposição contém três comandos: o poder que emana do povo, em primeiro lugar e como regra, será exercido por meio de representantes eleitos; poderá também, como exceção, ser exercido diretamente; nos termos da Constituição.

Esta expressão última nos leva ao princípio da legalidade insculpido como bussola maior do exercício do poder, no art. 37 da Constituição.

E é por isso que existe a Lei Eleitoral, os Tribunais Regionais eleitorais e o Superior Tribunal de Eleitoral, dando atenção ao princípio da legalidade.

Assim também, quando se pretender exercer o poder diretamente, há que haver lei prevendo a obrigação de os poderes públicos darem guarida à participação popular, em que condições, em que extensão, de que modo será ela operacionalizada, em que hipóteses caberá, etc.

A introdução da participação popular nos âmbitos de cada nível de Governo, como somos uma Federação, sendo a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, deve ser adotada por leis, de cada um desses níveis de Governo, sendo a exceção, a norma geral (exemplo, o §4º do art. 40) que pode legislar para todos os níveis de Governo.

Porém, o Estado-membro não pode impor aos Municípios, o dever de garantir a participação popular na feitura das leis municipais, como o fez o art. 64 da Constituição do Estado da Bahia, por ofensa à autonomia legislativa dos municípios. O Estado, além do mais, não possui competência, sob pena de violação ao regime federativo, mesmo através da Constituição do Estado, para impor

obrigações aos Municípios, eis que em tal acontecendo, haverá quebra do regime federativo e infração a cláusula pétrea.

Com efeito, nenhuma Emenda Constitucional pode ser, sequer objeto de apreciação, quando ela seja tendente a abolir: "I – a forma federativa do Estado;" (art. 60, §4º, I da CF)

Se é assim, o art. 64 da C.E. ao invadir competência legislativa municipal, tendo violentado a forma federativa do Estado, é absolutamente inconstitucional por violar cláusula pétrea.

Portanto, quando a norma geral prevista no §4º do art. 40 do Estatuto, fixa a extensão obrigatória da participação popular, não se pode senão aplicá-la, nos exatos termos da disposição interpretada.

Não foi o que ocorreu, com diversos autores, inclusive nós que fizemos uma interpretação apressada da disposição, sem uma análise mais acurada da norma.

Porém, isto ocorre, em muitos casos, porque a mais difícil tarefa do operador do Direito é, sem dúvida, a de efetuar uma interpretação correta da norma jurídica.

Sobre essa questão, Carlos Maximiliano, o príncipe da hermenêutica, na sua imorredoura obra (Hermenêutica e Aplicação do Direito, Editora Forense, 19ª edição, 2010) escreveu:

“Em resumo: a obra do intérprete é difícil e delicada; pressupõe tato, felicidade de intuição, critério e o ‘saber de experiência feito’.”

107. Cumpre evitar, não só o apego à letra do dispositivo, como também o excesso contrário, o de forçar a exegese, e deste modo, encaixar na regra escrita, graças à fantasia do hermeneuta, as teses pelas quais este se apaixonou, de sorte que vislumbra no texto ideias apenas existentes no próprio cérebro, ou no sentir individual, desvairado por ojerizas e pendores, entusiasmos e preconceitos. “A

interpretação deve ser objetiva, desapaixonada, equilibrada, às vezes audaciosa, porém não revolucionária, aguda, mas sempre atenta respeitadora da Lei. (1 – Francesco Ferrara, Trattato Di Diritto Civile Italiano, 1921, vol. 1, p.206)”. (p.85).

“Toda inclinação, simpática ou antipática, enfraquece a capacidade do intelecto para reconhecer a verdade, torna-o parcialmente cego. A ausência de paixão constitui um pré-requisito de todo pensamento científico”.

Em verdade, o trabalho do intérprete pode ser viciado quer por prevenção, ou simpatia, que o domine, sem ele o perceber, talvez, relativamente à parte, por sua classe social, profissão, nacionalidade e residência, ideias religiosas e políticas. O homem é levado à solidariedade com outro, ou à ojeriza deste, pelos sentimentos imperceptíveis que lhe despertam a tradição histórica, a hereditariedade, o meio familiar ou escolar em que foi educado. Por isso é condescendente, ou severo demais, sem o saber.

108. Diversas tendências, impedem raciocinar com a necessária acuidade e justiça. Entre elas sobreleva a de generalizar, a de preferir instintivamente os princípios absolutos; só depois de refletir se aceitam as exceções, muito mais difíceis de ensinar aos indoutos do que as regras gerais.” (p. 85).

Francesco Ferrara, o maior hermeneuta que a Itália já conheceu, no seu lendário *“Interpretação e Aplicação das Leis”*. trad. de Manuel A. de Andrade – 2ª edição. Coimbra – Armênio Amado – Editora – 1963, escreveu:

“4 – Idéias Gerais:

Mas a actividade central que se desenvolve na aplicação da norma de direito é a que tem por objeto a interpretação.

O texto da lei não é mais do que um complexo de palavras que servem para uma manifestação de vontade, a casca exterior que encerra um pensamento, o corpo de um conteúdo espiritual.” (pp. 127/128).

E mais à frente: “A actividade interpretativa é a operação mais difícil e delicada a que o jurista pode dedicar-se, e reclama fino tacto, sendo apurado, intuição feliz, muita experiência e domínio perfeito não só do material positivo, como também do espírito de uma certa legislação.” (p. 129).

E, mais à frente, a seguinte valiosa lição:

“A interpretação é uma actividade única complexa, de natureza lógica e prática, pois consiste em induzir certas circunstâncias, a vontade legislativa. Com respeito a tais circunstâncias é uso distinguir a interpretação em literal e lógica, conforme se procure determinar o sentido da lei através da sua formulação verbal ou do seu escopo, mas a interpretação gramatical também é lógica, uma vez que pretende inferir logicamente da palavra o valor da norma jurídica.

Não há várias espécies de interpretação. A interpretação é única: os diversos meios empregados ajudam-se uns aos outros, combinam-se e controlam-se reciprocamente, e assim todos contribuem para a averiguação do sentido legislativo.” (p.131).

Genaro R. Carrió, outro grande mestre inesquecível (“Notas sobre Derecho y Language – Abeleto Perrot – 6ª impressão da 1ª edição, 1964) na Terceira Parte de sua pequena mas riquíssima obra, diz:

“Sobre los desacuerdos entre los juristas”.

Me ocuparé ahora de las controversias o desacuerdos entre los juristas, en la medida en que tales discrepancias eston relacionadas com problemas de language” (p. 63).

A p. 94 escreve: “b) – *El ‘significado’ de una palabra o expresión lingüística depende, por lo tanto, de una convención. Definir una palabra es hacer explícitas las reglas de uso de la misma, esto es, decir para que sirve, y senalar cuales son las oportunidades, circunstâncias o fenômenos em presencia de los cuales es “correcto” – segun esas reglas de uso-valerse de la expresión deprimida.*” (p. 64).

De todo o exposto, conclui-se que na interpretação do § 4º do art. 40 do Estatuto da Cidade, olvidou-se (inclusive nas várias decisões citadas na inicial da ADI) a palavra “fiscalização de sua implementação” (do plano diretor).

Daí ocorreram interpretações que levaram a entender que qualquer lei que decorresse do plano diretor estivesse também na obrigação de ter a participação popular na sua elaboração.

Entretanto a norma referida fala em “*implementação*”. Qual o significado dessa palavra?

Pode a norma estar se referindo a leis urbanísticas decorrentes do plano diretor como também podem estar se referindo a planos específicos regionais referentes a determinadas regiões do Município.

De qualquer modo, a expressão “fiscalização de sua implementação” retira da norma qualquer obrigação de se conceder participação popular nas leis urbanísticas, mesmo que estas venham a proceder alterações pontuais no plano diretor;

2. O Estado-membro não pode obrigar o Município a promover audiências públicas para a elaboração e aprovação de leis de uso e ocupação do solo. Ofensa aberta à autonomia constitucional dos Municípios.

O art. 64 da Constituição do Estado determinou que os Municípios são obrigados a garantir a participação popular no planejamento Municipal, através de suas associações representativas, no planejamento Municipal (extensão do § 4º do art. 40 do Estatuto da Cidade) e na iniciativa de projetos de lei de interesse específico do Município, nos termos da Constituição Federal, desta Constituição e da Lei Orgânica Municipal.

Tal norma, ainda que contemplada na Constituição do Estado, e por isso mesmo, afronta a autonomia local dos Municípios e estilhaça e tende a abolir a Federação, sendo violadora de cláusula pétrea da Constituição Federal, como já visto.

Essa ofensa se dá quando a disposição obriga o Município a conceder participação popular em todo e qualquer tipo de planejamento Municipal e

não só o urbanístico, e também em relação a iniciativa de lei sobre qualquer assunto.

Portanto o art. 64 é absolutamente inconstitucional e, portanto, inexistente, como já teve ocasião de declarar o Supremo Tribunal Federal: "1) Lei inconstitucional - veto - rejeição. - É inconstitucional decreto do Chefe do Poder Executivo determinando aos órgãos a ele subordinados que se abstenham de dar execução a dispositivos vetados por falta de iniciativa do projeto e promulgado após rejeição do veto. - O Poder Executivo pode deixar de cumprir leis inconstitucionais." (STF, Pleno, Rep. 980 - Rel. Min. Moreira Alves, j. 21.11.1979, RDA, 140:49)

Ora se tal norma é inconstitucional, como é que uma lei municipal de uso e ocupação do solo pode ser declarada inconstitucional (por afrontar uma norma inconstitucional)?

Carlos Maximiliano asseverou: "Uma lei inconstitucional é como se não tivesse existido" (Comentários à Constituição Brasileira, Rio: Freitas Bastos, 1948, 4ª ed. v. 1, ps. 153 e 155).

I. Exame das questões de mérito da inicial

1. Invasão da autonomia municipal pelo art. 64 da Constituição do Estado, por deliberar sobre assuntos de interesse local. Não correspondência com a norma geral do § 4º do Estatuto da Cidade.

Já ficou demonstrada a inconstitucionalidade do art. 64 da Constituição (em relação à qual se pretende declarar inconstitucionais três leis de uso do solo Municipais).

Ocorre que é cristalino que uma norma como a do art. 64 da Constituição do Estado da Bahia não poderia ali estar presente, pois que, assegurar a participação no planejamento municipal (em termos amplos) e também nas iniciativas de leis (sobre qualquer assunto), intervém na autonomia legislativa dos Municípios e, portanto nas suas próprias autonomias constitucionais previstas no art. 18 da CF.

Ademais, como vimos, o art. 64 não observa a norma geral do § 4º do art. 40 da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade). Ademais, não pode o art. 64 da Constituição Estadual sobrepor-se ao art. 80 da Lei Orgânica do Município, esta sim, sendo a “Constituição Municipal” tem competência constitucional para legislar sobre a questão.

O art. 29 da Constituição Federal estabelece que a Lei Orgânica do Município deverá observar os princípios da Constituição Federal e os da Constituição do Estado.

Não se pode entender que o art. 64 da Constituição se constitua num princípio, porque se trata de uma norma que cria obrigação para os Municípios, inconstitucionalmente, com invasão da autonomia Municipal.

Do outro lado, o mesmo artigo 29 da Constituição Federal coloca como um dos preceitos da Lei Orgânica: XII – Cooperação das Associações representativas no planejamento Municipal.

Como se verifica, essa norma não obriga à participação das Associações representativas no planejamento Municipal. Apenas faculta a tais associações que cooperem na execução desse planejamento. Em nenhuma hipótese essa cooperação pode ser entendida como uma obrigação para o Município, pois quem coopera o faz deliberadamente, a título de ajuda, auxílio, se quiser.

A autonomia municipal de que fala o art. 18 da Constituição Federal, segundo a doutrina maciça tem o significado de dar a si leis próprias e executar suas ações com recursos próprios; é evidente que cada ente federativo

possui uma legislação (um direito) administrativa própria, que compõe um centro de legalidade diferenciado daqueles oriundos de outros centros legislativos.

É por essa razão que a Constituição do Estado da Bahia invade essa autonomia Municipal quando condiciona, através do seu artigo 64, o Poder de o Município legislar autonomamente, sobre questões locais.

Voltaremos a essa questão.

2. O Estatuto da Cidade e a Lei Orgânica Municipal, diplomas legais únicos e legítimos para imporem a participação popular em termos urbanísticos.

Como já dito, cada ente federativo tem autonomia para legislar no âmbito de suas competências espaciais: local, regional e nacional (Municípios, Estados-membros e União). Para disciplinar todo o direito Municipal temos a Lei Orgânica dos Municípios; para disciplinar o direito estadual temos a Constituição do Estado-membro e para disciplinar o direito federal temos a Constituição Federal.

Isto ocorre em obediência ao regime federativo inscrito no art. 18 da Constituição Federal que reza: *“A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, em termos desta Constituição”*.

Portanto, os entes federativos devem ser vistos em pé de igualdade. Inexiste hierarquia administrativa entre os entes federativos.

A única hierarquia existente na Constituição Federal vem contemplada em termos legislativos, no art. 24, que estatui a denominada competência concorrente, onde as normas gerais baixadas pela União deverão ser observadas pelos Estados-membros (sem alterações, restrições ou extensões), Distrito Federal e Municípios quando da elaboração de suas leis sobre o assunto tratado naquelas normas. Trata-se, pois, de uma hierarquia legislativa, que se

manifesta na obrigação de os Estados, D.F. e Município observarem em suas legislações aquelas normas gerais.

Observamos que, como o artigo 24 referido não fala, em seu caput, do Município, alguns entendem que ele estaria fora da competência concorrente. Mas é evidente que nem se precisaria falar no Município pois, na redação do art. 24 ele é o último da cadeia, e o art. 30, I e II, dão competência legislativa local para o Município, devendo ele obedecer as normas gerais da União, desde que válidas. Deveria também observar as normas gerais válidas dos Estados. Mas, no caso presente, como vimos o art. 64 da Constituição do Estado da Bahia é inválido (inconstitucional) o Município de Salvador e todos os da Bahia não devem obediência ao art. 64 referido.

Destarte, sobre o assunto participação popular na elaboração das leis urbanísticas e do Plano Diretor, devem ser observadas a norma geral constante do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) que é o § 4º do art. 40 e a Lei Orgânica do Município.

Vejamos como deve ser interpretado o § 4º do art. 40 do Estatuto da Cidade, em primeiro lugar:

Diz a disposição referida:

“§ 4º - No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo Municipais garantirão:

- I. a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;*
- II. a publicidade quanto aos documentos e informações produzidas;*

III. o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos;

§ 5º - (Vetado).”

Vejamos como se deve interpretar essa disposição, com base nos grandes mestres já citados.

Em primeiro lugar, há que se decompor o “*caput*” em dois assuntos: o processo de elaboração do plano diretor; a fiscalização de sua implementação.

Nesses dois casos será garantida a participação popular prevista no inciso I. Ou seja, as palavras distinguem os casos: elaboração do plano diretor e a fiscalização de sua implementação.

Portanto deverá haver participação popular no processo de elaboração do plano diretor, apenas, e não de outras leis urbanísticas, decorram ou não do plano diretor, alterem-no ou não; já quando de sua implementação (palavra que estará indicando para leis decorrentes do plano diretor, ou para leis de planos específicos regionais de um Município dado). Neste último caso não se trata de participação popular na elaboração de leis decorrentes do plano diretor, mas sim de fiscalização da implementação do plano.

A população terá o direito garantido de fiscalizar a execução dos planos, projetos e programas urbanísticos e não o direito de participação nas elaborações? Deve se entender que a palavra “*implementação*” significa planos específicos que comporão o plano diretor, também haverá o direito popular de fiscalizar as suas produções e execuções.

Destarte, conclui-se daí que, em se tratando de leis de uso e ocupação do solo, não há necessidade legal da participação popular na sua elaboração, ao contrário do que a inicial pretende, talvez por questões emotivas mas não jurídicas, científicas.

Já a Lei Orgânica do Município de Salvador, este sim competente para dispor sobre a matéria, no seu artigo 80 dispôs:

“Art. 80 – Quanto da elaboração e/ou atualização do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano e dos planos específicos, o órgão de planejamento municipal deverá assegurar, durante todo o processo, a participação da comunidade, pela Câmara Municipal e dos setores públicos que poderão se manifestar de acordo com a regulamentação a ser fixada, devendo ser representados:

- I. a comunidade, pelas entidades representativas de qualquer segmento da sociedade;*
- II. a Câmara Municipal, pelos seus membros no Conselho de Desenvolvimento Urbano e através de representantes de suas comissões permanentes;*
- III. o Setor Público, pelos órgãos da administração direta e indireta municipal estadual e federal.”*

Como se verifica dessa redação, ela também somente obriga a garantia da participação popular quando da elaboração e atualização dele, e planos específicos (não leis de cunho urbanístico).

Aliás, o art. 76 dispõe que: *“Os planos específicos, programas e projetos urbanísticos criados ou implantados pelo Município deverão observar as diretrizes estabelecidas no Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano.”*

Portanto, os “*planos específicos*” não são leis urbanísticas normas como a de uso e ocupação do solo de parcelamento do solo, Código de



M U K A I
A D V O G A D O S
A S S O C I A D O S

Edificações, de zoneamento etc. Embora sejam leis (leis de planos), não são leis como as impugnadas pela inicial da ADI.

Outrossim, as diretrizes contidas no inciso II do art. 2º do Estatuto da Cidade dispõe: "gestão democrática por meio de participação da população e de associações representativas de vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano" (g.n). Essa diretriz é obrigatória para os planos diretores e deles deve constar, segundo o art. 39 do mencionado Estatuto da Cidade.

Por essa razão, quando o § 4º do art. 40 do citado Estatuto diz que "no processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação..." (g.n) refere-se a última expressão aos planos específicos (regionais), programas e projetos, e não a leis urbanísticas decorrentes do plano diretor.

** Mestre e Doutor em Direito (USP).
Ex-Professor de Direito Administrativo da
Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie.*