

PARECER

A CONSULTA

A ADEMI – Associação dos Dirigentes de Empresas do Mercado Imobiliário, da Bahia, apresentando-nos cópia da Inicial de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade com Pedido de Liminar, da Contestação à mesma, interposta pela Câmara Municipal de Salvador e demais documentos, solicita o nosso parecer sobre o mérito da Ação referida.

A Ação pretende que sejam declarados inconstitucionais os artigos 23, 24, § único, 89, 94, 95, 148, 149 e 152 da Lei n.º 8.167/2012, do Município de Salvador, em face do art. 60, IV e V, e 64 da Constituição Estadual da Bahia, em burla ostensiva a decisão judicial que suspendeu a reforma do PDDU (com a conseqüente infringência do art. 1º, §2º e 13 da Constituição Estadual, e, ainda, em face dos artigos 167, 168 225 da Constituição Estadual).

Ainda, e por penúltimo, pretende ver declarada a inconstitucionalidade do art. 160 da Lei n.º 8.167/2012 do Município de Salvador, por transgressão do art. 1º, §2º, 77, IV da Constituição Estadual.

Por fim, pede-se a declaração de inconstitucionalidade do art. 161 da referida Lei Municipal, que afrontou diretamente os arts. 1º, §2º, 77, II, III, VI e VII da Constituição do Estado.

TOSHIO MUKAI

Doutor em Direito: USP

(Direito Público: Administrativo, Urbanístico e Ambiental)

Após, o Sr. Procurador Geral de Justiça do Estado da Bahia, requer a declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, das Leis Municipais nº 8.379/2012 e 8.378/2012, que teriam sido votadas sem estudos técnicos e sem participação popular. Teriam sido violados por essas Leis, os artigos 60, IV e V, 64, 167, 168 e 225 da Constituição Estadual, bem como, por força do art. 29 da Constituição Estadual, os princípios constitucionais estabelecidos nos artigos 182, caput XIº e o art. 30 e inciso VIII da Constituição Federal.

Essas leis repetiriam, segundo o Aditamento à Inicial, normas suspensas e consideradas imediatamente gravosas, em especial, nos tópicos que indica.

Requer, por fim, nesse Aditamento que sejam declaradas integralmente inconstitucionais as Leis n.º 8.167, de 2012, 8.378 e 8.379, de 21 de dezembro de 2012.

Em 28 de junho de 2012, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia concedeu a medida cautelar requerida pelo Sr. Procurador Geral da Justiça e, por maioria atribuiu-se eficácia *ex-tunc* à decisão. Essa decisão foi pelo Tribunal Pleno.

Ao final dessa decisão, que concedeu também medida cautelar em relação às Leis Municipais n.º 8.378 e 8.379/2012, o ilustre Desembargador Relator, José Edivaldo Rocha Rotondano, expressou:

“Dando prosseguimento no trâmite da ação, ficam as entidades, associações e órgãos de classe que integram o feito na condição de ‘amicus curiae’, intimados a, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias, manifestem-se sobre o aditamento realizado nos autos. No mesmo prazo, poderão as partes complementar os pronunciamentos já ofertados acerca do mérito da ação.”

TOSHIO MUKAI

Doutor em Direito: USP

(Direito Público: Administrativo, Urbanístico e Ambiental)

Diante de todas essas ocorrências, solicita-nos a ADEMI, o nosso parecer acerca do mérito da Ação, bem como que analisemos e respondamos aos quesitos que nos apresentam.

Diante da complexidade das questões que nos foram colocadas, necessitamos efetuar um estudo sobre a ideia de princípios – suas diferenciações com comandos específicos e obrigatórios para os municípios e sobre a questão da participação popular na feitura das leis pelo Município, ou seja, em que condições ela é obrigatória ou não.

Passemos então ao parecer, que constará de:

- 1) Introdução: aspectos gerais do acima citado;
- 2) As questões de mérito da ação: análise crítica;
- 3) As questões postas pela Consulente.

PARECER

I. Introdução

1. Análise Geral sobre as competências em Direito Urbanístico, em especial, sobre as questões constitucionais.

Rua Barão do Triunfo n.º 550, sala 74, 7º andar – Brooklin – São Paulo – CEP.: 04602-002
Telefones: (11) 5505 7058 ou 5506 3972

A Constituição Federal de 1988 contém duas disposições fundamentais em matéria de Direito Urbanístico: o art. 182 e o art. 24 (competências concorrentes).

No art. 182 está disposto o seguinte:

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

(V. Lei n.º 10.257/2001 (Diretrizes Gerais da política urbana)).

§1º - o plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§2º - a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.” (g.n)

Essa disposição deixa claro que deverá haver uma lei de normas gerais, que traçariam as diretrizes previstas no caput. Essa Lei foi a que é conhecida como “*Estatuto da Cidade*” (Lei n.º 10.257/2001).

Portanto, o Plano Diretor deverá ser aprovado por lei ordinária, respeitando as diretrizes gerais previstas no Estatuto da Cidade.

No artigo 24 – Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

- I. direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;
- II. orçamento;
- III. juristas comerciais;
- IV. custas dos serviços forenses;
- V. produção e consumo;
- VI. florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;
- VII. proteção ao patrimônio-histórico, cultural, artístico e paisagístico;
- VIII. (omissis);
- IX. (omissis);
- X. (omissis);
- XI. (omissis);
- XII. (omissis);
- XIII. (omissis);
- XIV. (omissis);
- XV. (omissis);
- XVI. (omissis);

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

§2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena para atender as suas peculiaridades.

§4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual no que for contrário.”

(g.n)

Essa disposição é da maior importância, pois que, sobrevindo lei federal de normas gerais, que inexistia, os Estados deverão adaptar suas legislações às normas gerais da União.

Quanto à interpretação do art. 24 da C.F. já tivemos ocasião de escrever:

“Contudo, se formos aos estudos e interpretações das denominadas competências concorrentes oferecidas no passado pelos maiores constitucionalistas pátrios, veremos que não se trata de aplicar concretamente (pelos Estados e Municípios) sobre fatos e atos, em primeiro lugar, as normas federais, depois as estaduais e, por último, as municipais.

Trata-se do dever de obediência, nas suas leis, pelo Município, ou pelo Estado, de obedecerem as normas gerais descidas pela União.

E é por isso mesmo que o §4º do art. 24, na superveniência de leis federais, acaba por tornar ineficaz a lei estadual que com ela não se coaduna.

Qual o conteúdo de uma norma geral? Celso Antônio Bandeira de Mello, em excelente parecer (vide Pareceres de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011) nos indica tal conteúdo:

“Ninguém duvida de que são normas gerais as que estabelecem diretrizes, que formam princípios que modelam apenas o suficiente para identificar a tipicidade de um instituto jurídico ou de um objeto legislado,

conferindo-lhe um tratamento apenas delineador da compostura de seu regime, sem entrar em particularidades, minúcias ou especificações particularizadas. Deveras, tanto é claro que a mera fixação de um perfil normativo exato responde a uma norma geral quanto é claro que qualquer especialização regulatória includente de situações particulares, em princípio, refoge ao caráter de norma geral. A consideração casuística, o tratamento individualizador a nomeação personalizadora, constituem-se na antítese da norma geral” (ob. cit. p. 244).

Citando estudo do tema, efetuado por Diogo Figueiredo Moreira Neto, que citou vários autores, Celso Antônio traz à luz o conceito desse autor, de normas gerais: *“chegamos, assim, em síntese, a que normas gerais são declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitados pelos Estados membros na feitura de suas respectivas legislações através de normas específicas particularizantes que as detalharão de modo que possam ser aplicadas, direta e imediatamente, às relações concretas, reiterara que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos” (ob. cit. p. loc. cit.).*

Portanto, vejamos o que 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.

TOSHIO MUKAI

Doutor em Direito: USP

(Direito Público: Administrativo, Urbanístico e Ambiental)

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*

TOSHIO MUKAI

Doutor em Direito: USP

(Direito Público: Administrativo, Urbanístico e Ambiental)

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.

2. 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 sobrepõe 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 senador cualis sou les oportunidades, circunstâncias o fenômenos em presença 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;

3. 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 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).

II. 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 compõem 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 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.

Portanto, também aqui as leis de uso e ocupação do solo, como a Lei nº 8.167/2012 e as Leis nº 8.378 e 8.379, de 21 de dezembro de 2012, não necessitavam, na sua elaboração, a serem submetidas à participação popular.

Já o art. 64 da Constituição Estadual, sendo absolutamente inconstitucional, como vimos, por violentar a autonomia Municipal, introduzindo condição obrigatória de participação popular na iniciativa de qualquer lei, urbanística ou não, ainda não observa a norma geral prevista no §4º do art. 40 do Estatuto da Cidade e, ainda, impõe obrigações aos Municípios que a Lei Orgânica do Município não impõe, violando assim, a autonomia Municipal.

Observe-se que quando o art. 80 da L.O.M. de Salvador fala em atualização do Plano Diretor está se referindo à sua revisão prevista no Estatuto da Cidade, no § 3º do seu art. 40:

“§ 3º - A lei que institui o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos”.

O art. 75 da L.O.M. Salvador dispõe no sentido de que a expressão “*atualização*” está empregada no sentido da revisão prevista no Estatuto da Cidade.

Diz o art. 75: “*O Executivo Municipal deverá promover a revisão e atualização do Plano Diretor a cada decurso de oito anos após a aprovação pela Câmara Municipal, podendo o mesmo sofrer complementações a ajustes antes do prazo estabelecido neste artigo sem prejuízo da revisão e atualização.”*

Portanto, pela L.O.M. – Salvador, que é o diploma hábil para a questão (e não a Constituição do Estado da Bahia), há nítida diferenciação entre a atualização, que equivale à revisão, a ser efetuada a cada oito anos, e a “*complementação e ajustamento*” antes daquele prazo.

É isto que a Lei 8.167/2012 e as Leis 8.378 e 8.379 de 2012 fizeram. A L.O.M. autoriza expressamente que a lei ordinária faça complementações e/ou ajustamentos no Plano Diretor, a qualquer momento. E observe-se, sem a participação popular, que é necessária, segundo o art. 80 da mesma L.O.M. – Salvador quando se tratar de revisão e/ou atualização a cada 8 (oito) anos do Plano Diretor.

Conclui-se daí que as Leis impugnadas são perfeitamente constitucionais, vez que observaram norma geral descida pela União (§4º do art. 40) e a Lei Orgânica Municipal (arts. 80, 75 e 76).

Não há falar em inconstitucionalidade delas perante a Constituição Estadual, posto que o art. 64 da referida Constituição Estadual é inconstitucional, por invasão da autonomia municipal e ilegal por violar a norma geral do Estatuto da Cidade.

Finalmente, o art. 60 da CE/Bahia é inconstitucional quando impõe condições aos Municípios relativas à Lei Orgânica dos Municípios, tratando da “*Organização Municipal*”. Quem cuida da Organização Municipal é a L.O.M. e não a Constituição do Estado, posto que a L.O.M. não pode ser objeto de condições impostas pelo Estado, eis que ela é a “*Constituição do Município*”.

A inicial fala na suposta violação pelas referidas leis municipais, do inc. IV do mesmo artigo 60.

O referido inciso dispõe: “*Cooperação de associações representativas no planejamento municipal*”.

Ora, essa regra já vem disposta no inc. XII do art. 29 da Constituição Federal e ela não obriga o Município.

Apenas, pela expressão “*cooperação*”, faculta às associações comunitárias a auxiliarem o Município no planejamento municipal. Não há uma obrigação para o Município de garantir tal “*cooperação*”.

3. Impossibilidade de se obter declaração de inconstitucionalidade com base em leis infraconstitucionais. Inconstitucionalidade: direta e imediata.

Esta questão “*ventilada*” pela inicial é, como já demonstramos, absurda. Pretende o MP fundar a Ação na eventual inobservância de dispositivo da L.O.M. – Salvador e no Estatuto da Cidade.

Ora, acabamos de demonstrar que tais diplomas legais, os legítimos para imporem a participação popular no âmbito Municipal foram inteiramente observadas. E, somente para argumentar, mesmo que tivessem sido inobservadas, as Leis Municipais ora sindicadas não poderiam ser declaradas inconstitucionais, posto que estamos dentro de uma ADI.

Por outro lado, como disse em suas Informações o Sr. Presidente da Câmara Municipal, doutrina e jurisprudência são uníssonas, de há muito, em reconhecer que o descompasso entre os atos do Poder Público em face da Constituição deve ser direto e imediato.

No caso presente, inexistente incompatibilidade das Leis Municipais com os dispositivos citados da Constituição do Estado da Bahia, nem mesmo indireta, quer dizer, se for direta, como é o caso.

Ou seja, não pode haver declaração de inconstitucionalidade de uma lei Municipal em face de disposição de Constituição do Estado que é absolutamente inconstitucional por violação da autonomia Municipal e, portanto, inexistente, e, ainda, por tender a abolir

cláusula pétrea (art. 60 da C.F.), o que macula tal dispositivo da C.E. como sendo inexistente, inconstitucional que é.

A inicial também veiculou o art. 225 da C.E. como disposição afrontada pelas Leis Municipais.

Esta norma, bem como o seu parágrafo único sequer se referem ao Plano Diretor, referindo-se a figuras do Direito Urbanístico diversas, correspondendo a planos e projetos urbanísticos que se presumem regionais.

Também o art. 77, IV ao estabelecer a competência do Governador para iniciar projetos de Leis que disponham sobre servidores públicos do Estado e outras coisas do gênero, não tem nenhuma relação com problemas urbanísticos.

Ainda quanto à pretensa vulneração do art. 161 (que altera disposições da Lei 6.975 que regula as parcerias público-privadas) aos arts. 122 da C.F. e 77, II, VI e VII, há a mais completa desvinculação, pois afora a impossibilidade de se aplicar normas relativas a gestão estadual ao Município, não se vislumbra conexão nenhuma para a caracterização desta “*inconstitucionalidade simétrica*” que o MP pretende que se declare.

4. Distinções necessárias e inafastáveis entre leis que aprovam o plano diretor e os planos específicos e as leis que regulam o uso e a ocupação do solo.

Demonstramos que a Lei do Plano Diretor, na sua elaboração e aprovação, necessita de prévias audiências públicas; porém, as leis dele decorrentes, como a de uso e ocupação do solo, não estão abrangidas pela obrigatoriedade da participação popular, porque, em primeiro lugar, o §4º do artigo 40 (norma geral, de obrigatória observância pelo município, dispõe que a participação popular é obrigatória apenas na fiscalização da implementação do plano; teria falado em lei que decorra do

TOSHIO MUKAI

Doutor em Direito: USP

(Direito Público: Administrativo, Urbanístico e Ambiental)

Plano Diretor? Se falou, não tornou obrigatória a participação na sua aprovação, mas sim na sua fiscalização. Porém, a interpretação mais correta é que “*implementação*” diz respeito ao próprio plano, ou seja, como diz o artigo 80 da L.O.M. – Salvador, “*e dos planos específicos*”, que são definidos pelo art. 76, como “*institutos semelhantes a programas e projetos urbanísticos criados ou implantados pelo Município que deverão observar as diretrizes gerais estabelecidas no Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano*”. Portanto, não se tratam de leis de uso e ocupação do solo, mas de leis específicas de planos específicos, que complementam ou ajustam o Plano Diretor em relação a cada região do Município.

No Município de São Paulo, temos o Plano Diretor Estratégico (Lei n.º 13.430, de 13.09.2002) e os Planos Regionais Específicos para cada região do Município.

No Município de São Paulo, foram criados os Planos Estratégicos Regionais das Subprefeituras – PRE, de Perus, Pirituba, Freguesia/Brasilândia, Casa Verde/Cachoeirinha, Santana/Tucuruvi, Tremembé/Jaçanã, Vila Maria/Vila Guilherme, Butantã, Pinheiros, Lapa, Sé, dentre outros.

Portanto, a expressão “*sua implementação*” diz respeito a planos específicos regionais e não a leis decorrentes do Plano Diretor.

E o art. 75 da L.O.M. – Salvador confirma isto. Diz que o plano diretor será revisto e atualizado a cada 8 (oito) anos após sua aprovação pela Câmara Municipal, podendo o mesmo sofrer complementação e ajustamentos antes desse prazo, sem prejuízo da revisão e atualização”.

Portanto, as leis que complemente ou ajustem o Plano Diretor não estão obrigadas à participação popular.

O Dr. Jacintho Arruda Câmara, no seu artigo intitulado “*Plano Diretor*”, que compõe a obra “*Estatuto da Cidade*”, coordenado por Adilson Dallari e Sérgio Ferraz – Malheiros – São Paulo, 2003, assevera:

“8 – Alterações no plano diretor.

O último ponto a abordar diz respeito ao modo de alteração do plano diretor”.

Após abordar a questão da revisão/alteração obrigatória do Plano Diretor a cada dez anos, o referido autor assevera: *“Além desta possível e necessária alteração, a ser feita de modo genérico (abarcando toda a lei instituidora do plano diretor) e com periodicidade mínima de dez anos, há de se cogitar da validade jurídica de alterações pontuais no plano diretor.*

Não há nada que impeça, em tese, a alteração pontual de um plano diretor por intermédio de lei municipal de mesma hierarquia. A única limitação existente diz respeito à coerência e sistematicidade que o plano, após a alteração deve manter.” (p. 320)

E mais adiante: *“Respeitada a condicionante acima referida, as alterações pontuais do plano diretor podem ser operadas de dois modos distintos: por intermédio de uma específica, que tenha como único objetivo produzir a alteração no plano diretor, ou por intermédio de lei que trate de outro assunto, como por exemplo, a implementação de um instrumento de política urbana, e que, reflexamente, venha a modificar diretriz originariamente concebida no plano diretor.*

Esta última hipótese poderia ser efetivada no caso de lei municipal instituidora de operações consorciadas que abarcasse expressamente área ausente da de marcação prevista no plano diretor. Há de se compreender a inclusão operada por lei municipal como uma alteração (implícita ou expressa, dependendo da técnica empregada) no plano diretor original.” (p. 321)

O autor, como se vê, não se refere, em nenhum momento, na obrigatoriedade de participação popular, mesmo na alteração

pontual do plano diretor, porque, pelo §4º do art. 40 do Estatuto da Cidade, as leis que decorram ou alterem o plano diretor, em aspectos pontuais não estão submetidas à prévia participação popular.

Destarte, eis a distinção básica entre a Lei que aprova o plano diretor e as leis urbanísticas que dele decorram ou não: quanto a primeira, é obrigatória a participação popular na sua elaboração e aprovação; quanto às segundas (se entendermos a expressão “*sua implementação como sendo leis decorrentes do plano*”) não estão submetidas àquela obrigação. O §4º do artigo 40 do Estatuto dispõe que a participação popular é obrigatória na fiscalização da execução dessas leis.

Nesse sentido veja-se que o art. 294 do PDDU é claro ao distinguir planos urbanísticos quando a prevê como forma de implementação do Plano Diretor: “*Art. 294 – Para implementação do processo de planejamento serão elaborados planos urbanísticos e planos temáticos ou setoriais, observando as diretrizes da participação da sociedade estabelecidos nesta lei.*”

Portanto, na legislação do Município de Salvador, fica claro que a expressão “*sua implementação*” significa planos regionais, setoriais, específicos de uma região, temáticos (como ocorreu no Município de São Paulo, onde foram implantados Plano Regionais Específicos nas diversas regiões do Município). Sendo portanto, planos e não leis urbanísticas como as de uso e ocupação do solo, estariam obrigadas à participação popular, enquanto estas leis últimas não estão obrigadas à prévia participação popular.

5. Não descumprimento de ordem judicial na aprovação da Lei Municipal n.º 8.167/2012.

O M.P., em sua exordial justifica a inconstitucionalidade em discussão, alegando que a lei supra referida fora aprovada após ter sido

suspensa a tramitação do Projeto de Lei n.º 428,11 que cuidava de assunto idêntico ao da Lei n.º 8.367/12.

Ocorre, entretanto que, após ter sido suspensa a tramitação do referido projeto de lei, ele veio a ter sequência transformando-se na Lei n.º 8.379/12, substituindo a Lei n.º 8.317/12.

Portanto, trata-se de processo legislativo diverso daquele contestado pelo M.P., relativo à Lei n.º 8.317/12, culminando no seu regular andamento com a edição da Lei n.º 8.379/12, fato que ocorreu quando suspensa pelo Tribunal de Justiça da Bahia, a decisão do Juízo da 5ª Vara que o sustara.

Convém então concluir-se afirmando que quando da aprovação das Leis n.º 8.167/12 e 8.379/12, bem como da Lei n.º 8.378/12, não havia nenhuma decisão judicial em vigência que pudesse obstar as respectivas apreciações.

6. Dispensabilidade da participação popular na aprovação das Leis n.º 8.167/12 e 8.379/12.

Sendo diplomas legais que cuidam do uso e ocupação do solo em Salvador, tais leis, como já demonstrado não estavam jungidas à participação popular.

Convém lembrar que a Lei n.º 8.167/12 em cujo processamento teriam ocorrido emendas ao PDDU, foi revogada pela Lei n.º 8.379/12, cujo texto já não contempla normas que alteram diretamente, disposições transitórias relativas ao ordenamento do solo nele inseridas.

Já no que toca à Lei n.º 8.378/12 (denomina de PDDU da Copa), embora regulando o ordenamento do solo alterando o PDDU (já demonstramos que isto é perfeitamente possível), a Câmara Municipal abriu a oportunidade de discussão com a comunidade mediante a realização de

variadas audiências públicas, conforme atestam publicações no Diário Oficial do Município que foram anexadas às Informações prestadas pela Câmara Municipal.

7. Não violação aos princípios da legalidade e da publicidade.

Alega o M.P. que esses princípios foram violados.

Como demonstramos às escancaras, o princípio da legalidade foi perfeitamente observado, pois as aprovações das três leis que o M.P. pretende ver declaradas inconstitucionais frente a disposições constantes da Constituição do Estado da Bahia, que ofendem a autonomia municipal, que infringem a cláusula pétrea do art. 60 da C.F. e que violam o §4º do art. 40 do Estatuto da Cidade e a própria Lei Orgânica do Município de Salvador; a observância desse princípio ocorreu porque as aprovações das três leis referidas foram de acordo com o §4º do art. 40 do Estatuto da Cidade (norma geral) e com os arts. 75, 76 e 80 da L.O.M. – Salvador.

Quanto à publicidade: pretende o M.P. que na aprovação das três leis houvesse a participação popular (desnecessária, como vimos) e com isso a publicidade. Como não era obrigatória a participação popular, evidente que as publicações no Diário Oficial eram desnecessárias.

Entretanto, na aprovação da Lei n.º 8.378/12 (Plano da Copa), como demonstrado, houve publicações designando editais de chamamento para audiências públicas, no Diário Oficial do Município.

8. Inexistência de desvio de poder na função legislativa na edição da Lei n.º 8.167/12.

O M.P. afirma que a Câmara Municipal, ao votar a Lei n.º 8.167/12, o fez com desvio de poder, porque:

a) *“É falsa a invocação da necessidade de editar normas urbanísticas vigentes em favor dos jogos da Copa do Mundo de 2014, quando se verifica que o texto encaminhado e aprovado em nada modifica a ordem urbana para acelerar os preparativos da Copa.”*

- Objeção: a Câmara Municipal é soberana para aprovar ou rejeitar qualquer projeto de lei. Se ela aprovou, *“tolitur quest”*.

b) *“A falsa invocação da desnecessidade de participação social no processo legislativo por ser norma de uso e ordenação do solo.”*

- Objeção: Já demonstramos fartamente que sua aprovação de leis urbanísticas como a de uso e ocupação do solo é desnecessária. Falsa é a assertiva dessa necessidade. O art. 64 da Constituição do Estado, que exige a participação referida em qualquer aprovação de lei municipal, como também já demonstramos, é flagrantemente inconstitucional por violentar a autonomia constitucional dos Municípios (art. 18 da Constituição Federal).

c) *“A utilização do projeto de lei n.º 446/11 relativo ao uso e ocupação do solo urbano para promover medidas completamente sem pertinência temática como a alteração das leis municipais das parcerias públicas privadas e da lei que regula o Conselho Municipal do Meio Ambiente – COMAN”.*

- Objeção: a Lei pode ter como principal tema um determinado assunto, mas pode e deve aproveitar o momento para regular outro assunto de interesse público. Existe no PDDU autorização que considera transitória (art. 338) as normas relativas ao uso e ocupação do solo que veicula, o que configura desconhecimento do M.P., desse fato.

E, como disse Jacintho Arruda Câmara, no artigo já citado: “...ou por intermédio (*fala das alterações pontuais do Plano Diretor*) de lei que trate de outro assunto, como por exemplo, a implementação de um instrumento de política urbana, e que reflexamente, venha a modificar diretriz originalmente concebida no plano diretor” (art. cit., ob. cit. p. 321).

A iniciativa da alteração das leis que regulam a COMAN e as parcerias públicas privadas municipais cabe, concorrentemente aos vereadores e ao Prefeito, de modo que se insere no âmbito de suas respectivas competências proceder a sua alteração.

Portanto, também a propositura de emendas relativa ao COMAM e as parcerias público-privadas no âmbito de projeto de lei de uso e ocupação do solo não configura inconstitucionalidade nem desvio de poder.

Existe, evidentemente, conexão entre a lei de uso e ocupação do solo e normas que regulam o COMAN e as parcerias público-privadas, eis que no primeiro caso, em virtude de novidades ambientais criadas indiretamente pela lei de uso e ocupação do solo, torna-se necessária nova regulação do COMAN; no segundo caso, trata-se de utilização de um instrumento útil para a execução da política urbana e que tem conexão com o uso e ocupação do solo.

Afinal, as leis, para tal, receberam a sanção do Sr. Prefeito Municipal.

Totalmente improcedentes as alegações do M.P., que, aliás, nada tem a ver com a eventual inconstitucionalidade das referidas leis em face da Constituição Estadual, que é o objeto único da ADIN.

9. Improcedência das arguições de violação aos conteúdos materiais exigidos pela CE para validade de normas de planejamento urbano.

Vimos que as normas de planejamento urbano que devem estar no PDDU distinguem-se das normas decorrentes dele, de uso e ocupação do solo, parcelamento do solo, Código de Edificações, etc.

Decorre daí que as normas urbanísticas comuns não necessitam de estudos específicos profundos de natureza técnica, ou de sustentabilidade ambiental ou de planejamento, limitadas que são pelo próprio PDDU.

É evidente que mesmo as normas urbanísticas comuns não prescindem de estudos técnicos na elaboração de suas normas, pois essa elaboração é confiada, como não poderia ser, a urbanistas ou técnicos em meio ambiente, economistas, geógrafos etc. Ou seja, não há norma urbanística elaborada, por exemplo, somente por juristas, literatos, músicos, estatísticos etc.

Assim, não se pode dizer que as leis impugnadas prescindiram de estudos técnicos.

Por essa razão, a desconexão do art. 225 da CE com a legalidade do ordenamento do solo urbano é patente, eis que os planos, projetos, programas urbanísticos, nada tem a ver com a LOUOS como distingue essas duas ordens de institutos a L.O.M./Salvador (art. 76 e 75) e o Plano Diretor.

Isto seria cabível se discutir, se fosse possível a intervenção do Estado no âmbito de competência do Município para fazer valer regra que diz respeito aos planos e projetos urbanísticos regionais e não os municipais. Porém, entre as normas que comandam o assunto na L.O.M./Salvador, mais precisamente, os arts. 74, 75, 76 e 80, e as normas invocadas como sendo violadas pelas leis municipais, constantes da Constituição do Estado da Bahia, é evidente que tem validade constitucional, posto que fundadas na autonomia municipal (art. 18 da C.F.) as normas da L.O.M./Salvador, sendo as do Estado, inconstitucionais, por transgredirem aquela autonomia.

Total e absolutamente improcedentes os argumentos trazidos pela inicial, que, de resto, são estranhos ao objeto da ADIN.

10. Inexistência de abuso de poder de emenda parlamentar em face de falta de iniciativa parlamentar.

Também este assunto não diz respeito ao objeto da ADIN. O que se pretende se saber nesta Ação é se as Leis referenciadas de uso e ocupação do solo são inconstitucionais frente à Constituição do Estado. Tudo o mais, se decidido pela procedência da ação, será ultra ou extrapetita.

Vamos, porém ao tema abordado.

Pretende o MP que a emenda relacionada à composição e competência do COMAN, a qual resultou no art. 160 da Lei n.º 8.167/12, além de configurar matéria estranha ao LOUOS, careceria de constitucionalidade por ter sido oferecida em plenário na sessão extraordinária de 29/12/11, por se constituir em matéria reservada, quanto à iniciativa ao Executivo.

Assim, entende o MP que houve vulneração por simetria, do art. 17, inciso IV da Constituição do Estado.

Vejamos. O art. 72, inciso IV, como já tivemos ocasião de analisá-lo, regula serem do Governador do Estado a iniciativa privativas de projetos de leis que disponham sobre servidores públicos do Estado.

Portanto, não há qualquer conexão entre o art. 160 da Lei n.º 8.167/12 e o art. 77, IV da CE por meio de simetria, porque o art. 160 da Lei Municipal está de acordo com as competências concorrentes da L.O.M./Salvador (art. 46).

Essa competência, comose vê da L.O.M. é concorrente do Vereador, da Comissão da Câmara Municipal, do Prefeito e por proposta de 5% do eleitorado no mínimo, referentes à iniciativa das leis complementares e ordinárias como é o caso.

Ademais, colha-se esta formidável lição do ínclito Joaquim Castro Aguiar (Direito da Cidade, Renovar, 1996, p. 50):

“Os projetos de leis em tramitação pelo Legislativo podem ser modificados, mediante proposta apresentada por um parlamentar ou por uma das Comissões legislativas. Essas modificações são introduzidas por emendas. A emenda é uma correção formulada a disposição de uma proposição.

São os vereadores, conjunta ou isoladamente, inclusive a Mesa e as Comissões da Câmara, que possuem a faculdade de apresentar emendas. A titularidade desse poder lhes é privativa. Ninguém mais tem essa prerrogativa.

Se o Executivo deseja propor modificação a projetos, fá-lo-á por mensagem aditiva e não por proposta de emenda.” (grifamos).

Portanto, o artigo 160 da Lei n.º 8.167/12 é perfeitamente legal e não pode ser contestada perante o art. 77, IV da CE, que fala na competência do Governador, quanto à iniciativa em matéria de servidores públicos.

11. Inexistência de abuso de poder de Emenda Parlamentar por perda de receita.

O M.P., em sua exordial, ataca o art. 161 da Lei n.º 8.167/12, entendendo ter sido amplamente modificado o regime da lei de parcerias público privadas, causando perda de receita, ao permitir que o preço da concessão da outorga onerosa do direito de construir (solo criado) pudesse ser efetuado mediante a compensação de créditos municipais e cessão de direitos derivados dos instrumentos de política urbanística.

Conclui o M.P., nesta quadra, o seu raciocínio, asseverando que o modo de satisfação da concessão de outorga do direito de construir importa em verdadeira isenção de pagamento.

Diz o M.P. que o modo de satisfação do preço da concessão e de outorga nos termos do artigo 161 da Lei n.º 8.167/12 constitui verdadeira perda da receita para o Município, com prejuízo grave para a coletividade, como também verdadeira afronta ao interesse social que baliza todo o planejamento urbano.

Também assevera que o art. 161 da Lei n.º 8.167/12 afronta o art. 77, VII da C.E.

Em certo ponto assevera o M.P. que *“não compete ao Poder Legislativo Municipal dispor primitivamente sobre renúncia de receita, nem tampouco, de forma derivada, dispor sobre matéria que afete gravemente o orçamento público e prejudique o plano plurianual...”*

Afirma que o art. 161 da Lei n.º 8.167/12, ao incluir os arts. 28 e 30 na Lei Municipal n.º 6.975/2000 também infringiu, respectivamente os incisos V e VII do art. 77 da C.E.

Portanto, como se vê, o M.P. trata a contrapartida (ônus) feita pelo interessado em adquirir o direito de construir solo novo, como sendo uma receita tributária.

Vejamos.

A Lei n.º 8.167/12, no seu artigo 161, promoveu alterações na Lei n.º 6.975, de 26 de janeiro de 2006 – Lei de Parcerias Público-Privadas e acresceu a ela os artigos 28, 29 e 30.

O art. 7º da Lei n.º 6.975/2006 passou a ter a seguinte redação:

“Art. 7º - O preço da concessão ou outorga onerosa a ser paga pelo licitante vencedor (nas parcerias público-privadas) poderá ser satisfeito por meio de:

- I. cessão de créditos contra o Município de Salvador, devidamente reconhecidos;*
- II. cessão de direitos derivados de instrumentos de política de desenvolvimento urbano outorgados pelo Município.”*

Vê, se, portanto, que não houve nenhuma isenção de pagamento ou redução do devido pela outorga onerosa .

Em nenhum outro dispositivo do art. 161, que alterou diversas disposições da Lei n.º 6.975/2006, encontramos qualquer isenção ou redução daquela contrapartida.

Além disso, tanto as decisões invocadas não servem ao caso presente, que a maioria trata de tributos (que não é o caso) e uma só trata da contraprestação por outorga, mas onde houve redução dela.

No presente caso, como visto pela redação do art. 7º da Lei n.º 6.975/2006, dada pelo art. 161 da Lei n.º 8.167/12, não trouxe nenhuma redução ou isenção. E ademais não pode ter o tratamento jurídico que se dá aos tributos, posto que não se trata desse tipo de exação.

Em artigo constante da obra “*Estatuto da Cidade*”, da Editora Malheiros, coordenado pelos juristas Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz, 2003, intitulado “*Outorga Onerosa do Direito de Construir*” (solo criado), Floriano de Azevedo Marques Neto escreveu:

“5.13 – Natureza dos ônus pagos pela outorga.

Uma vez sendo o ônus exigido em pecúnia, coloca-se a discussão em torno da natureza dessas receitas.

Há aqueles que defendem tratar-se de receita tributária. Outros porém – como nós – sustentam que tal receita caracteriza mero preço público, haja vista que a aquisição do direito ao solo criado ou à mudança do uso do solo não possui caráter de compulsoriedade inerente aos tributos. Como bem sustenta Eros Grau: “Tributos são receitas que encontram sua causa na lei, daí sua definição como receitas legais. No caso em espécie, estamos diante de um ato de aquisição de um direito, não compulsório. Trata-se de ato voluntário, no qual o requisito da vontade das partes – setores público e particular – substitui o requisito da imposição legal. A remuneração correspondente, pois, é contratual e não legal.” (Direito Urbano, p. 82).

Adianta o autor que não é por outra razão que o artigo 52, IV, do Estatuto da Cidade tipifica como improbidade

administrativa a aplicação destes recursos em desacordo com as finalidades previstas no dispositivo em comento.

Se as receitas fossem de natureza tributária o art. 31 seria inconstitucional. Porque ele produz uma vinculação desta receita a finalidades específicas (art. 26, I – IX). E pelo art. 167, IV, da Constituição Federal é vedada a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa legal”. (pp. 242/243)

Outra autora, Liana Portilho Mattos (organizadora) do livro “*Estatuto da Cidade*” – Editora Mandamentos, B.H., 2002, permitiu que Evangelino Pinho e Fernando Guilherme Bruno Filho, no artigo “*Outorga onerosa do direito de construir*”, escrevessem: “...a lei específica municipal pode estipular uma contrapartida gradiente de valores, referenciados, por força do princípio da razoabilidade, a partir da mais-valia imobiliária decorrente do potencial construtivo agregado, mas que pode variar com base em critérios de ocupação espacial da malha urbana e do interesse público subjacente, expressos no Plano Diretor chegando mesmo à isenção da contrapartida, como estipulado no inciso II do artigo 3º.”

Nunca é demais lembrar que tal isenção, na medida em que a receita da contrapartida não se caracteriza como tributária, está à margem dos ditames do art. 14 da Lei Complementar n.º 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). (p. 214).

Também João Carlos Macruz, José Carlos Macruz e Mariana Moreira, na obra “*O Estatuto da Cidade e seus Instrumentos Urbanísticos*”, LTR, 2002, asseveram esta síntese:

“Ressalte-se, mais uma vez, que o particular e o Poder Público celebram um contrato de compra e venda,

segundo o qual o Município vende solo para o proprietário construir acima do coeficiente único de aproveitamento e o proprietário paga um preço para a sua aquisição” (p. 106).

Destarte, a contrapartida ou o ônus que o particular paga ao Poder Público nada tem a ver com a natureza tributária, razão pela qual, neste item, o M.P. também não tem nenhuma razão jurídica, devendo ser rejeitado o pedido de inconstitucionalidade, mesmo porque, o art. 77, inciso VI dispõe que são de iniciativa privativa do Governador do Estado, projetos de leis de criação, estruturação e competências das Secretárias e demais órgãos da administração pública.

Ora competências do Governador do Estado nada tem a ver com o assunto aqui ventilado. A questão da iniciativa das leis, privativas do Chefe do Poder Executivo, em âmbito municipal, é fixada na Lei Orgânica do Município.

O inciso VII do mesmo artigo 77, da mesma maneira, não é hábil para a declaração da inconstitucionalidade do art. 161 da Lei n.º 8.187/12, eis que também trata da competência privativa do Governador do Estado para iniciar projetos de leis de *“organização administrativa e serviços públicos, que impliquem em aumento ou redução de despesas.”*

Ora, o art. 161 tratou da questão da contrapartida a ser cobrada do interessado em adquirir solo novo, que é questão municipal e nada tem a ver com a competência do Governador, além de que, aquela contrapartida, como demonstrado, não tem natureza de receita tributária.

É pois de ser inteiramente rejeitada a declaração de inconstitucionalidade do art. 161 da Lei n.º 8.167/12.

12. O aditamento à inicial, por arrastamento.

Pretende o M.P., através desta petição aditiva à inicial, já aceita pelo Magistrado competente, a declaração também de inconstitucionalidades das Leis Municipais n.º 8.378/12 e 8.379/12.

Ora, já demonstramos, nos itens anteriores, que as pretensões do M.P. nesta inicial, não têm condições de levar à declaração de inconstitucionalidade das Leis n.º 8.378/12 e 8.379/12 em face dos dispositivos invocados da Constituição Estadual.

Aproveita para alterar o pedido original para, ao invés de requerer a inconstitucionalidade de alguns artigos, estende o seu pedido para requerer a declaração integral da inconstitucionalidade da Lei n.º 8.167/12 e das Leis n.º 8.378/12 e 8.379/12 à participação popular no processo de planejamento urbanístico e ambiental da cidade do Salvador e o cumprimento das normas técnicas de planejamento, observada ainda, a modulação dos efeitos proposta em petição protocolada em comum acordo com a Prefeitura.

Assim aditada a petição inicial, ela merece ser rejeitada, posto que requer, em primeiro lugar a declaração de ilegalidade (inconstitucionalidade) das leis referidas, que são absolutamente legais, tal como demonstrado no presente parecer, porque:

a) observam essas leis as disposições dos arts. 40, §4º do Estatuto da Cidade que somente obriga à participação popular na elaboração e aprovação do Plano Diretor, sendo que implementações dele também obrigam à participação popular, sendo tais implementações, os planos regionais no Município de Salvador, específicos como diz o art. 76 da L.O.M. – Salvador, mas as leis urbanísticas decorrentes do Plano Diretor, de uso e ocupação do solo, não estão obrigadas a observarem a participação popular, porque, mesmo que se entenda que a expressão “*sua implementação*” empregada pelo §4º do art. 40 do Estatuto como tendo se referido às leis urbanísticas decorrentes do Plano Diretor, a referida disposição é clara que a

participação popular é quanto à “fiscalização” da execução dessas leis e não quanto às suas aprovações.

Da mesma maneira, o art. 80 da L.O.M./Salvador diz que, além do Plano Diretor, somente os *“planos específicos ficam submetidos à participação popular, e o art. 76 dispõe que os planos específicos, programas e projetos urbanísticos criados ou implantados pelo Município deverão observar as diretrizes gerais estabelecidas no Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano.”*

Portanto, também aqui as leis ordinárias decorrentes do Plano Diretor, não se constituindo em *“planos específicos”* estão dispensadas, na sua aprovação, à participação popular.

No caso presente, como comprovado, somente a produção da Lei n.º 8.378/12 observou a obrigatoriedade da participação popular, em se tratando de plano para a Copa do Mundo de 2014.

b) Todas as disposições indicadas da Constituição Estadual não se prestam para se concluir pela inconstitucionalidade das Leis n.º 8.167/12, 8.378/12 e 8.379/12 do Município de Salvador.

As disposições da C.E., em especial o art. 64, que teriam sido violadas, seriam os arts. 167, 168 e 225, além do art. 77, IV da mesma Constituição.

Vejamos o que dizem esses dispositivos:

1) O art. 64 dispõe: *“Será garantida a participação na 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.”*

- Objeção: A parte final significa uma invasão e uma restrição na autonomia legislativa da Câmara Municipal, e, por consequência, na autonomia municipal, violando também a cláusula pétrea do §4º do art. 60 da Constituição Federal, que sequer admite deliberação de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa do Estado (art. 18 da C.F.).

Ademais, o art. 24 da Constituição Federal, no §3º, dispõe que *“inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender as suas peculiaridades”*. Mas o §4º dispõe, expressamente que, *“a superveniência da lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.”*

Ora, a Constituição do Estado da Bahia, que trouxe essa invasão da autonomia municipal é de 5 de outubro de 1989 e foi tornado suspenso o art. 64, em sua 2ª parte, posto que infringe o §4º do art. 40 do Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257, de 2001) que não obriga o Município à participação popular na elaboração das leis urbanísticas, sendo obrigatória essa participação, apenas na elaboração e aprovação do Plano Diretor.

Quanto às leis, se se entender que elas estejam abrangidas pela expressão *“sua implementação”*, o §4º do art. 40 do Estatuto da Cidade apenas exige a fiscalização na execução dessas Leis.

Portanto, não há possibilidade constitucional e jurídica de se considerar as leis municipais referidas inconstitucionais, perante o referido art. 64 da C.E.

Quanto ao art. 167 dispõe ele que *“cabará ao Estado legislar sobre direito urbanístico...”*. Evidentemente, de acordo com a competência residual do Estado, ele somente poderá legislar em matéria urbanística em âmbito regional e em termos de normas gerais que observem, segundo o art. 24 da C.F., as normas gerais federais (no caso, o §4º do art. 40 do Estatuto da Cidade).

O art. 168 diz o óbvio: *“As ações de órgãos estaduais nos Municípios deverão estar de acordo com as diretrizes definidas pelos respectivos planos diretores.”*

Isto demonstra que é o Plano Diretor, norma soberana em matéria urbanística Municipal, descabendo ao Estado impor ao Município normas específicas municipais.

O art. 225 da C.E., exatamente, dita regras específicas aos Municípios, sendo portanto, invasor da autonomia destes.

Diz que *“os planos e projetos urbanísticos deverão ser elaborados e implementados de acordo com os padrões de qualidade ambiental, orientando-se no sentido da melhoria da qualidade de vida da população e considerando, em particular, taxas máximas de ocupação e mínimas de áreas verdes.”*

Ora, o Estado não tem competência para descer diretriz geral para a elaboração dos planos e projetos do Município, pois entendeu-se que a fixação de diretrizes gerais para a elaboração do Plano Diretor pertencia à competência Federal (como normas gerais supremas em matéria urbanística) como o fez o art. 2º do Estatuto da Cidade.

Não pode haver colidência, nem formal, nem material, das leis municipais, com essa disposição.

O art. 77 e incisos da C.E. tratam de matéria de iniciativa do Governador e não do Prefeito (isto somente a Lei Orgânica Municipal pode dispor, como comumente o fazem diversas delas, no Capítulo corresponde à elaboração legislativa).

Nada desse artigo 77 pode ser contrariado pelas leis municipais.

Destarte, é impossível a declaração de inconstitucionalidade das Leis Municipais n.º 8.167/12, 8.378/12 e 8.379/12, frente àquelas disposições pertencentes à Constituição da Bahia.

Acrescente-se a isso que: quando o §4º do art. 40 do Estatuto da Cidade garante *“a participação popular no processo de elaboração*

do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, deve se entender que as leis decorrentes do plano diretor, como as de uso e ocupação do solo não estão obrigadas à participação popular, quando de suas elaborações.”

Isto se confirma quando se verifica que o Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257/2001) contém no seu artigo 2º, 16 (dezesseis) diretrizes, que deverão, obrigatoriamente, restar que o plano diretor respeite as diretrizes previstas no art. 2º da lei (parte final do art. 39).

Assim, a diretriz prevista no inciso II do art. 2º é a seguinte: *“II – gestão democrática por meio da participação popular e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.”*

Portanto essa diretriz exclui da participação popular a elaboração de leis de ordenação do solo, ainda que alterem pontualmente o plano diretor, obrigando tal participação apenas nos casos de formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano. Tudo isto está contemplado na expressão *“...e na fiscalização de sua implementação...”* prevista no §4º do art. 40 do Estatuto da Cidade.

E, à evidência, planos, projetos e programas não incluem leis de uso e ocupação do solo, porque não são leis de planos específicos, nem projetos nem programas.

É por essa mesma razão que o art. 80 da Lei Orgânica do Município de Salvador dispõe que a participação popular é obrigatória na elaboração do Plano Diretor e dos planos específicos (não das leis de uso do solo); e artigo 76 dispõe que os planos específicos, programas e projetos urbanísticos deverão observar as diretrizes gerais estabelecidas no Plano Diretor, e uma delas é a do inc. II do art. 40, §4º do Estatuto da Cidade.

III. Respostas conclusivas e sumariadas aos quesitos ofertados pela ADEMI.

1º Quesito. As disposições contidas na Constituição do Estado da Bahia, tidas por afetadas na ADI (especialmente os artigos 60 e 64) afetam a autonomia municipal assegurada no art. 30 da Constituição Federal? Há inconstitucionalidade desses dispositivos da C.E. em face da Constituição Federal?

R. Quanto ao art. 60 da C.E. ela estabelece condições, obrigações, deveres e regras a que estariam sujeitas a elaboração das Leis Orgânicas Municipais, o que é absolutamente inconstitucional, violando o art. 30, da C.F. e, em especial, o seu art. 29, que concede ao Município o direito constitucional de elaborar, sem nenhuma interferência dos Estados, a sua Lei Orgânica, e que é a sua Constituição Municipal.

Quanto ao art. 64, ao final do item anterior demonstramos sua inconstitucionalidade, por invasão da autonomia municipal e pela sua suspensão, pela superveniência do §4º do art. 40 do Estatuto da Cidade.

2º Quesito. As normas que regulam o uso do solo se distinguem, em sua natureza, daquelas que regulam o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano? As leis de uso do solo como a LOUOS e normas outras pertinentes ao uso do solo expressas nas Leis Municipais questionadas na ADI exigem participação popular no seu processo legislativo?

R. Como sobejamente demonstramos no presente parecer, as normas legais decorrentes do plano diretor não estão obrigadas a observar a regra da participação popular porque a norma geral do §4º do art. 40 do Estatuto somente concede à população o poder de fiscalização das suas execuções, enquanto que a elaboração e aprovação do Plano Diretor sim,

necessita da participação popular. Tudo segundo a norma suprema na matéria (norma geral).

Assim também, a obrigatoriedade da participação popular se dá, segundo o artigo 80 da L.O.M./Salvador *“quando da elaboração e/ou atualização do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano e dos planos específicos.”*

Portanto, aqui também, apenas os planos específicos, ou seja os planos regionais municipais, decorrentes do Plano Diretor, estão também sujeitos à participação popular; já as leis de uso e ocupação do solo, que não planos, mas sim legislações específicas e concretas do uso do solo, não estão obrigadas à participação popular.

3º Quesito. Considerando que (i) o art. 333 da Lei n.º 7.400/08, que aprovou o PDDU de Salvador prevê a edição de uma lei normatizadora do ordenamento do solo (LOUOS); e (ii) o art. 338 das disposições transitórias da mesma Lei n.º 7.400/08 estabelece que o advento da LOUOS extingue, a partir da edição desta, a aplicação das normas regulatórias do uso e ocupação do solo nele estabelecidas; se essa nova LOUOS alterou em algum ponto questão sobre o uso do solo urbano constante do Plano Diretor, haveria necessidade, na sua aprovação, da participação popular?

R. Não. Já demonstramos, com citações de autores da maior suposição, que quando de alterações pontuais do Plano Diretor, não há obrigatoriedade da participação popular. Quando da elaboração e/ou revisão e atualização do Plano Diretor (diz o art. 80 de LOM/Salvador), o que se dará a cada 8 (oito) anos, conforme o previsto no art. 75 da LOM/Salvador; este artigo diz que o Plano Diretor poderá sofrer complementações ou ajustamentos antes do prazo da revisão/atualização. E não exige, para isso, a participação popular.

4º Quesito. Com base nas conclusões do parecer elaborado por V.Sa. e dos quesitos anteriores, são descabidas as teses de inconstitucionalidade e da modulação defendidas pelo Ministério Público Estadual na ADI?

R. São, como vimos no desenvolvimento do presente parecer nas respostas aos quesitos anteriores, totalmente descabidas as teses levantadas pelo M.P. estadual, pretendendo ver declaradas as inconstitucionalidades das Leis Municipais n.º 8.167/12, 8.378/12 e 8.379/12 (esta que está em vigor – que *“Dispõe sobre a Lei de Ordenamento do Uso e Ocupação do Solo do Município de Salvador, e que, no seu artigo final (de n.º 156), promoveu a revogação das disposições em contrário, em especial, a Lei n.º 8.167/12, a Lei n.º 3.377/84 e suas alterações.”*

Destarte, todas as disposições constantes da Constituição do Estado, sobre os Municípios e aprovações do Plano Diretor e das leis decorrentes, bem assim da obrigatoriedade da participação popular em suas aprovações, não se constituem em normas gerais, mas sim normas invasivas e transgressoras da autonomia municipal, estando, ainda todas elas, suspensas pela superveniência da norma geral federal constante do Estado da Cidade (§4º do art. 40), de acordo com o §4º do art. 24 da Constituição da República.

Como escreveu o saudoso Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: *“A União, neste caso, não deve e não pode exceder-se no exercício das suas atribuições, entrando em pormenores e prescrevendo quase completamente, sobre a matéria, pois desse modo viria anular a verdadeira competência dos Estados”* (Natureza Jurídica do Estado Federal, p. 78). O mesmo se deve dizer na relação entre Estados e Municípios.

Quanto a esta questão vale sempre a afirmação de C.A. Carvalho Pinto (Normas Gerais de Direito Financeiro. Prefeitura Municipal de São Paulo, 1949) quando observava que as normas gerais se estendem até o ponto em que não firam princípios ou atributos, explícitos ou implícitos, inerentes à autonomia dos Estados e Municípios (p. 12).

TOSHIO MUKAI

Doutor em Direito: USP

(Direito Público: Administrativo, Urbanístico e Ambiental)

Destarte, todas as disposições indicadas violam a autonomia municipal, não sendo hábeis à declaração de inconstitucionalidade das leis municipais n.º 8.167/12, 8.378/12 e 8.379/12. Quanto à modulação, o texto constante dos autores é inócuo e ilegal, porque nem todas as partes na ADI dela participaram, em especial, a Câmara Municipal de Salvador. Por outro lado, só há falar em modulação de sentença existente. Se ela ainda inexistente, não pode existir modulação.

É o nosso parecer,

s.m.j.

São Paulo/Salvador, 30 de agosto de 2013

TOSHIO MUKAI

OAB/SP. 18.615