



V REVISTA JURÍDICA



V REVISTA JURÍDICA

2017 Confederação Nacional de Municípios – CNM.



Esta obra é disponibilizada nos termos da Licença Creative Commons: Atribuição – Uso não comercial – Compartilhamento pela mesma licença 4.0 Internacional. É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte. A reprodução não autorizada para fins comerciais constitui violação dos direitos autorais, conforme Lei 9.610/1998.

As publicações da Confederação Nacional de Municípios – CNM podem ser acessadas, na íntegra, na biblioteca *online* do Portal CNM: www.cnm.org.br.

Editoria técnica

Vanessa Alexandra Santos Rezende

Revisão de textos

Keila Mariana de A. Oliveira

Diretoria-executiva

Gustavo de Lima Cezário

Diagramação

Themaz Comunicação

Ficha Catalográfica

Confederação Nacional de Municípios – CNM

V Revista Jurídica. CNM / Confederação Nacional de Municípios – Brasília: CNM, 2017.

248 páginas.

ISSN 2238-5738

1. Responsabilidade subsidiária. 2. Ordenador de despesa. 3. Desonerações do FPE e FPM. 4. Procuradores municipais. 5. Autonomia municipal. 6. Décimo terceiro e férias. 7. Consórcios públicos. 8. Microempresas e empresas de pequeno porte. 9. Plano diretor. 10. Regularização fundiária. 11. Eficiência. 12. Direito de construir. 13. Autonomia financeira. 14. Nepotismo.



SGAN 601 – Módulo N – Asa Norte – Brasília/DF – CEP: 70830-010

Tel.: (61) 2101-6000 – Fax: (61) 2101-6008

E-mail: atendimento@cnm.org.br – Website: www.cnm.org.br



APRESENTAÇÃO

A Confederação Nacional de Municípios traz ao leitor a 5ª edição de sua *Revista Jurídica* com temas recentes e de grande relevância para os gestores e todos aqueles que vivenciam o dia a dia em nossos Municípios.

Neste ano de 2017 inicia-se um novo mandato, e é importante que os novos gestores e vereadores tenham conhecimento sobre temas que podem impactar diretamente nos Municípios.

O Município deve continuar a lutar pela sua autonomia, que, embora reconhecida pela Constituição Federal de 1988, é desrespeitada todos os dias pelo Judiciário, Legislativo e demais Entes da Federação.

É com esse intuito de bem informar que entregamos aos nossos municipalistas a 5ª edição da nossa *Revista Jurídica*.

Sem dúvida é motivo de grande satisfação para esta Confederação poder franquear uma obra que discute – sob o olhar municipalista – temas de grande importância para os nossos Municípios.

Boa leitura a todos.

Paulo Ziulkoski

Presidente da CNM

SUMÁRIO

A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS MUNICÍPIOS EM AÇÕES TRABALHISTAS 11

Fábio Luiz Pacheco

A COMPETÊNCIA PARA JULGAR AS CONTAS DO PREFEITO ORDENADOR DE DESPESA..... 22

Jamille Lavale de Carvalho Henriques de Moura

DESONERAÇÕES DO FPE E FPM: UMA SOLUÇÃO INCONSISTENTE DO STF..... 32

Paulo Caliendo

Thaiane Cristovam

MUNICÍPIOS, PROCURADORIAS MUNICIPAIS E A PEC 17/2012:ANÁLISE E APONTAMENTOS SOBRE O PROJETO DE EMENDA CONSTITUCIONAL E SOBRE UM ANTEPROJETO DE LEI ORGÂNICA NACIONAL DA ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL 48

Mártin Haeberlin

Alexandre Curvelo

Alexandre Pasqualini

A AUTONOMIA MUNICIPAL COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL 70

Wladimir António Ribeiro

O PAGAMENTO DE DÉCIMO TERCEIRO E FÉRIAS PARA PREFEITOS E VICE-PREFEITOS 86

Vanessa Alexandra Santos Rezende

OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS COMO FORMA DE INSTRUMENTO DE EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS 99

Wesley Rocha

A PARTICIPAÇÃO DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS DIANTE DO TRATAMENTO DIFERENCIADO GARANTIDO PELA LEI COMPLEMENTAR 123/06 119

Carlos Felipe Gonçalves Demetrio

Moiseis de Matos

A REVISÃO DO PLANO DIRETOR NOS MUNICÍPIOS E OS ASPECTOS DE ACESSIBILIDADE 135

Alana Sonogo Tartarotti

Fabio Scopel Vanin

PRIMEIRAS IMPRESSÕES ACERCA DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE ACORDO COM A MEDIDA PROVISÓRIA 759/2016 156

João Pedro Lamana Paiva

ADMINISTRANDO COM EFICIÊNCIA 169

Antonio Sérgio Baptista

O DIREITO DE CONSTRUIR 175

Isaac Newton Carneiro da Silva

NEPOTISMO 188

Elena Pacita Lois Garrido

A AUTONOMIA FINANCEIRA LOCAL E AS TRANSFERÊNCIAS GOVERNAMENTAIS: UMA MITIGAÇÃO DO PODER LOCAL? 219

Rafael Verdum Cardoso Figueiró

Sâmia Caroline Souza Kist

PREFÁCIO

Os Municípios continuam a lutar incansavelmente por sua autonomia, os mandatos se iniciam e terminam, porém o cenário crítico que é enfrentado há anos praticamente não sofreu mudanças.

A cada dia se tem a notícia de que os gestores estão decretando estado de calamidade financeira por não conseguirem administrar a crise e a falta de recursos. A população não quer saber se o país está em crise! Cobram por melhorias na saúde, na educação, em infraestrutura etc.

O Fundo de Participação dos Municípios (FPM) continua a ser zerado mensalmente, não possibilitando aos gestores fazer melhorias na municipalidade.

As obrigações surgem a todo momento, seja por decisões judiciais ou pela publicação de novas leis.

No Congresso existem várias proposições que têm por objetivo garantir a autonomia dos Municípios e minimizar a crise, no entanto, tais propostas ficam anos dentro do Senado Federal ou da Câmara de Deputados sem nenhum andamento.

A 5ª edição da nossa *Revista Jurídica* é lançada no momento em que os novos gestores recém assumiram seus mandatos e terão ao longo dos próximos 4 anos a difícil missão de lutar pelo seu Município e buscar o respeito à autonomia.

É um grande desafio, mas os prefeitos e os municipalistas não podem aceitar esse tratamento desigual que é dado aos Municípios. A luta continua, e certamente teremos um dia a notícia de que a autonomia municipal é respeitada.

A Área Jurídica da Confederação Nacional de Municípios buscou trazer ao leitor artigos que versam sobre os mais diversos temas que impactam nos Municípios, destacando a colaboração de colegas que não fazem parte da entidade, porém possuem vasta experiência municipalista. Agradeço, em nome da equipe da Área Jurídica, a colaboração de todos.

Desejamos, por fim, uma excelente leitura e reflexão a respeito dos conteúdos a seguir tratados.

Vanessa Rezende

Área Jurídica da CNM

A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS MUNICÍPIOS EM AÇÕES TRABALHISTAS

Fábio Luiz Pacheco¹

RESUMO: o presente artigo tem por escopo alertar os gestores municipais da necessidade imperiosa de melhoria nas atividades de fiscalização dos contratos administrativos, mormente quanto às obrigações trabalhistas como empregadora das empresas contratadas (prestadoras de serviços). Somente agindo de tal modo podem as administrações locais verem-se isentas de condenações em ações trabalhistas, na qualidade de responsáveis subsidiárias.

Palavras-chave: Responsabilidade subsidiária. Ações Trabalhistas. Terceirização.

¹ Ex-assessor jurídico municipal; ex-consultor jurídico da Confederação Nacional de Municípios (CNM); ex-chefe de Cartório Eleitoral (TRE/RS); ex-assistente de juiz do trabalho (TRT/MG); ex-oficial de justiça federal da Justiça Federal do RS (TRF4); assistente de desembargador (TRT/RS). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (PUC/RS).

1. Introdução

A terceirização de serviços apresentou um crescimento exponencial nas últimas décadas, a ponto de alterar drasticamente as próprias relações de emprego. A Justiça do Trabalho (responsável por salvaguardar os direitos essenciais dos trabalhadores) viu-se na obrigação de resolver matéria altamente complexa, representada por um número cada vez maior de demandas nos fóruns trabalhistas, e sem o amparo de qualquer legislação apta a regulamentar o tema.

Esse crescimento da terceirização de serviços nos mais diversos ramos econômicos levou a Justiça do Trabalho (capitaneada pelas ideias do Tribunal Superior do Trabalho) a firmar entendimento de vedação da terceirização indiscriminada, especialmente referindo que ela não poderia ocorrer na atividade-fim da empresa. Ficaria limitada, então, às atividades-meio.

2. A responsabilidade subsidiária

Importante destacar o que vem a ser a responsabilidade subsidiária e para que serve. Ela, na prática, vem reforçar ou suplementar a responsabilidade principal. Trazendo para um exemplo do cotidiano da Justiça do Trabalho, cita-se o caso de uma empregadora (empresa contratada/terceirizada) não ter condições de pagar as verbas executadas em uma ação judicial, caso em que o tomador dos serviços (contratante) será responsabilizado de forma subsidiária. Esta obrigação de pagar do tomador só existirá caso o verdadeiro empregador deixe de quitar ou pague parcialmente as verbas executadas.

Na responsabilidade subsidiária há, portanto, um devedor principal (empregador) e um devedor sucessivo (tomador dos serviços), o qual somente será “chamado” a pagar em caso de inadimplência do primeiro (benefício de ordem na execução).

Como já salientado, a subsidiariedade não transfere automaticamente ao tomador de serviços a responsabilidade pelos créditos devidos. Este somente será responsabilizado em caso de inadimplemento por parte do prestador. Tal entendimento tem por objetivo garantir a efetividade da execução da sentença diante de eventual inadimplência do empregador. Relembre-se de que o crédito trabalhista possui natureza eminentemente salarial, não podendo o trabalhador, que efetivamente atuou em benefício do tomador e prestador de serviços, deixar de receber seus créditos salariais.

O inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, portanto, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também no título executivo judicial.

3. A Súmula 331 do TST

O Tribunal Superior do Trabalho, diante da ausência de lei específica sobre terceirização, tem editada sua Súmula 331, que perfectibiliza uma série de precedentes daquela Corte Superior sobre o assunto. Assim dispõe a redação atual da Súmula 331 do TST:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) – Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.
I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).
II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Com base em tais precedentes (representados pelo referido entendimento sumular), prevalece na Justiça do Trabalho a conclusão de que, se o Ente público deixa de cumprir com o seu dever de fiscalização, imposto tanto pela lei (art. 67, *caput*, da Lei 8.666/1993), quanto pela maioria dos instrumentos contratuais regularmente firmados, então deverá responder subsidiariamente pelo cumprimento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa contratada em relação ao período em que se beneficiou dos serviços prestados.

Essa é a previsão específica do item IV da Súmula 331.

Melhor explicando: caso algum empregado da empresa terceirizada (contratada) ajuíze ação trabalhista contra a empregadora, cobrando verbas trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho (inclusive multas, como a do

FGTS e as dos arts. 467 e 477, ambos da CLT), e também indique o Ente municipal como réu da ação, este será subsidiariamente responsável se a empregadora não possuir meios financeiros de quitar a dívida, reconhecida por sentença judicial transitada em julgado.

Observa-se que é requisito indispensável à responsabilidade subsidiária que o Ente municipal tomador de serviços tenha participado da relação processual, ou seja, que tenha sido citado para se defender e notificado de todos os demais termos do processo. Ademais, é imprescindível que também conste no título executivo (sentença ou acórdão). Somente assim será garantido o exercício dos princípios do contraditório e da ampla defesa, indispensável à responsabilização em tela.

Cabe salientar que a responsabilidade do Ente público engloba todas as obrigações de pagar deferidas na sentença trabalhista. As obrigações de fazer (anotação de CTPS, por exemplo), por outro lado, normalmente não alcançam o responsável subsidiário. Tal interpretação decorre do item IV da Súmula 331 do TST: “A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”.

Aqui, cabe destacar que não só as obrigações trabalhistas típicas serão repassadas ao Ente público, mas também aquelas responsabilidades que se originam após a rescisão do contrato de trabalho firmado entre a terceirizada e seu empregado.

4. Efetiva fiscalização dos contratos de prestação de serviços

Como visto por meio das decisões acima, somente por meio de uma efetiva fiscalização sobre a execução do contrato administrativo e dos contratos de trabalho dos empregados da empresa contratada será possível aos Entes locais eximirem-se de eventual responsabilidade subsidiária em ações trabalhistas.

A efetiva e documentada fiscalização dos contratos de trabalho firmados entre as prestadoras de serviços e seus empregados constitui-se, em verdade, na mais importante medida a ser adotada pelo Município, com vistas a impedir sua responsabilização subsidiária.

Nesse sentido, a Súmula 331 do TST é cristalina ao mencionar, em seu item V, que os Entes integrantes da administração pública direta e indireta responderão subsidiariamente se, além de incorrerem na culpa *in eligendo*, também ficar evidenciada sua conduta culposa na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora (culpa *in vigilando*).

Esse é o ponto de maior dificuldade de todos os Municípios do país.

Ilustrativamente, citam-se alguns julgados que, frente à inobservância do dever de fiscalização por parte do Ente público tomador de serviços, acabou condenando-os subsidiariamente ao pagamento das verbas trabalhistas deferidas ao ex-empregado da empresa contratada:

Ementa: I – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. O tomador dos serviços é subsidiariamente responsável pelos créditos decorrentes da relação de emprego travada entre o fornecedor da mão de obra e seus empregados. A matéria, inclusive, não comporta mais divergências, diante dos termos do item IV da Súmula 331 do TST. II – FISCALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. Entende-se que, valendo-se a administração direta de terceiros para execução de serviços, cumpria-lhe fiscalizar e acompanhar a execução do contrato, verificando se a contratada estava adimplindo as obrigações trabalhistas, o que haveria de ser comprovado no bojo dos autos através de provas robustas, consoante dicção dos artigos 58, III e 67, da Lei 8.666/93. **Não estando configurada a prática de atos fiscalizatórios quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas da prestadora de serviços, impõe-se estabelecer a responsabilidade**

subsidiária do Município. Recurso a que se nega provimento. (Processo 0001194-75.2013.5.05.0661 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 237821/2015 Relatora Desembargadora Maria Adna Aguiar, 5ª Turma do TRT da 5ª Região, DJ 08/05/2015). (Grifos do autor)

[...] 2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ÔNUS DA PROVA. CULPA “IN VIGILANDO”. 2.1. Cabe à Administração Pública apresentar as provas necessárias à demonstração de que cumpriu a obrigação prevista pela Lei de Licitações, qual seja, a fiscalização da execução dos contratos administrativos, sob pena de restar caracterizada a sua culpa “in vigilando” e a consequente inaplicabilidade do invocado art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. 2.2. Diante da salvaguarda inscrita no art. 71 da Lei nº 8.666/93, a responsabilidade subjetiva e subsidiária da Administração Pública Direta ou Indireta encontra lastro em caracterizadas ação ou omissão culposa na fiscalização e adoção de medidas preventivas ou sancionatórias ao inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte de empresas prestadoras de serviços contratadas (arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93). **2.3. Incontroverso que inexistente, nos autos, prova de que a Administração Pública cumpriu com seu dever de fiscalização do cumprimento do contrato, especialmente quanto aos direitos trabalhistas, quando a ela cabia, em juízo, trazer os elementos necessários à formação do convencimento, impõe-se concluir que, por omissão voluntária, está caracterizada a culpa “in vigilando”, o que autoriza a condenação subsidiária.** Recurso de revista não conhecido. [...] (TST-RR-1022-46.2012.5.09.0245, 3ª Turma do TST, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 19/02/2016). (Grifos do autor).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISITA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. JULGAMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16 PELO STF. SÚMULA Nº 331,

INCISOS IV E V, DO TST. Persiste o entendimento nessa Corte no sentido de que cabe a responsabilidade subsidiária do ente público – tomador de serviços –, em vista do eventual inadimplemento de verbas trabalhistas pelo efetivo empregador, no caso de ausência de fiscalização no cumprimento do contrato (Súmula nº 331, V, do TST). Quanto ao ônus da prova, cabe à tomadora dos serviços do reclamante o ônus da prova de que não houve negligência de sua parte na condução do contrato, notadamente no tocante à fiscalização do correto adimplemento das verbas trabalhistas pela contratada. Precedentes. Agravo de instrumento desprovido. (TST-AIRR-13-02.2013.5.21.0012, 5ª Turma do TST, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, DEJT 18/12/2015). (Grifos do autor).

A imensa maioria dos Entes municipais brasileiros não realiza com suficiente precisão a fiscalização da tomadora no que diz respeito aos aspectos laborais desta.

É de suma importância, então, que sejam estabelecidos critérios para a verificação da regularidade no cumprimento das obrigações legais e trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços.

5. Conclusão

Os gestores municipais precisam compreender que o destacamento e o treinamento de um servidor municipal com a “missão” de bem fiscalizar os contratos administrativos nos seus aspectos trabalhista e previdenciário têm o objetivo de reduzir, sensivelmente, o número de condenações judiciais do Município na esfera trabalhista, mormente como responsável subsidiário.

A seguir, colacionam-se duas decisões que isentaram o Ente público da responsabilidade subsidiária, pois ficou demonstrada a efetiva fiscalização, conforme descrito nos tópicos acima:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – AUSÊNCIA DE CULPA IN VIGILANDO. Hipótese em que restou demonstrada a fiscalização de cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais da empregadora formal, de modo a afastar a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços em decorrência de convênio. (TRT da 4ª Região, 4ª Turma, 0000389-26.2013.5.04.0023 RO, em 01/07/2015, Desembargador João Pedro Silvestrin – Relator).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. Comprovado nos autos que os entes públicos efetuaram a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas, não se vislumbra a culpa in vigilando, ensejadora da responsabilização subsidiária. (Processo nº 00005662120145020084 A28; Ano: 2016; Turma: 5ª, TRT da 2ª Região; Relator: Jomar Luz de Vassimon Freitas; Data da publicação: 28/06/2016).

Ainda, transcreve-se pequeno trecho de decisão proferida pelo TRT da 17ª Região, a qual isentou o Município de qualquer responsabilidade, uma vez que este fiscalizou o cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora:

[...] Necessário salientar que há nos autos documentação suficiente para comprovar a diligente fiscalização do contrato executada pelo Município de Cariacica e, assim, elidir a responsabilização subsidiária do ente público fundada nas culpas *in eligendo* e *in vigilando*.

Diante do exposto, não há falar em responsabilidade subsidiária do ente público pelas parcelas deferidas na decisão recorrida e não adimplidas pela interposta empresa prestadora dos serviços.

O caso em apreço enquadra-se na hipótese prevista na Súmula 331, V, do E. TST. De acordo com essa Súmula, inexistindo conduta culposa do ente público no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora, não há responsabilidade subsidiária.

Assim, mantenho incólume a r. sentença que indeferiu o pedido de responsabilização subsidiária do segundo reclamado. [...] (TRT da 17ª Região, RO 0117300-31.2012.5.17.0012, Rel. Desembargador Carlos Henrique Bezerra Leite, DEJT 01/07/2016).

Desta feita, por qualquer ângulo que se analise, somente por meio de vigilância e fiscalização constantes, será possível que os Municípios deixem de ser responsabilizados (mesmo que subsidiariamente) por dívidas trabalhistas de empresas contratadas (terceirizadas/prestadoras de serviços).

6. Bibliografia

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 2ª REGIÃO. Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

_____. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

_____. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO. Disponível em: <<http://www.trt17.jus.br>>. Acesso em: 11 mar. 2017.

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

A COMPETÊNCIA PARA JULGAR AS CONTAS DO PREFEITO ORDENADOR DE DESPESA

Jamille Lavale de Carvalho Henriques de Moura¹

RESUMO: O presente artigo trata sobre o julgamento das contas do chefe do Poder Executivo municipal que exerce, além dos atos de governo, a função de ordenador de despesas. O papel do Tribunal de Contas e do Poder Legislativo Municipal no julgamento das contas de governo e de gestão dos prefeitos municipais.

Palavras-chave: Prefeito. Julgamento. Contas. Ordenador de Despesa. Tribunal de Contas.

¹ Advogada do Departamento Jurídico da Confederação Nacional de Municípios (CNM). Especialista em Direito Público.

1. Introdução

A obrigatoriedade de o administrador público e os demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos prestarem contas decorre de disposição constitucional. José Nilo de Castro leciona:

O dever de prestar contas é inerente a quem exerce poder. Quem exerce poder não o faz em nome próprio, mas de outrem. Tratando-se de autoridade administrativa, esta exercita poderes em nome da coletividade, que efetivamente os detém como seus. No só prestar contas, função do administrador, não está subsumida a satisfação de sua gestão, que só se exonerará de responsabilidade administrativa e político-administrativa com a deliberação, acolhendo-as como regulares.

O poder constituinte originário atribuiu a competência para deliberar a respeito das contas prestadas pelo chefe do Poder Executivo Federal ao Poder Legislativo, cabendo ao Tribunal de Contas apenas a emissão de parecer prévio. No que tange aos demais administradores e responsáveis por haveres públicos, a competência do julgamento é do Tribunal de Contas. Vejamos:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I – apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; [...]

A Carta Magna de 1988 atribuiu ao Congresso Nacional a competência exclusiva para julgar as contas do chefe do Poder Executivo.

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: IX – julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo; [...]

No âmbito municipal, a Constituição Federal também estabelece que a fiscalização será exercida pelo Poder Legislativo, mediante auxílio do Tribunal de Contas, cujo parecer somente deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

§ 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

§ 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente, sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

§ 3º As contas do Município ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

§ 4º É vedada a criação de tribunais, Conselhos ou órgãos de contas municipais.

Tratando do tema, Getúlio Sérgio do Amaral discorre que:

Primeiramente, o controle externo é efetuado pela própria população, mediante o exame direto das contas, que ficam durante sessenta dias à disposição de qualquer contribuinte, para o seu exame e apreciação, podendo ser questionada a sua legitimidade tanto administrativa como judicialmente, neste último, pela ação popular; o outro nível de controle é realizado pelo Tribunal de Contas do Estado, mediante a emissão de parecer prévio, que poderá considerar as contas regulares, parcialmente regulares ou irregulares; e, por último, exsurge através do julgamento das contas municipais, realizado pela Câmara local, que poderá acatar o parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas do Estado, que só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

Frise-se também que de acordo com art. 75 da Constituição Federal a prestação de contas no Município será regida, no que couber, pelas normas estabelecidas nos arts. 70 a 74, onde constam as regras referentes à fiscalização contábil, financeira e orçamentária da União.

2. Julgamento do chefe do Poder Executivo ordenador de despesas

A rejeição das contas dos agentes públicos assume particular importância visto que é hipótese de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, “g”, da Lei Complementar Federal 64/1990, com a redação dada pela Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa). Vejamos:

Art. 1º São inelegíveis:

I – para qualquer cargo: [...]

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as elei-

ções que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição; [...]

O inciso II do art. 71 da CF/1988 estabelece que é de competência do Tribunal de Contas o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração pública.

É sabido que em muitos Municípios brasileiros, especialmente nos pequenos, os prefeitos praticam atos de gestão (art. 71, II, CF/1988) e de governo (art. 71, I, CF/1988). Nesses casos, quem possui competência para julgá-los, a Câmara Municipal ou o Tribunal de Contas? Seria a Câmara de Vereadores competente para julgar tanto as contas de governo quanto as de gestão dos prefeitos ou o prefeito deveria ser julgado quanto aos atos de gestão pelo Tribunal de Contas e pelos atos de governo pela Câmara Municipal?

Inicialmente convém diferenciar contas de governo e contas de gestão. As contas de governo são apresentadas anualmente pelo prefeito e devem comprovar as atividades financeiras da administração, o cumprimento dos programas, destinação dos recursos, nível de endividamento, observância dos limites de gastos com pessoal. O julgamento dessas contas será feito pelo Poder Legislativo após parecer do Tribunal de Contas. Em que pese o parecer não possuir caráter vinculativo, exige, no caso dos Municípios, dois terços dos votos da Câmara de Vereadores para que seja possível a adoção de decisão contrária à que consta no parecer (Constituição Federal, art. 31, parágrafo 2º). Já as contas de gestão devem demonstrar a correta aplicação de recursos públicos, devendo serem observadas a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos praticados, a regularidade e a conformidade de procedimentos, identificando-se e apurando eventuais lesões ao erário e atos de improbidade administrativa. Essas contas serão julgadas pelos tribunais de contas.

Parte da doutrina entende que o Tribunal de Contas possui competência para julgar o prefeito ordenador de despesas (contas de gestão). Esta corrente defende que as contas de gestão são referentes à atuação do chefe do Poder Executivo como administrador público, devendo suas contas serem julgadas pelo Tribunal de Contas. Entendem que o fato de ser prefeito não o isenta de responsabilidade sobre os atos que importam em gestão de recursos públicos. Portanto, argumentam que quando o prefeito municipal acumula as funções de ordenador de despesa, suas contas devem ser julgadas separadamente: a) contas de governo pela Câmara Legislativa, com emissão de parecer prévio pelo Tribunal de contas; b) contas de gestão pelo Tribunal de Contas.

Por outro lado, vários doutrinadores defendem que, por ser agente político, o prefeito (mesmo ordenando despesas) não estaria sujeito ao julgamento técnico do Tribunal de Contas.

No Supremo Tribunal Federal (STF), os ministros aprovaram em agosto de 2016 as teses de repercussão geral decorrentes do julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários (REs) 848.826 e 729.744, no qual discutiram a competência para o julgamento das contas do prefeito ordenador das despesas.

O RE 848.826 questionou acórdão do TSE que indeferiu, ao autor do recurso, registro de candidatura para o cargo de deputado estadual nas eleições de 2014 em razão da rejeição, pelo TCE/CE, das contas que prestou quando era prefeito. O autor alegou que a rejeição de suas contas, ainda que na qualidade de ordenador de despesas, somente poderia ocorrer pela Câmara de Vereadores, e não pelo Tribunal de Contas, nos termos dos arts. 31, parágrafo 2º; 71, inc. I; e 75, todos da CF/1988. Ao julgar a causa, o TSE entendeu que a inelegibilidade prevista na alínea “g” do inc. I do art. 1º da LC 64/1990 pode ser examinada a partir de decisão irrecurável dos tribunais de contas que rejeitam as contas do prefeito quando este agir como ordenador de despesas “diante da ressalva final da alínea g do inciso I do artigo 1º da LC 64/90”.

A decisão provocou divergência entre os ministros, tendo o relator, ministro Luís Roberto Barroso, votado no sentido de reconhecer a com-

petência dos tribunais de contas para julgar em definitivo as contas de gestão dos prefeitos, o que levaria à inelegibilidade. Para o ministro, a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da administração pública compreende o exame da prestação de contas de duas naturezas: de governo e de gestão. “A competência para julgamento será atribuída à Casa Legislativa ou ao Tribunal de Contas em função da natureza das contas prestadas e não do cargo ocupado pelo administrador.» Em seu voto, Barroso ressaltou que no seu entendimento, nos casos das contas de governo, o Tribunal de Contas emite um parecer e a Casa Legislativa julga. E, nos casos das contas de gestão, que possuem natureza técnica, a competência para julgamento é do Tribunal de Contas.

O entendimento do relator foi acompanhado pelos ministros Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli. Prevaleceu a divergência aberta pelo ministro Ricardo Lewandowski, que segundo ele, por força da Constituição, são os vereadores quem detêm o direito de julgar as contas do chefe do Executivo municipal, na medida em que representam os cidadãos. A divergência foi seguida pelos ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Celso de Mello.

A tese de repercussão geral possui o seguinte teor:

Para os fins do artigo 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar 64/1990, a apreciação das contas de prefeito, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos vereadores.

Relatado pelo ministro Gilmar Mendes, o RE 729.744 questionou acórdão do TSE que, confirmando a decisão do TRE/MG, deferiu o registro da candidatura do recorrido, ao fundamento de que a

desaprovação, pelo TRE/MG, das contas prestadas pelo agravado na qualidade de prefeito do município de Bugre/MG não é apta a configurar a inelegibilidade do artigo 1º, inciso I, alínea “g” da LC 64/90, haja vista a ausência de decisão irreversível proferida pelo órgão competente, que, no caso, seria a respectiva Câmara Municipal.

O ministro Gilmar Mendes votou pela competência da Poder Legislativo para julgar as contas, sejam elas de gestão ou de governo.

A competência para julgamento das contas anuais dos prefeitos, eleitos pelo povo, é do Poder Legislativo, órgão constituído por representantes democraticamente eleitos, para averiguar, além da sua adequação orçamentária, sua destinação em prol dos interesses da população ali representada. Seu parecer neste caso é opinativo, não sendo apto a produzir consequências como a inelegibilidade prevista no artigo 1º da LC 64/90.

3. Julgamento ficto

Até o momento verificamos que a competência para apreciação das contas de prefeito – tanto as de governo quanto as de gestão – será das Câmaras Municipais com auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos vereadores. Mas e quando o Tribunal de Contas emite parecer reprovando as contas do prefeito e a Câmara não julga as contas? Deve prevalecer o parecer do Tribunal de Contas enquanto não for rejeitado formalmente pela Câmara?

Sobre o assunto, o STF decidiu, também por maioria de votos, no RE 729.744, vencidos os ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, que, em caso de omissão da Câmara Municipal, o parecer emitido pelo Tribunal de Contas não gera a inelegibilidade prevista no art. 1º, inc. I, alínea “g”, da LC 64/1990. A Suprema corte elaborou a seguinte tese:

Parecer técnico elaborado pelo Tribunal de Contas tem natureza meramente opinativa, competindo exclusivamente à Câmara de Vereadores o julgamento das contas anuais do chefe do Poder Executivo local, sendo incabível o julgamento ficto das contas por decurso de prazo.

Desta feita, somente após a decisão da Câmara Municipal rejeitando as contas dos prefeitos é que a Justiça Eleitoral poderá considerá-lo inelegível.

4. Conclusão

Assim, conforme entendimento do STF, a apreciação das contas de prefeito, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida exclusivamente pelas Câmaras Municipais, com auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos vereadores.

Desta feita, o parecer do Tribunal de Contas terá somente caráter opinativo, e ainda que a Câmara Municipal seja omissa o parecer emitido pelo Tribunal de Contas não gera a inelegibilidade de que trata o art. 1º, inc. I, alínea “g”, da LC 64/1990.

Destaca-se que o entendimento adotado pelo STF refere-se apenas à inelegibilidade do prefeito, não tendo qualquer efeito sobre eventuais ações por improbidade administrativa ou de esfera criminal a serem movidas pelo Ministério Público contra maus gestores. Ou seja, a aprovação das contas do chefe do Poder Executivo pelo Poder Legislativo não impede a responsabilização civil, criminal ou administrativa do agente político.

5. Bibliografia

AMARAL, Getúlio Sérgio do. *Direito à defesa do prefeito nos julgamentos das contas municipais*: aplicabilidade do devido processo legal e da ampla defesa aos julgamentos das contas do administrador municipal pela Câmara Municipal: doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Inédita, 2000, p. 22.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: Legislação Complementar. Disponível em: <www.planalto.gov.br>

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 848.826. Relator ministro Roberto Barroso.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 729.744. Relator ministro Gilmar Mendes.

CASTRO, Nilo de. *Julgamento das Contas Municipais*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1995.

DESONERAÇÕES DO FPE E FPM: UMA SOLUÇÃO INCONSISTENTE DO STF

Paulo Caliendo¹
Thaiane Cristovam²

Palavras-chave: FPM. Desoneração. IPI. Compensação.

1. Da questão disputada

O presente artigo se debruça sobre uma das questões mais impactantes das finanças estaduais e municipais: a possibilidade de a União aplicar medidas desonerativas sobre impostos partilhados, sem a correlata compensação dos Entes afetados.

1 Advogado. Doutor em Direito. Professor PUCRS.

2 Advogada. Mestranda em Direito.

O Fundo de Participação dos Municípios (FPM) é uma das modalidades de transferências de recursos financeiros da União Federal para os Municípios, previsto no art. 159, I, “b”, “d” e “e”, da Constituição Federal. É constituído por 22,5% da arrecadação dos Impostos sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza e sobre Produtos Industrializados, acrescidos de 1% mais 1% da arrecadação destes tributos, entregues nos primeiros dez dias dos meses de julho e dezembro de cada ano, respectivamente.

Assim prevê a Constituição Federal:

Art. 159. A União entregará: (Vide Emenda Constitucional nº 55, de 2007)

I – do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 49% (quarenta e nove por cento), na seguinte forma: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 84, de 2014)

a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;

b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;

c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer;

d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 55, de 2007)

e) 1% (um por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de julho de cada ano; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 84, de 2014).

O dispositivo constitucional que prevê a instituição do FPM encontra-se na Seção VI do Capítulo I do Título VI da Constituição Federal, o qual é destinado a regular a distribuição das receitas tributárias. Esta repartição parte da forma federativa de organização do poder, instituída pela Constituição Federal de 1988.

A forma federativa implica que um Ente da Federação não poderá fazer uso de suas competências para proveito próprio em prejuízo dos demais. A Constituição, em razão disso, objetivou estabelecer a repartição das receitas tributárias através de um federalismo de cooperação, o qual tem como objetivo o equilíbrio econômico dos Entes federados.

Em razão de o Fundo ser composto por verbas advindas da arrecadação dos Impostos sobre a Renda e sobre Produtos Industrializados, os valores a ele transferidos são diretamente proporcionais ao montante da arrecadação destes impostos pelo governo federal.

As normas sobre o cálculo, a entrega e o controle das liberações dos valores do FPM aos Municípios são regulamentadas pela Lei Complementar 62, de 28 de dezembro de 1989.

O cálculo da quota-parte à qual cada Município faz jus é calculado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), com base em dados fornecidos anualmente pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), tais como a contagem populacional e a renda *per capita* de cada Estado.

Percebe-se, neste contexto, que os valores concernentes ao FPM são, em grande monta e especialmente para as entidades municipais pequenas, parcela generosa de seus orçamentos, muitas vezes configurando a sua quase totalidade.

2. O problema da distribuição dos recursos do Fundo de Participação dos Municípios

Como acima visto, o Fundo de Participação dos Municípios configura, muitas vezes, praticamente a totalidade dos recursos que um Município possui para arcar com seus deveres constitucionalmente estabelecidos.

Conforme alguns estudos, o FPM representa 45,5% da fonte de receitas da média dos Municípios, apresentando um grande nível de dependência, em relação às receitas de transferências. Em alguns casos, o percentual é muito baixo, chegando a atingir o valor mínimo de 4,61% da receita, em outros, contudo, a dependência é elevadíssima e representa quase 75,28% das receitas municipais.³ Os estudos demonstram que os menores e mais pobres Municípios são os mais dependentes das transferências do FPM. Geralmente, os Municípios com população de até 20 mil habitantes possuem em média os maiores níveis de dependência do FPM, acima de 50%.⁴

A problemática relacionada ao FPM emerge no fato de que a Constituição Federal prevê que o Fundo será composto pelo **produto da arrecadação** do IPI e do IR. Por *produto da arrecadação* compreende o governo federal tratar-se da arrecadação líquida destes tributos, e, portanto, o seu valor após o cômputo das deduções referentes a desonerações, incentivos e benefícios fiscais.

Ocorre que os Impostos que compõem o Fundo, o Imposto sobre a Renda e o Imposto sobre Produtos Industrializados são tributos de competência da União Federal, os quais possuem natureza extrafiscal, o que significa que o governo pode utilizá-los como instrumentos regulatórios, ordenatórios ou interventórios na ordem econômica.

3 MASSARDI, Wellington de Oliveira et ABRANTES, Luiz Antônio. *Revista de Gestão, Finanças e Contabilidade*, ISSN 2238-5320, UNEB, Salvador, v. 6, n. 1, p. 173- 187, jan./abr., 2016. p. 180.

4 Idem p. 184.

Ainda, coloque-se que esses tributos são aqueles sobre os quais mais frequentemente a União institui desonerações, benefícios e isenções fiscais. Esta conduta, evidentemente, causa prejuízos de ordem incomensurável às finanças dos Municípios, na medida em que os valores repassados ao FPM têm sua base de cálculo estruturada pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN) sobre o que foi efetivamente arrecadado, não sendo nela incluídos os montantes relativos às desonerações, aos incentivos e aos benefícios fiscais.

Somente no ano de 2012, a União Federal estimou que as desonerações então instituídas somariam a monta de R\$ 15 milhões em razão de diversas Medidas Provisórias e Decretos editados pelo governo federal que implementaram isenções no IPI e no IR. No mesmo sentido, a previsão de gastos tributários com a Zona Franca de Manaus (que gozará de benefícios fiscais até o ano de 2073) foi de mais **de R\$ 2 trilhões de reais**, valor este que chega a somar 0,6% do Produto Interno Bruto.

A controvérsia jurídica e política relativa ao FPM surge na medida em que os benefícios fiscais concedidos às áreas de livre comércio e aos demais contribuintes configuram renúncia de receitas, o que a União Federal somente poderia realizar em relação às suas receitas, e não àquela pertencente aos demais Entes federados, de forma que o repasse do déficit dessas desonerações ao FPM vem sendo veementemente combatido pelos Entes municipais.

Importante salientar, da mesma forma, que os benefícios, as isenções e as desonerações fiscais do IPI e do IR não chegam sequer a integrar o valor da base da cálculo do FPM, porquanto a União não inclui estes valores no demonstrativo de repasses. Ou seja, o Município sequer tem como saber o tamanho do rombo provocado pela conduta do governo federal, dado que este omite os valores do cálculo.

Insta mencionar que toda arrecadação da qual a União abre mão representa menos recursos para os Municípios investirem em infraestrutura, educação, saúde, segurança pública, dentre outros serviços que são prejudicados em razão do desconto no valor repassado.

O repasse a menor em razão desta posição da União Federal ocasiona o desequilíbrio econômico da repartição das receitas tributárias. Além disso, a prática do governo federal de repassar ao FPM as suas renúncias de receitas implica diretamente o não cumprimento das diretivas constitucionais do federalismo fiscal.

Constitucionalmente, é impossível imaginar que existam tarefas não cumpridas em razão da carência de receita, justamente por haver este planejamento. Nesta senda, não seria possível à União, deliberadamente, na intenção de regular déficit de mercado, interferir e prejudicar projetos que já contam com uma receita certa de desenvolvimento institucional e social.

Necessário citar, outrossim, que as transferências constitucionalmente previstas resultam na impossibilidade de conduta discricionária do gestor público, na medida em que a arrecadação é pertencente a outro Ente federado. Nesse sentido, a não inclusão dos valores referentes às desonerações, aos incentivos e aos benefícios fiscais na base de cálculo do FPM é conduta que carece de amparo jurídico, por não ter o governo federal a discricionariedade necessária para dispor de receitas que não lhe são constitucionalmente destinadas.

Assim sendo, qualquer medida que altere a percepção do Fundo tem conotação indevida e inconstitucional, pois havendo redução do repasse deste, colateralmente, haverá déficit para a administração do Município, que acarreta a suspensão de obras e paralisação de serviços públicos por falta de verbas de projetos e de pagamentos. Conclui-se, pois, que a medida que teria por finalidade fornecer subsídios para a implementação das políticas públicas, contribuindo para o desenvolvimento municipal, ao contrário vem suspendendo projetos vitais, bem como impossibilitando a continuação dos já implementados em razão da falta de recursos.

3. Dos julgamentos distintos pelo STF

O Supremo Tribunal Federal (STF) em duas decisões relevantes adotou dois entendimentos contraditórios que ofendem o federalismo e as finanças municipais, de uma só vez. Todo o sistema constitucional é fundado na ideia de unidade nacional, fundada no equilíbrio entre os Entes federados. Assim, já dispõe o art. 18 da CF/1988 que: “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”. Os Entes são autônomos, mas exigem tratamento simétrico entre eles. O tratamento assimétrico é considerado uma falha grave no ordenamento.⁵

Um dos defensores da simetria federalista é Dircêo Torrecillas Ramos, que assim defende o seu ponto de vista:

O ideal no sistema federal simétrico é que: cada Estado mantenha, essencialmente, o mesmo relacionamento para com a autoridade central; a divisão de poderes entre os governos centrais e dos Estados seja virtualmente a mesma base para cada componente político e o suporte das atividades do governo central seja igualmente distribuído.

O inverso irá configurar uma anomalia constitucional. Para Raul Machado Horta:

O federalismo anômalo advirá sempre de deformações e de abuso no funcionamento das instituições, operando mutações na concepção constitucional. O federalismo assimétrico não deixa de ser forma anômala, se confrontado com o federalismo

5 GOULART, Fabiane Aline Teles. *Federalismo simétrico e Federalismo assimétrico na Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32554/federalismo-simetrico-e-federalismo-assimetrico-na-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

simétrico. [...] As normas assimétricas, embora de incidência parcial, podem alterar profundamente a estrutura do federalismo simétrico.

No julgamento do Recurso Extraordinário 705.423/SE, com repercussão geral, o qual tinha por objeto a análise da constitucionalidade da inclusão das desonerações, dos benefícios e das isenções fiscais na base de cálculo do Fundo de Participação dos Municípios, em julgamento ocorrido na data de 17 de novembro de 2016, fixou a tese em sentido contrário aos Municípios de que:

É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados por parte da União em relação ao Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às Municipalidades.

Esta decisão vem causar grande prejuízo às finanças dos Municípios na medida em que configura uma autorização para que a União Federal possa “fazer cortesia com o chapéu alheio”, além de vir em contradição com os próprios precedentes do STF.

4. Contradição direta

Essa decisão contrariava a jurisprudência do próprio Supremo, quanto à matéria, configurando uma contradição direta com a sua própria decisão. Há esse fenômeno quando a Corte julga casos idênticos com mesma *quaestio juris* com distinta *ratio decidendi*. A lógica jurídica exige que casos similares devam ter julgamento similares, sob pena de ofensa à segurança jurídica e regime de decisões. Somente será admitido o julgamento distinto quando os casos apresentarem diferenças substanciais nas questões de fato e de direito propostas.

A violação à jurisprudência consolidada da Corte Constitucional brasileira fica clara quando em análise o julgamento do Recurso Extraordinário 572.762/SC. Isso porque, na decisão, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido quando a Constituição Federal afirma “pertencer aos Municípios”, isso significa que os Estados e a União Federal não poderão fazer cortesias com verbas que não lhe dizem respeito.

Assim ficou ementado o Acórdão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ICMS. REPARTIÇÃO DE RENDAS TRIBUTÁRIAS. PRODEC. PROGRAMA DE INCENTIVO FISCAL DE SANTA CATARINA. RETENÇÃO, PELO ESTADO, DE PARTE DA PARCELA PERTENCENTE AOS MUNICÍPIOS. INCONSTITUCIONALIDADE. RE DESPROVIDO. I – A parcela do imposto estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, a que se refere o art. 158, IV, da Carta Magna pertence de pleno direito aos Municípios. II – O repasse da quota constitucionalmente devida aos Municípios não pode sujeitar-se à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual. III – Limitação que configura indevida interferência do Estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias. IV – Recurso extraordinário desprovido. (RE 572762, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-167 DIVULG 04-09-2008 PUBLIC 05-09-2008 EMENT VOL-02331-04 PP-00737)

O Ministro Ricardo Lewandowski, relator, construiu o seguinte entendimento nesse julgado:

A parcela do imposto estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, a que se

refere o art. 158, IV, da Carta Magna pertence de pleno direito aos Municípios. II – **O repasse da quota constitucionalmente devida aos Municípios não pode sujeitar-se à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual.** III – **Limitação que configura indevida interferência do Estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias.** (Grifos do autor)

Outrossim, neste julgamento, afirmou o senhor ministro Carlos Brito que:

[...] entre duas interpretações teoricamente sustentáveis, o intérprete deve optar por aquela que mais confirma dispositivos outros constitucionais, sobretudo se dotados do status de princípios estruturantes; e aqui temos em jogo vários princípios estruturantes da própria Federação brasileira.

A leitura a ser realizada na hipótese da constitucionalidade do repasse das desonerações ao FPM não é outra senão a realizada pelo ministro. Isso porque estão lançados diversos princípios estruturantes, tais como o próprio princípio federativo, que assegura a autonomia administrativa e tributária aos Municípios.

Destarte, compreende-se que o entendimento a ser aplicado ao caso da constitucionalidade do repasse das desonerações, benefícios e isenções fiscais ao Fundo de Participação dos Municípios deve ser análogo àquele exarado no julgamento do Recurso Extraordinário 572.762/SC, na medida em que se trata de questões jurídicas similares, bem como em razão de o Direito não admitir soluções contraditórias a casos correlatos.

5. Contradição reflexa

A decisão do Supremo implicou, igualmente, uma contradição indireta, ao passo que produziu decisões distintas sobre casos semelhantes, ou seja, assentou-se princípios contraditórios. Essa é a situação da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Cível Originária (ACO) 758, cujo autor é o Estado de Sergipe. Isso porque a questão jurídica debatida na ACO tratou de pedido de restituição das diferenças referentes às deduções fiscais feitas pela União Federal no Imposto de Renda, que eram repassadas ao Fundo de Participação dos Estados e Distrito Federal (FPE).

Nota-se, portanto, que se trata de caso absolutamente idêntico àquele apresentado nos autos do Recurso Extraordinário 705.423/SE, o qual também era originário de um Município do Estado de Sergipe.

A despeito deste fato, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Cível Originária 758, julgou procedente o pedido do Estado de Sergipe. Assim ficou decidido:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido formulado pelo Estado de Sergipe, para, observado o prazo prescricional de cinco anos, considerada a data do ajuizamento da ação, 1º de dezembro de 2004, condenar a União às diferenças devidas, a serem apuradas em liquidação de sentença, condenada a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em favor do autor, que, presente o disposto no art. 20, § 4º, do CPC de 1973, arbitrou-se em 20.000 reais. Tudo nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Menezes Direito, Eros Grau, Gilmar Mendes e Edson Fachin. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 19.12.2016.

Por conseguinte, as soluções adotadas nos casos do FPM e do FPE foram em absoluto divergentes, na medida em que para o primeiro considerou-se constitucional o repasse das desonerações e para o segundo inconstitucional, determinando-se o ressarcimento. É imperioso analisar que à luz do princípio constitucional da isonomia esta conduta configura uma anomalia jurídica.

Isso porque tanto o FPM quanto o FPE estão previstos no mesmo dispositivo constitucional (art. 159, I, da Constituição) e são regulamentados pela mesma Lei Complementar 62, de 28 de dezembro de 1989, além de possuírem, portanto, a mesma sistemática distributiva.

Nesta senda, o entendimento aplicável à hipótese de (in)constitucionalidade dos repasses ao FPM dos benefícios, desonerações e isenções fiscais deve ser equânime, não sendo admissível tamanha desigualdade no julgamento de casos análogos.

Soma-se a esse fato a divergência do posicionamento assumido nos votos dos ministros Cármen Lúcia, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Teori Zavascki, que, no julgamento do ACO 758, arbitraram pela procedência da ação de Sergipe contra repasse do FPE com deduções e no julgamento do RE 705.423/SE decidiram em sentido diretamente oposto, sem ao mínimo realizar declaração do voto sobre a distinção nos dois casos.

O infeliz resultado ofende ao “Princípio da Isonomia dos Entes Federados”, ao produzir resultados distintos para situações similares. A consequência é a ofensa ao equilíbrio federativo e ao princípio basilar da igualdade de tratamento no “federalismo de três níveis”. Pensar diferentemente ofende a CF/1988 e lesiona os Municípios em sua dignidade constitucional.

No julgamento da ADI 2.650, de rel. do min. Dias Toffoli, julgado em 24 de agosto de 2011, entendeu o STF que dar interpretação distinta para termos análogos ofenderia ao “Princípio da Isonomia dos Entes Federados”. No caso questionava-se art. 7º da Lei 9.709/1998 e a violação do art. 18, § 3º, da Constituição. No mérito, debatia-se o regime para desmembramento de estado-membro e Município e a interpretação da expressão “população diretamente

interessada”, bem como da consulta à população da área desmembrada e da área remanescente. No caso, defende-se a aplicação de interpretação sistemática, com a aplicação de requisitos análogos para o desmembramento de Estados.

No voto do min. relator, destaca-se esse entendimento:

2. A utilização de termos distintos para as hipóteses de desmembramento de estados-membros e de municípios não pode resultar na conclusão de que cada um teria um significado diverso, sob pena de se admitir maior facilidade para o desmembramento de um estado do que para o desmembramento de um município. Esse problema hermenêutico deve ser evitado por intermédio de interpretação que dê a mesma solução para ambos os casos, sob pena de, caso contrário, se ferir, inclusive, a isonomia entre os entes da federação. O presente caso exige, para além de uma interpretação gramatical, uma interpretação sistemática da Constituição, tal que se leve em conta a sua integridade e a sua harmonia, sempre em busca da máxima da unidade constitucional, de modo que a interpretação das normas constitucionais seja realizada de maneira a evitar contradições entre elas. Esse objetivo será alcançado mediante interpretação que extraia do termo “população diretamente interessada” o significado de que, para a hipótese de desmembramento, deve ser consultada, mediante plebiscito, toda a população do estado- membro ou do município, e não apenas a população da área a ser desmembrada.

No presente caso, houve violação direta a este princípio pela Corte.

6. Conclusão

É inconstitucional a União aplicar medidas desonerativas sobre impostos partilhados, sem a correlata compensação dos Entes afetados, especialmente, por afetar gravemente os menores e mais pobres Municípios do

país. Há ofensa direta aos princípios constitucionais, que asseguram o federalismo nacional.

O Supremo Tribunal Federal (STF) em duas decisões relevantes adotou dois entendimentos contraditórios, que ofendem o federalismo e as finanças municipais, de uma só vez, no julgamento do Recurso Extraordinário 705.423/SE e da Ação Cível Originária 758. Urge a mudança de posição e harmonização jurisprudencial.

7. Bibliografia

GOULART, Fabiane Aline Teles. Federalismo simétrico e Federalismo assimétrico na Constituição Federal de 1988 . Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32554/federalismo-simetrico-e-federalismo-assimetrico-na-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

MASSARDI, Wellington de Oliveira e ABRANTES, Luiz Antônio. Classificação dos municípios mineiros em relação à composição de suas receitas. *Revista de Gestão, Finanças e Contabilidade*, Uneb, Salvador, v. 4, n. 1, p. 144-161, jan./abr., 2014.

_____. *Revista de Gestão, Finanças e Contabilidade*, Uneb, Salvador, v. 6, n. 1, p. 173- 187, jan./abr., 2016.

MENDES, Marcos. *Proposta para um novo federalismo fiscal: novos critérios de distribuição para o FPM e criação do Fundo de Participação das Regiões Metropolitanas*. Brasília: Banco Central do Brasil (Dipom), 1994.

OATES, W. *Fiscal Federalism*. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1972.

ORAIR, R. O; ALENCAR, A. A. *Esforço fiscal dos municípios: indicadores de condicionalidades para o sistema de transferências intergovernamentais*. Monografia premiada do Tesouro Nacional, Brasília, 2010.

PRADO, S. *A Questão Fiscal na Federação Brasileira: diagnóstico e alternativas*. Cepal/Ipea: Brasília, 2007.

RIBEIRO, E. P. *Transferências Intergovernamentais e Esforço Fiscal dos Estados Brasileiros*. Textos para Discussão. n. 12. Porto Alegre: PPGE/UFRGS, 1998. 19 p.

RODRIGUES, Márcio da P. *Esforço Fiscal Próprio dos municípios Catarinenses e Transferências Intergovernamentais*. Programa de Pós Graduação em Economia. (Dissertação). Universidade Federal de Santa Catarina, 2004.

TRISTÃO, José Américo Martelli. *A Administração Tributária dos Municípios Brasileiros: uma avaliação do desempenho da arrecadação*. São Paulo: EAESP/FGV, 2003. 172 p. Tese de doutorado apresentada ao Curso de Pós-Graduação da EAESP/FGV.

VELOSO, J. F. A. *As Transferências Intergovernamentais e o Esforço Tributário Municipal: Uma Análise do Fundo de Participação dos Municípios (FPM)*. Brasília, 2008. 113 p. Dissertação de Mestrado, Universidade de Brasília, 2008

VESCOVI Jr., J. *Perfil da Administração Tributária em Municípios com até 30.000 habitantes: esforço fiscal e viabilidade municipal*. Dissertação (Mestrado em Administração Pública). Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2003

ZIMMERMANN, G. *40 anos de finanças municipais no Brasil*. 178p. Tese de Doutorado, Universidade Estadual de Campinas, São Paulo, 2009.

MUNICÍPIOS, PROCURADORIAS MUNICIPAIS E A PEC 17/2012: ANÁLISE E APONTAMENTOS SOBRE O PROJETO DE EMENDA CONSTITUCIONAL E SOBRE UM ANTEPROJETO DE LEI ORGÂNICA NACIONAL DA ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL

Mártin Haeblerlin¹

Alexandre Curvelo²

Alexandre Pasqualini³

1 Doutor em Direito (PUCRS/Universidade de Heidelberg, 2014). Mestre em Direito do Estado (PUCRS, 2007). Pós-Doutorado em andamento em Economia (UFRGS, desde 2016), com bolsa da Capes (Processo n. 23038.004864/2015-63). Pesquisador visitante do Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (2013). Professor de Teoria Geral do Direito e de Direito Administrativo (Laureate/UniRitter). Advogado.

2 Doutor em Direito (PUCRS, 2012). Mestre em Direito do Estado (PUCRS, 2007). Pós-Doutorado em Direito (Universidade de Heidelberg, 2015). Professor de Direito Administrativo (Escola Superior da Advocacia). Advogado.

3 Mestre em Direito do Estado (PUCRS, 1999). Coordenador-geral da Revista Interesse Público. Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público. Professor de Direito Administrativo (Escola Superior da Advocacia). Advogado.

RESUMO: O presente artigo visa a analisar a PEC 17/2012, em sua redação final, combinada a Anteprojeto de Lei Orgânica Nacional da Advocacia Pública Municipal. O artigo enfrenta, nesse desiderato, três questões: i) a constitucionalidade da PEC, em sua redação final; ii) a constitucionalidade, em tese, de uma Lei Orgânica Nacional da Advocacia Pública Municipal; e iii) a constitucionalidade de um anteprojeto específico de Lei Orgânica. Para tanto, realiza uma abordagem da Advocacia Pública Municipal enquanto carreira de Estado, desde as noções de interesse público primário e secundário, e faz uma análise de aspectos de constitucionalidade formal (relacionadas às competências constitucionais concorrentes na edição de normas gerais) e material (relacionadas ao controle dos atos administrativos no âmbito do Poder Executivo Municipal, à soberania popular e à autonomia municipal). Conclui-se, ao fim, pela necessidade de separar as intenções *de lege ferenda*, no plano teórico, e os respectivos projetos apresentados.

Palavras-chave: Município. Procuradoria Municipal. PEC 17/2012. Lei Orgânica. Autonomia municipal.

1. Introdução

O presente artigo busca analisar e realizar alguns apontamentos sobre a juridicidade do Projeto de Emenda Constitucional 17/2012 (o qual se encontra pronto para deliberação do plenário do Senado Federal desde março de 2016). Na esteira desse debate, este texto realiza alguns apontamentos também sobre o Anteprojeto de Lei a ele relacionado.

Em síntese, o Projeto de Emenda Constitucional (com sua respectiva emenda) busca alterar o *caput* do art. 132 da Constituição Federal e lhe acrescenta um parágrafo 2º, os quais, conjuntamente, conferem aos procuradores municipais o *status* de carreira de Estado reservado, no texto atual daquele dispositivo da Constituição, aos procuradores do Estado e do Distrito Federal. Já

o Anteprojeto de Lei trata da regulamentação dessa carreira, buscando criar a “Lei Orgânica Nacional da Advocacia Pública Municipal”.

O plano de trabalho deste artigo almeja, assim, responder a três questões: i) é constitucional o Projeto de Emenda 17/2012, analisando-a já com a redação final, após as emendas de plenário?; ii) é constitucional, em tese, a criação de uma Lei Orgânica Nacional da Advocacia Pública Municipal?; e iii) é constitucional uma Lei Orgânica Nacional da Advocacia Pública Municipal com a redação proposta em anteprojeto enviado pela Associação dos Procuradores do Município de Porto Alegre (APMPA) à Confederação Nacional de Municípios (CNM)?

De ordem a cumprir esse plano de trabalho e responder às perguntas formuladas, fazemos as ponderações abaixo sobre aquele que entendemos ser o marco jurídico-normativo da questão.

Para a exposição desse marco, salienta-se, impera delimitarmos aquilo que foi da sua formação o cerne: a necessidade de identificar o escopo das propostas de mudança legislativa – isto é, sua *mens* –, separando esse escopo das propostas efetivamente apresentadas.

Isso porque o juízo que explanaremos, adianta-se desde já, é um no plano teórico, isso é, na compreensão daquilo que as propostas de mudança legislativa visam a realizar; outro e distinto, porém, na análise concreta e efetiva das propostas realizadas de mudança legislativa.

Faz-se, pois, imprescindível essa delimitação, de modo a realizar, de um lado, o exame da constitucionalidade daquilo que se pretende modificar – isso é, um exame na intenção da proposta – e, de outro, daquilo que as propostas efetivamente modificariam, caso aprovadas sejam – isso é, o exame na realidade da proposta.

Utilizaremos o item 1 para a exposição das linhas gerais do juízo que formamos acerca daquele primeiro exame e os itens 2, 3 e 4 para expor as linhas gerais do juízo que formamos acerca do segundo exame.

2. A Advocacia Pública Municipal como carreira de Estado

No Título destinado à Organização de Poderes, após os capítulos relacionados ao Poder Legislativo, ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário, a Constituição Federal instituiu um capítulo IV e último, no qual trata das “Funções Essenciais à Justiça”, elencando, neste, as seguintes funções: Ministério Público; Advocacia Pública; Advocacia (privada); e Defensoria Pública. À Advocacia Pública, que se estabelece constitucionalmente, pois, como uma função essencial à justiça, dedica dois singelos artigos, mais propriamente os arts. 131 e 132, que assim dispõem:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º – A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º – O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º – Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, me-

diante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Primo ictu oculi, a leitura dos dispositivos causa uma surpresa a quem conhece minimamente o sistema federativo brasileiro. Isso porque chama a atenção na análise dos dois dispositivos a ausência de referência à representação judicial e extrajudicial de uma das unidades federadas: o Município. De fato, lê-se, da Constituição, a consolidação constitucional de uma carreira – dividida entre Advocacia da União e Procuradoria da Fazenda – para a representação das questões jurídicas que afetam à União, e a consolidação de uma carreira – a Procuradoria dos Estados e do Distrito Federal – para a representação das questões jurídicas que afetam ao Estado e ao Distrito Federal. Não estabelece a Constituição, porém, em simetria, a criação de uma carreira para a representação judicial e assessoramento dos Municípios, de modo que ficaria a dúvida: haveria, nessa omissão, um “silêncio eloquente”, para usar expressão que se consagrou na jurisprudência do nosso Supremo Tribunal Federal?

Essa dúvida passa a ter razão de ser – e razão de sua importância – pelo exato fato de que a disciplina constitucional tem a função precípua de elevar as carreiras citadas ao *status* de carreiras de estado. Assim o fazendo, deixou as procuradorias municipais em uma espécie de limbo, um limbo que – afora questões relevantes referentes ao cargo em si (como a ausência de obrigação de concurso público; as disposições remuneratórias; a possibilidade e limitações para contratações de terceiros, estranhos ao quadro municipal, para exercício dessas funções; etc.) afeta o entendimento sobre sua disciplina jurídico-normativa, inclusive no que toca ao seu caráter de Direito Público ou Direito Privado. Em outras palavras, é como se esse silêncio afetasse a própria feição pública da Advocacia Pública que se faz em âmbito dos Municípios.

Essa dúvida, porém, não deveria ser suscitada, ainda que o silêncio constitucional pudesse ser considerado eloquente. Isso porque a advocacia pública deveria ser, sempre e sempre, lúdima e legítima carreira de Estado. Se as-

sim o é no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal, assim também deveria ser no âmbito dos Municípios. A razão precípua dessa consideração está no fato de a advocacia, realizada no âmbito de qualquer dos Entes federados, ser função constitucional de defesa do Estado, exercendo, pois, um múnus atinente ao interesse público. Aliás, utilizando-se a malfadada divisão entre interesse público primário e secundário (divisão essa que, quanto mais utilizada, mais confunde o significado de interesse público do que o aclara), deve-se ainda acrescentar que, diferente do se lê muitas vezes, a advocacia pública, tanto quanto outras funções ligadas ao poder público, busca a defesa do interesse público dito primário.

O argumento, que não é novo entre nós, pode ser assim exposto:

Há também um problema de ordem lógica que envolve um repetido argumento em favor da supremacia do interesse público, que é aquele de explicar com a distinção entre interesse público primário (interesse da coletividade) e secundário (interesse do Estado), afirmando-se a supremacia daquele e a equalização deste com os interesses privados. O argumento não se sustenta logicamente pelo simples fato de que um interesse público *secundário* não se sustenta logicamente.

Um interesse é um conceito valorativo e dependente da atividade mental humana. Especificamente, não há interesse do Estado em si mesmo ou um interesse do poder estatal abstraído das pessoas. O interesse do Estado apenas pode ser entendido como interesse dos cidadãos, os quais personificam o Estado em sua totalidade.

Luis Roberto Barroso, ao explicar a distinção, utiliza o exemplo das esferas de atuação do Ministério Público e da Advocacia Pública. Segundo ele, “[a]o primeiro cabe a defesa do interesse público primário; à segunda, a do interesse público secundário.” Entende que o interesse secundário, como no exemplo do Erário, não é desimportante, mas seria uma inversão de priori-

dade sacrificar o interesse primário para satisfazer o secundário, algo que “nenhum lógica razoável” poderia sustentar. A falta de lógica, contudo, está em assimilar que os interesses públicos primário e secundário possam contrapor-se de tal modo. Não há de se pensar arrecadação que não seja arrecadação legítima. E, enquanto legítima, a arrecadação não sacrifica, por impossibilidade lógica, o interesse público. Ao revés, ali está em seu favor, de modo que o interesse do erário e o interesse público são uma e a mesma coisa. O valor financeiro perseguido pelo advogado público em uma ação de execução fiscal é igual, em qualidade, àquele que o representante do Ministério Público defende em uma ação de improbidade e ressarcimento ao Erário. O Erário, ele mesmo, é interesse público, enquanto condição de possibilidade de sua realização. Ministério Público e Advocacia Pública são, ambos, tal qual o Estado, meio para atingimento de fins. Sua diferença, desde a Constituição Federal até a atividade jurídica diuturna, está apenas, apenas e tão-só, no âmbito das atribuições. Diferem-se as instituições como um Tribunal do outro, um Ministério do outro, alargando-se as atribuições do Ministério Público com a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos individuais indisponíveis (art. 127 da CF). O interesse público (ou interesses sociais, na dicção constitucional), no entanto, são defendidos por ambas as instituições, em suas respectivas reservas de atribuição. Não se pode entender que ele seja um para o Ministério Público, outro para a Advocacia Pública. Uma defesa “corporativa” do Estado, que reflita desfavor à sociedade, é tão escusa quanto uma defesa “corporativa” do Ministério Público que assim o for. O interesse público é uno, ainda que construído na divisibilidade dos interesses individuais que o compõem.⁴

4 HAEBERLIN, Martín. *Uma Teoria do Interesse Público: fundamentos do Estado Meritocrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 202-3.

Faz-se a advocacia pública (a advocacia pública como um todo, não uma parte dela), pois, uma carreira de Estado.

Que a Constituição Federal não estabeleça claramente a carreira dos procuradores municipais como de Estado, parece-nos, assim, um erro notável, a demandar imperativa emenda constitucional.

Há, entretanto, duas importantes observações que devem ser feitas sobre uma tal imperativa emenda.

A *primeira* observação diz respeito à necessidade de preservar as peculiaridades atinentes à advocacia pública em relação a outras funções essenciais à justiça.

Dizer que a advocacia pública é tão carreira de Estado quanto, por exemplo, as carreiras vinculadas ao Ministério Público não significa dizer que ambas são iguais em direitos, obrigações e características. No caso da advocacia pública, há uma característica distintiva que deve ser sempre sublinhada: ela possui, em sua origem, uma vinculação com o Poder Executivo. Não obstante deva ser sempre preservada a independência do advogado público – como advogado que é –, inclusive no âmbito de suas convicções pessoais, não se pode descolar totalmente a advocacia pública dos comandos do Poder Executivo, notadamente no campo das políticas públicas, onde os advogados públicos devem zelar para que sejam implementadas, dentro da constitucionalidade e da legalidade, as ações projetadas pelo representante eleito, o que significa, a rigor, as ações escolhidas pelo povo que o elegeu. Diferente de outras funções essenciais públicas, percebe-se que a advocacia pública possui certo hibridismo, por ser uma função de Estado, mas também de governo. A ausência dessa consideração implicaria aceitar que a procuradoria pública faria as vezes de chefe do Executivo e, mais do que ter uma função de governo aliada a de Estado, travestir-se-ia no próprio governo, tomando o seu lugar. Por ser carreira de Estado, a advocacia pública (seja ela da União, dos Estados ou dos Municípios) não pode subordinar-se ao governo. Por outro lado, com a mesma força de convicção, deve-se afirmar: não pode o governo subordinar-se à advocacia públi-

ca. Eis aí uma peculiaridade que qualquer legislação de regência acerca da Advocacia Pública deve respeitar.

A *segunda* observação diz respeito ao fato de que, conquanto se mostra necessária a regulamentação, no plano constitucional e infraconstitucional, de uma advocacia pública municipal, tal regulação deve, desde o seu nascedouro, considerar uma característica que a advocacia das demais unidades federadas não tem: a assimetria.

De fato, enquanto a advocacia por parte dos Estados guardam, no corpo da divisão geopolítica dos Estados, certo mínimo que lhes garante alguma homogeneidade com relação à sua estrutura mínima (em outras palavras, não há Estado suficientemente pequeno que não exija um corpo técnico de procuradores razoavelmente grande na defesa da *res publica*), o mesmo não se pode dizer dos Municípios brasileiros. E, considerando as diferenças dos Municípios no Brasil, sejam elas no plano das dimensões, das populações ou dos produtos internos, existe a necessidade de pensar que a estrutura de procuradorias entre esses Municípios assimétricos não é a mesma. Imagine-se, de um lado, um Município como o de São Paulo, com quase 12 milhões de habitantes e um PIB de quase R\$ 500 bilhões (colocando-o, pois, em patamar superior a quase todos os Estados da Federação) e, de outro, Municípios cuja população é inferior a 10 mil habitantes e cujo produto interno é inferior a R\$ 10 milhões. Daí a dificuldade de um regramento: contemplar, em uma mesma ordem de direitos e deveres, situações tão distintas.

3. A inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 17/2012

As considerações realizadas no item anterior parecem, de certo modo, criar um paradoxo em relação à inclusão, no texto constitucional, da Advocacia Pública Municipal, que se pode asserir em duas premissas:

Premissa 1: Por ser a Advocacia Pública – inclusive a municipal – uma carreira de Estado, deve o texto constitucional ser emendado para fazer incluir essa advocacia no bojo das funções essenciais à justiça, onde hoje não se a encontra.

Premissa 2: A Advocacia Pública Municipal não pode constar no texto constitucional, tendo em vista as assimetrias existentes nos Municípios.

Haveria, por certo, uma terceira via: estabelecer a criação das procuradorias, com o *status* de carreira de Estado, como uma faculdade dos Municípios, aos quais caberia a ratificação dessa instituição no plano de sua legislação interna. Isso não afastaria, também, um problema: estabelecida a criação da carreira como uma faculdade, teríamos a estranha situação de que a Advocacia Pública Municipal seria uma carreira de Estado em alguns Municípios, mas não o seria em outros. Tratar-se-ia de uma situação indesejada do ponto de vista da ordem constitucional, pelo simples fato de que, ou se considera a carreira uma carreira de Estado para todos, ou não a considera para nenhum. Não se parece poder justificar um regime no qual uma carreira é “de Estado às vezes”, dependendo do lugar.

Essa ordem de problemas aparece ao longo das redações que se pretenderam à Constituição, de acordo com as propostas suscitadas à emenda em questão.

Note-se que a redação da Proposta de Emenda 17/2012 inicialmente foi a seguinte, *in verbis*:

Art. 132. Os Procuradores dos Estados, do Distrito Federal e dos Município, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica dos respectivos entes federados.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Posteriormente, exatamente antevendo-se a necessidade de consideração acerca das diferenças entre os Municípios brasileiros, houve uma sugestão de alteração, propondo-se a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 132. Os Procuradores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica nas respectivas unidades federadas.

§ 1º Aplica-se o estabelecido no *caput* apenas para os Municípios com população superior a 100.000 (cem mil) habitantes.

§ 2º Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após 3 (três) anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias, quando for o caso.

Em ambas as redações, vê-se, há uma imposição aos Municípios da instituição da carreira de procurador municipal, diferenciando-se entre si pelo fato de que, na primeira redação, essa obrigação era disposta a todos os Municípios. Já na segunda, a obrigação aparece tão somente aos Municípios com população superior a cem mil habitantes. Identifica-se aqui aquela ordem de problemas anteriormente suscitada – a consideração de que a advocacia pública municipal seria uma “carreira de Estado” apenas em algumas localidades. E se origina um novo problema: a impossibilidade de Municípios menores (com população inferior a cem mil habitantes), que possuam estrutura organizacional para tanto, criarem procuradorias municipais.

Surgiu, então, a tentativa de uma nova redação, no sentido de instituir a carreira de Estado de procurador municipal como uma faculdade, preservando a autonomia dos Municípios. Trata-se de uma proposta de redação enviada à CNM pela APMPA, onde assim se lê:

Art. 132. Os Procuradores dos Estados, do Distrito Federal e dos Município, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica dos respectivos entes federados.

§ 1º Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

§ 2º As disposições deste artigo aplicam-se, nos termos da lei, aos Municípios cuja Lei Orgânica institua a Advocacia Pública e lei complementar municipal estabeleça sua organização, atribuições e seu estatuto.

Mais uma vez retorna, tal qual o mito, o problema daquele paradoxo anteriormente suscitado. Na redação acima, o problema está no fato de, a fim de respeitar a autonomia municipal, mais uma vez a advocacia pública municipal é estabelecida como se fosse uma faculdade do poder público municipal. E assim não pode ser, pelo exato fato de que a força constitucional das advocacias públicas (em todos os seus âmbitos) está em as considerar uma carreira de Estado, legítimas defensoras que são do interesse público. E isso não pode ser estabelecido como uma obrigação para alguns Municípios e não para outros, de acordo com a discricionariedade legislativa dos agentes políticos municipais. Isso haveria de ser feito como uma obrigação para todos os Municípios.

A desobediência da simetria entre os Entes federados no que toca à consideração da advocacia pública como uma carreira de Estado merece ser con-

certada, pois, no plano constitucional. Por outro lado, a desobediência à simetria, diferenciando Municípios, parece ela indicativa de uma inconstitucionalidade.

Como, então, se estabelecer essa obrigação aos Municípios sem causar problemas relacionados à referida assimetria entre os Municípios brasileiros?

A resposta, temos, passa inicialmente pelo fato de que, considerando a realidade dos diferentes Municípios brasileiros (particularmente da citada assimetria), se trata de um erro acrescentar a Advocacia Pública Municipal no dispositivo constitucional acerca da Procuradoria dos Estados e do Distrito Federal. Está-se, assim, colocando realidades extremamente distintas (aquela entre os Estados e aquela entre os Municípios) no mesmo texto, o que indica direitos e obrigações iguais a pessoas jurídicas de direito público bastante desiguais.

A solução da constitucionalidade, parece-nos, pois, passa assim por preferir, em relação aos Municípios, o acréscimo de um dispositivo próprio na Constituição Federal, numerado como art. 132-A, no qual a instituição da Advocacia Pública Municipal seja uma obrigação a todos os Municípios. Esse dispositivo, porém, deve conter três comandos elementares: o primeiro, aquele de estabelecer um elemento comum (um *ad minus*) plausível de aplicação a todos os Municípios, suficiente para a consideração do *status* de carreira de Estado aos procuradores municipais; o segundo, a referência à necessidade de uma “Lei Nacional da Advocacia Pública Municipal” que – limitando a eficácia do disposto constitucional até a sua edição – deverá estabelecer diretrizes gerais, e apenas diretrizes gerais, sobre a carreira (lei essa que poderia distinguir diretrizes gerais de acordo com o tamanho dos Municípios); o terceiro, por fim, um comando de edição de lei, no plano municipal, complementando a Lei Nacional, de acordo com as especificidades de cada Município.

Essa emenda, por fim, deveria vir acompanhada pela inclusão de um § 5º ao art. 24, estabelecendo competir aos Municípios a legislação sobre a assistência jurídica em sua localidade, resguardada a competência da União em estabelecer normas gerais sobre essa assistência.

Assim, parece-nos, poder-se-ia resguardar o *status* de carreira de Estado à Advocacia Pública Municipal – o que nos parece, com efeito, um imperativo de Constituição futura –, sem, contudo, ferir a assimetria entre Municípios.

4. A inconstitucionalidade formal do Anteprojeto de Lei Orgânica Nacional da Advocacia Pública Municipal elaborado

A solução de constitucionalidade referida por nós no item anterior aproxima-se da redação constante da última proposta de emenda (dentre as três apresentadas), diferenciando-se dela por cinco importantes motivos: *primeiro*, o fato de a inserção sobre a Procuradoria Municipal estar ali junto ao dispositivo sobre as Procuradorias do Estado e do Distrito Federal; *segundo*, o fato de faltar, no texto, a determinação daquele denominador comum a todos os Municípios referente à Advocacia Pública; *terceiro*, o fato de não obrigar a criação de uma Lei Orgânica Nacional; *quarto*, o fato de não vincular expressamente essa obrigação de instituição de uma Lei Orgânica Nacional a diretrizes gerais; e *quinto*, a ausência de acréscimo daquele necessário § 5º ao art. 24 da Constituição Federal.

Em relação aos motivos quarto e quinto, trata-se aqui da necessidade de leitura sistemática da Constituição Federal. Uma vez que a Advocacia Pública Municipal não consta do texto atual da Constituição, nele também não consta, evidentemente, a competência do Município para legislar sobre a assistência jurídica em sua localidade. Com a emenda que acresceria a Advocacia Pública Municipal como uma carreira de Estado, impingiria a realização desse acréscimo, a ser colocado junto ao dispositivo que, no parágrafo primeiro, trata da competência da União no âmbito da legislação concorrente. O dispositivo é de todos conhecido, e assim dispõe:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]XIII – assistência jurídica e Defensoria pública;
[...]§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

O fato de que a inserção da Advocacia Pública Municipal no texto constitucional acompanharia a competência do Município em legislar sobre o tema não dispensaria essa modificação, inclusive para ressaltar que à União, nesse aspecto, estaria circunscrita apenas a possibilidade de estabelecimento de normas gerais.

Isso é bem demonstrado pelo fato de que, junto com a proposta de emenda à Constituição, viu-se elaborado um Anteprojeto de Lei Orgânica Nacional da Advocacia Pública Municipal produzido pela APMPA. E, em análise de tal anteprojeto, percebe-se que ele falha, especial e substancialmente, no exato ponto em que deixa de se circunscrever aos limites das normas gerais.

Com efeito, saltam exemplos no referido anteprojeto onde os dispositivos gerais são abandonados e o anteprojeto desce às minúcias no enredo das diretrizes para os procuradores municipais – válidas supostamente a todos os Municípios –, tendo em vista a impossibilidade de a legislação municipal afrontar a lei orgânica, parecendo, em diversos pontos, que a Lei Orgânica faz da exceção no cenário nacional (Municípios maiores, com grande quadro de procuradores e boa estrutura, inclusive orçamentária) a regra (Municípios menores, com pequeno quadro de procuradores, quando não um procurador singular, e pequena estrutura, inclusive orçamentária). Assim ocorre, apenas para citar alguns exemplos, quando: estabelece representação exclusiva dos Municípios pelo advogado público (art. 2º c/c art. 28, parágrafo único), desconsiderando a carência de representação dos Municípios de menor porte em uma série de matérias, quer pela insuficiência de procuradores, quer pela insuficiência de conhecimento técnico em algumas matérias complexas por parte dos procuradores – ou do único procurador – no quadro funcional desses Municípios; descreve os órgãos e os serviços auxiliares da Advocacia Pública Municipal (arts.

3º a 6º, com reflexos em diversos dispositivos posteriores); dispõe sobre o modo de escolha do procurador-geral do Município (art. 8º); dispõe sobre o modo de promoção (art. 42 e ss.); dispõe sobre os direitos pecuniários dos membros da advocacia e outros direitos (art. 69 e ss.); estabelece dotação orçamentária própria à Procuradoria (art. 81).

Essa estruturação da Advocacia Pública Municipal, descendo a particularidades de impossível absorção por diversos Municípios na realidade brasileira, mostra a tônica do Anteprojeto. E, ao ir além das normas gerais, o Anteprojeto possui, inquina-se de inconstitucionalidade formal, interferindo no plano normativo cuja competência legislativa haveria de ser dos Municípios, preservadas suas respectivas particularidades.

Não há, de fato, como estabelecer a maioria das normas do Anteprojeto em todos os Municípios brasileiros, tendo-se em vista sua impossível aplicação prática. Está-se aqui, porém, não no plano da eficácia tão somente. A irrealidade do projeto, no ponto (inclusive criando potenciais despesas que assolariam ainda mais os cofres já esvaziados dos Municípios), assusta a Constituição no plano da validade, criando obrigações legais que vão além da competência da União para legislar sobre matéria que toca a outros Entes federados.

Esse ferimento à autonomia municipal, no plano da divisão das competências legislativas, torna o referido Anteprojeto de Lei Orgânica Nacional da Advocacia Pública Municipal – não em sua consideração em tese, mas na consideração da sua redação conforme apresentada – formalmente inconstitucional.

5. A inconstitucionalidade material do Anteprojeto de Lei Orgânica Nacional da Advocacia Pública Municipal elaborado

O citado problema de inconstitucionalidade formal (por exacerbar o Anteprojeto a competência legislativa conferida à União quando se trata de competência legislativa concorrente, que é limitada à edição de normas gerais) não é o único a pairar sobre o Anteprojeto de Lei Orgânica Nacional da Advo-

caria Pública Municipal que examinamos. Sofre ele também de graves problemas de inconstitucionalidade substantiva.

O núcleo dessa inconstitucionalidade substantiva está no não entendimento daquela citada peculiaridade das advocacias públicas em relação a outras funções essenciais à justiça, qual seja a sua vinculação com o Poder Executivo, de modo que elas, as Advocacias Públicas, congregam função de Estado e função de Governo. O Anteprojeto, na redação que lhe foi conferida em diversos dispositivos, promove um descolamento da Procuradoria com o Poder Executivo que não é apenas indevido, mas materialmente inconstitucional, por ferir a autonomia do Município e, mais do que isso, a própria soberania popular, tendo em vista a potencial subordinação do mandatário do povo pelo sistema majoritário em âmbito municipal (o prefeito) pela Advocacia Municipal e seu procurador-geral.

Os exemplos desses problemas de inconstitucionalidade são os mais diversos ao longo do texto do Anteprojeto, iniciando pelo art. 2º, onde em seu § 1º, por exemplo, lê-se o princípio da independência funcional sem qualquer apontamento de definição. Isso passa a ser um problema quando, no § 3º do mesmo dispositivo, lê-se: “Os atos de gestão administrativa da Advocacia Pública Municipal, incluindo convênios, contratações, aquisições e alienações de bens e serviços, não estão condicionados à apreciação de qualquer órgão do Poder Executivo.” E, no § 4º, encontra-se ainda que o controle e a fiscalização da Advocacia Pública Municipal ocorrem por um Colégio de Procuradores e o controle externo pelo Legislativo, impossibilitando necessárias cercanias de controle da Advocacia Pública pelo Poder Executivo.

Depura-se, da análise, que se está criando uma pessoa jurídica de direito público (a “Advocacia Municipal”), absolutamente inexistente e de impossível existência constitucional, dentro de uma outra pessoa jurídica de direito público (o Município), esse efetivamente existente dentro de nossa Constituição. Não cabe à Advocacia realizar aquisições e alienações, mas ao Município. Assim como não pode se tolher um controle interno exercido pelo Município

à procuradoria. Se tal é a independência funcional que se quer, ela é flagrantemente inconstitucional, uma vez que a advocacia pública é um órgão, não um poder, tampouco uma pessoa em sentido jurídico.

Esse descolamento inconstitucional da Advocacia Pública Municipal com o Poder Executivo retorna, em exemplo sintomático, no art. 3º, § 4º, do Anteprojeto, quando disposto que a Advocacia instalará seus órgãos preferencialmente em edifício próprio, sem prejuízo de espaços nos prédios do poder público “*sob sua administração*”. Da redação, encontra-se uma hipótese, também inconstitucional, em que a Advocacia Municipal, como fosse pessoa jurídica distinta da do Município, exerceria a administração de prédio ou de partes de prédios do Município. Imagina-se, então, a esse respeito, a esdrúxula hipótese em que a entrada do chefe do Poder Executivo em determinados espaços e salas da prefeitura municipal deveria ser franqueada pelos procuradores do Município, aos quais caberia dizer: “Aqui, o prefeito não entra sem nossa autorização!”.

Essa lógica extravagante, que vicia o documento do Anteprojeto, chega às raias do absurdo jurídico quando trata da escolha e da destituição da figura do procurador público-geral municipal.

Isso porque, em seu art. 8º, limita o chefe do Poder Executivo a escolher, como procurador-geral, o nome indicado em lista tríplice, formulada pela Advocacia Pública, de procuradores integrantes da carreira há mais de 10 anos e aprovada por maioria absoluta do Poder Legislativo local. E, no parágrafo terceiro, ressalva que, quando não possível essa indicação (pela falta de membros), devem ser obedecidos os requisitos do notável saber jurídico, da reputação ilibada e da idade superior a 35 (trinta e cinco) anos. Isso é: quando da impossibilidade, tem-se como requisitos para ser procurador-geral de um Município aqueles mesmos consagrados para alguém ser ministro do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em indesculpável excesso.

Já quanto à regra, percebe-se que ela foge da lógica estabelecida e preceituada no âmbito da Constituição e da jurisprudência constitucional para

a própria advocacia pública. Isso porque o cargo de advogado-geral da União, para citar o exemplo deste Ente federado, é de livre nomeação e exoneração pelo presidente da República (art. 84, XVI, da CF/1988), em indicação que pode ou não ser entre os integrantes do quadro daquela advocacia. Do mesmo modo, o Supremo Tribunal Federal já decidiu (ADI 2.682/AP), no caso dos Estados, que as Constituições estaduais podem permitir que os governadores nomeiem livremente o procurador-geral dos seus Estados, não ficando adstritos ao quadro interno de procuradores (lógica essa válida apenas para o cargo de procurador-geral e não para os demais procuradores), exatamente por considerar essa imbricação necessária entre a chefia do Executivo e sua respectiva representação no plano jurídico, seja judicial ou extrajudicial.

A mesma lógica adotada vê-se no dispositivo que trata da destituição do “procurador público-geral municipal”, a qual apenas poderia ocorrer caso constatadas hipóteses *numerus clausus* (como abuso de poder e conduta incompatível) e desde que ocorrida uma deliberação nesse sentido pela maioria absoluta do Poder Legislativo ou do “Colégio de Procuradores”. Isso é: não poderia o chefe do Poder Executivo municipal destituir o procurador-geral do Município, invertendo, mais uma vez, aquela lógica encontrada nos demais Entes federados na relação entre chefe do Executivo e advogado-geral do Ente federado.

Essa aversão encontrada no Anteprojeto com relação ao Poder Executivo não é apenas incompreensível. É inconstitucional. Isso porque afeta, acima e antes de tudo, a soberania popular.

A obrigatoriedade de concurso público, estabelecida no art. 37, II, da Constituição Federal, encontra limites dentro do próprio texto constitucional. Essa obrigatoriedade, e mesmo a sistemática do concurso, não pode assumir as rédeas de funções outras, destinadas ao voto popular, notadamente as funções destinadas ao Poder Executivo e Legislativo. De fato, lê-se, ao inc. I do art. 1º da Constituição, que a soberania popular é fundamento da República Federativa do Brasil. E, no parágrafo único, que “*todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta*

Constituição.” Fosse válida a lógica que perfaz o Anteprojeto, cumpriria mudar a redação do dispositivo constitucional para dizer que “*todo o poder emana do concurso público*” ou “*todo poder emana da Procuradoria*”.

De fato, conforme estabelecidos os preceitos da Advocacia Pública Municipal no Anteprojeto de Lei Orgânica Nacional, tem-se visível que, nele, o prefeito municipal vira um refém do procurador-geral do Município, o qual rivaliza com ele em poder, o que é inadmissível no plano jurídico-político estabelecido em nossa Constituição. Imagine-se, por exemplo, um caso de divergências ideológicas entre o prefeito e seu procurador-geral no âmbito da adoção de políticas públicas, permitindo-se ao procurador negar-se à aplicação das políticas buscadas pelo prefeito. Essa divergência, nada salutar aos munícipes, não poderia ser resolvida, quer pela nomeação, quer pela destituição do procurador-geral. Ocorre que o prefeito, nesse e noutros casos, não é cidadão, mas alguém que “*apresenta*” a vontade popular. E, por esse motivo, nos limites da constitucionalidade e da legalidade, deve ter os “*cordéis na mão*”. Ele, e não um procurador do Município.

Outros dispositivos no anteprojeto respaldam, igualmente, esse juízo material de inconstitucionalidade. Assim ocorre, por exemplo, quando: prevê poderes de “*requisição*” dos procuradores em relação a membros do Poder Legislativo e a desembargadores (art. 29, § 1º); prevê a garantia de inamovibilidade a procuradores municipais (art. 45); concede aos procuradores espécie de vitaliciedade (art. 51); determina que a prisão de procurador municipal seja comunicada ao seu respectivo procurador-geral (art. 52); permite que procurador municipal examine quaisquer processos em repartições públicas, sem qualquer ressalva a processos que corram em segredo de justiça (art. 53, VII).

Além desses dispositivos, chama a atenção, também, a remuneração por subsídio prevista para os procuradores municipais (aqui, com respaldo constitucional, desde que referendado esse subsídio nas respectivas leis municipais) – art. 69 –, que é inconstitucionalmente acrescida de “*ajuda de custo*” para despesas de transporte e alimentação (art. 71, I), tornando obrigatórias à categoria

verbas de caráter indenizatório incompatíveis com o sistema de subsídio, além de gratificações por tempo de serviço (art. 71, IV), também incompatível. Tudo isso, vale dizer, sem constar dentre os impedimentos (art. 55) o exercício da advocacia privada – a qual também se mostraria incompatível com o seu entendimento como uma carreira de Estado –, características que, em conjunto, parecem formatar não uma carreira, mas uma nova “casta” no âmbito das carreiras jurídicas, que goza de prerrogativas sem precedentes no plano de nossa Constituição e da nossa prática constitucional, mesmo quando essa prática, por vezes, faz-se ao alvedrio daquele documento magno.

6. Conclusão

Realizadas as ponderações acima, permite-se, assim, tecer as conclusões sobre as questões colocadas à guisa de introdução, no sentido de colaborar com o debate, seja sobre a PEC 17/2012, seja sobre o potencial projeto de Lei Orgânica Nacional da Advocacia Pública Municipal.

Em relação à primeira questão (é constitucional o Projeto de Emenda Constitucional 17/2012 com a redação proposta?), a resposta mostra-se negativa. As três redações que examinamos veem-se cair em paradoxo atinente à relação entre a obrigatoriedade e a faculdade na criação da Advocacia Pública Municipal. A solução de constitucionalidade, parece-nos, passaria pela inclusão de um dispositivo próprio na Constituição Federal, numerado como art. 132-A, no qual a instituição da Advocacia Pública Municipal seria uma obrigação a todos os Municípios, contendo três comandos elementares: i) estabelecimento de um elemento comum, plausível de aplicação a todos os Municípios; ii) referência à necessidade de uma “Lei Nacional da Advocacia Pública Municipal” limitada diretrizes gerais; iii) referência à necessidade de edição de leis, no plano municipal, complementando a Lei Orgânica Nacional de acordo com as especificidades de cada Município. Por fim, essa emenda deveria vir acompanhada da inclusão de um § 5º ao art. 24 da CF/1988, estabelecendo competir

aos Municípios a legislação sobre a assistência jurídica em sua localidade, resguardada a competência da União em estabelecer normas gerais.

Em relação à segunda questão (é constitucional, em tese, a criação de uma Lei Orgânica Nacional da Advocacia Pública Municipal?), como a resposta da primeira já antevê, a resposta nos parece positiva. Obedecendo aos critérios estabelecidos na resposta anterior, poder-se-ia, em tese – e mesmo seria necessário com a mudança da redação constitucional nesse sentido –, criar uma Lei Orgânica Nacional da Advocacia Pública Municipal.

Por fim, em relação à segunda questão (é constitucional uma Lei Orgânica Nacional da Advocacia Pública Municipal com a redação proposta em Anteprojeto enviado pela APMPA à CNM?), entendemos também que não. O Anteprojeto apresentado, além de ferir a autonomia municipal, fere a soberania popular. A inconstitucionalidade é estabelecida, por igual, por afetar, em diversos momentos, a lógica que informa a criação da assistência jurídica para os Entes federados, pelos argumentos expostos no item 4.

Maior que seja a necessidade jurídica na formatação da Advocacia Pública Municipal como verdadeira e legítima carreira de Estado, e mesmo considerando nosso entendimento pela necessidade de formatar essa carreira, que, de fato, falta à nação, a PEC, em sua redação final, combinada ao Anteprojeto elaborado pela APMPA parecem criar, em verdade, um Estado dentro do Estado. Um Ente paralelo àqueles estabelecidos pela Constituição Federal. Se a pretensão é legítima, pois, do ponto de vista teórico, inegável que desfalece sua constitucionalidade em um exame apurado das soluções apresentadas ao problema.

A AUTONOMIA MUNICIPAL COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Ao Paulo Roberto Ziulkoski, como agradecimento por sua enorme dedicação à defesa da autonomia municipal.

Wladimir António Ribeiro¹

1. Introdução

O tema da autonomia municipal já foi muito debatido entre nós, especialmente às vésperas e durante o período constituinte. Era uma das ideias-força que catalisam por vezes as forças sociais, de tal forma que bastava dizer que determinada proposta era para prever ou garantir a autonomia dos Municípios a fim de que, logo, uma grande maioria, quase unanimidade, entendesse que a proposta era correta.

Tínhamos, então, vivido os tempos da ditadura militar, que nos ensinou o quão importante é a liberdade e, ainda mais, o quão importante é respei-

¹ Advogado. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (1990) e mestre em ciências jurídico-políticas pela Universidade de Coimbra (2002). Foi Secretário Municipal de Assuntos Jurídicos de São José dos Campos (SP), Mauá (SP) e Jacareí (SP). Foi consultor do governo federal na elaboração da Lei de Consórcios Públicos e da Lei Nacional de Saneamento Básico.

tar as autonomias, tanto as individuais, com destaque para livre manifestação de pensamento, como as coletivas, consubstanciadas na liberdade de organizar partidos, associações, sindicatos ou na vida municipal.

Contudo, depois de entronizado na Constituição de 1988, parece que o tema da autonomia municipal vem perdendo força. Poucos escrevem sobre ele. Poucos ainda o compreendem, porque se trata de conceito complexo.

Mas aqueles que tenham exercido responsabilidades no campo municipal, que enfrentaram o desafio de fazer o melhor para as suas comunidades, e de compreendê-las em sua exata dimensão cultural, são ainda depositários, muitas vezes de forma não sistemática ou científica, desta chama. É para estes que escrevo este texto.

Contudo, cabe uma advertência. Dadas as naturais limitações do presente trabalho, não temos a pretensão de esgotar o tema, mas de, apenas, oferecer esboço que permita, posteriormente, aos mais doutos, e a trabalhos de maior fôlego, desenvolver mais profundamente a matéria.

2. A autonomia municipal e a democracia

A autonomia municipal é uma exigência da democracia. O seu sentido é reconhecer às comunidades locais a competência sobre o que é de seu peculiar interesse, acompanhada da gestão direta de seus recursos. Implica, ainda, que serão membros destas comunidades quem irão compor seus órgãos de governo, no sentido de tornarem-se responsáveis *políticos* por si mesmos.²

2 Nesse ponto, fazemos nossas as palavras de José Casalta Nabais: "encontramos, como característica típica da autonomia local, a figura organizatória da *auto-administração*, a qual consiste em confiar os cargos directivos dos entes de base associativa a pessoas físicas escolhidas directamente pelos associados, acumulando estas, deste modo, as qualidades jurídicas de titulares dos órgãos dirigentes e de sujeitos representativos dos associados. De facto seria de todo incompreensível que as comunidades locais fossem administradas por órgãos alheios a essas comunidades, isto é, hetero-administradas. É que, como já tivemos ocasião de dizer, isso conduziria irremediavelmente a prover nos cargos directivos dos entes autárquicos, não os titulares pretendidos pelo corpo eleitoral da respectiva comunidade local e, por conseguinte, os titulares à partida mais idóneos para interpretar os correspondentes interesses e desenvolver a *acção própria*

Sabemos que a questão não é consensual. Sempre é lembrada, por exemplo, a opinião de Pontes de Miranda, na qual afirma que “Um povo pode ser democrático, caracteristicamente democrático, sem autonomia municipal, *ainda só auto-gestão administrativa*, e autocrático, a despeito das garantias ao *self government* e, até, do estatuto autônomo”.³

Contudo, importante dizer que esta crítica do mestre alagoano nem sempre é bem compreendida e, por isso, é, por vezes, utilizada para defender democracias de menor intensidade. Em realidade, a crítica de Pontes de Miranda deve ser compreendida no exato contexto cultural de seu pensamento, porque é crítica mais dirigida ao *conceito jusnaturalista de Município*, do que, propriamente, à autonomia municipal.

Crítica o mestre que se reconheça o Município como uma esfera acabada e natural de direitos, a que o ordenamento jurídico deve apenas reconhecer.⁴ Daí porque também afirmar que “Nos nossos dias, autonomia municipal é, apenas, *caso particular de técnica organizatória do Estado*”.⁵

em que a autonomia se consubstancia, mas sim pessoas estranhadas que, por isso mesmo, não estariam nas melhores condições pra efectivar o *campus* autônomico que constitui a *ratio essendi* das comunidades territoriais locais” (“A autonomia local”, publicada na coletânea de seus textos intitulada *Autonomias Territoriais, Institucionais e Cívicas*. Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 93)

3 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*, vol. II, 2ª edição. São Paulo: Max Limonad Editor, 1963, p. 127.

4 Auxilia muito na compreensão do ponto o magistério de Carlos Mouchet: “Sin embargo, el municipio contemporáneo, siguiendo tendencias anticentralizadoras, movido por doctrinas que aspiran a salvaguardar y fortificar las sociedades intermedias entre el individuo y el Estado e impulsado también por consideraciones de orden técnico – buena división del trabajo colectivo – procura recuperar en el terreno político y jurídico algo de esa posición preponderante que tuvo en otras épocas de la historia. Para asegurar esa posición del municipio dentro del Estado contemporáneo, la antítesis netamente polémica y de origen histórico entre Estado y municipio, con sentido cuando existía una Administración estatal autocrática, ya nos es necesaria, sobre todo en el Estado democrático. Como en agudo análisis lo dice Kelsen, [...]. Ello no significa que desestimemos la concepción, de raigambre ‘jusnaturalista’, que atribuye al municipio una existencia necesaria y una esfera de competencia propia, en armonía con los fines del Estado. Esa existencia y esa esfera de acción propias derivan de la naturaleza de las cosas y de las necesidades reales y permanentes de la vida humana. Por ello, aquella concepción sigue dando fundamentos y vitalidad a las aspiraciones municipalistas. A ese reconocimiento de la existencia y necesidad del municipio debe seguir la consagración de una apropiada forma jurídica dentro del Estado. Lo que en la *praxis* de la vida municipal debe evitarse es la confusión entre los principios que deberían regir la vida municipal y su efectiva existencia en los textos constitucionales y legales” (*La legalidad en el Municipio*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1965, p. 13-14).

5 *Ibidem*, p. 127.

Dito de outra forma: Pontes de Miranda não concebe o Município como uma esfera de poder própria, como direito imanente, inclusive em consonância com outros que possuem a mesma visão científica do Direito, como Hans Kelsen, que compreende o Município apenas como “uma expressão da ordem jurídica estatal, válida e autônoma como elo de um sistema unitário de normas”.⁶ Daí porque Pontes de Miranda reconhece a importância do Município como *instrumento* para a democracia, como uma decisão do Estado em como se organizar, não como algo estrutural à democracia e ao direito e, por isso, impositivo ao Estado.

Outro veio de críticas à autonomia municipal é o de que, nos Municípios, em especial nos pequenos Municípios, há o domínio das elites locais, pelo que reforçar a autonomia dos Municípios seria reforçar o poder destas elites, em desfavor das forças mais dinâmicas e democráticas originadas dos centros mais desenvolvidos do país.⁷

Este argumento não se sustenta frente à análise razoável. A verdade é que as forças autocráticas podem estar tanto no governo nacional, como no estadual ou municipal – sendo mais comum que as forças municipais sejam cooptadas pelas forças políticas que dominam a esfera de governo nacional.⁸

Doutro lado, é evidente que fortalecer o Município é fortalecer a esfera de poder próxima do cidadão, a qual ele pode influenciar de forma mais intensa e direta. Isso porque a descentralização de poder permite a mais cidadãos exercer as funções públicas; permite a mais cidadãos influenciar a forma como os eleitos exercem seus cargos, seja em razão do próprio debate eleito-

6 REALE, Miguel. “O problema da criação de Municípios”, na coletânea de seus textos intitulada *Nos quadrantes do direito positivo*. São Paulo: Gráfica Editora Michalany, 1960, p. 75, onde faz referência à obra *Teoria Geral do Estado*, de Hans Kelsen.

7 A referência neste tema, pela descrição do “jogo de coerção e de cooptação” entre os coronéis (chefes políticos locais, especialmente na República Velha) e os governadores e presidentes, é a magistral obra de Victor Nunes Leal (que, inclusive, foi ministro do Supremo Tribunal Federal), *Coronelismo, Enxada e Voto: o Município e o regime representativo no Brasil*, 7ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

8 Sobre o tema, v. o interessante artigo “Raimundo Faoro: quando mais é menos”, de Maria Aparecida Azevedo Abreu, *IQ: Perspectivas*, São Paulo, 29, 2006, especialmente p. 182-185.

ral e, mais recentemente, seja mediante os instrumentos de gestão democrática ou da “democracia participativa”. Em um corpo eleitoral menor, a opinião de um cidadão possui maior relevância na disputa eleitoral, e é-lhe mais fácil influenciar as políticas públicas, participando de conselhos, de audiências públicas, do debate político.

Aliás, o fenômeno é justamente o contrário: o Município possibilita uma democracia de maior intensidade, que melhor consolide os valores democráticos, para que possam se espriar por todo o aparato estatal. O fato de o poder local obrigar a que os cidadãos sejam responsáveis pelas coisas públicas, evita a postura de se esperar soluções vindas de fora. Quanto mais autonomia na gestão de assuntos de seu interesse, mobilizando seus recursos (que não podem lhe ser sonogados), mais se eliminam laços de dependência – que estão na raiz do clientelismo. A autonomia, e a correspondente atitude de responsabilidade sobre si, são consequências naturais dos regimes políticos dirigidos pela liberdade.

Não por outra razão é que a Constituição de 1988 é extremamente zelosa na defesa da autonomia municipal. Nunca se deve esquecer que ela é resposta histórica ao regime autoritário e centralizador que lhe era imediatamente anterior. E, nessa resposta, a essência está em consolidar o processo democrático, de forma a modificar os aspectos autoritários e centralizadores ainda então presentes no Estado e na sociedade, de forma, inclusive, a evitar novas experiências autoritárias. E, nesse projeto, a autonomia municipal possuía e possui papel estratégico.⁹

9 Descentralizar o exercício do poder, em especial por meio da autonomia municipal, foi opção da Constituição de 1988 para que os valores da democracia prevaleçam, sendo que, por vezes, esta opção política, construída no campo dos valores, nem sempre produz os melhores resultados em termos de gestão. Mas o desafio é como tornar *uma gestão democrática* mais eficiente, e não o de tornar *menos democrática* a gestão, com o alegado objetivo de “aumentar sua eficiência”.

3. A autonomia municipal como direito de pensar diferente

A autonomia municipal, como já dissemos, refere-se ao fato de se reconhecer a uma comunidade local o exercício do poder público para fazer frente a tudo o que diga a seu *peculiar interesse*.¹⁰

Em consequência, reconhece-se que há interesses específicos do Município, que atendem à orientação que pode divergir da adotada pelo Estado ou pela União. Dizer que o Município possui *autonomia* significa dizer que ele *pode ser diferente*. E isso implica possuir uma compreensão democrática e plural do que é o *interesse público*.

Nos regimes autoritários, normalmente centralizadores, comum que se tente justificar os sacrifícios das autonomias, coletivas ou individuais, porque necessários para proteger ou promover “o interesse público”, sempre entendido de forma monolítica. Mas a realidade não é esta, especialmente quando se vive em sociedades plurais. Na companhia de Floriano de Azevedo Marques Neto, há de se entender que – em realidade – o que existe são *os interesses públicos*, ou seja, a expressão deve ser entendida no plural e não no singular, e que as hipóteses de conflito e colisões são naturais.¹¹

Por isso, não há de se estranhar que a autonomia das municipalidades

implica a existência de uma verdadeira autonomia desta face ao Estado, o que significa que as autarquias locais têm a seu cargo a seleção e satisfação de necessidades próprias (exclu-

10 Há de se apontar, aqui, uma peculiaridade brasileira. Nos demais contextos culturais, esta comunidade local por vezes é referida como *comunidade urbana*, adotando-se este mesmo sentido mesmo quando se menciona *comunidade municipal*. Ou seja, a área rural não é Município, podendo ser governada diretamente pela Província, pelo Condado ou por outras formas de organização. O caso brasileiro é único, no qual o território da União é formado pela soma dos territórios municipais, com exceção do Distrito Federal e de Fernando de Noronha que, apesar de áreas que constituem território da República Federativa do Brasil, não integram território de Município.

11 Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação Estatal e interesses públicos*. S. Paulo: Malheiros Editores, 2002, pp. 144-170.

sivas), diferentes, divergentes ou mesmo contrastantes com as necessidades gerais da comunidade nacional.¹²

Isso se explica porque quem deve fixar a orientação política ao Município é o seu próprio povo, reunido em corpo eleitoral. E a opinião do povo de determinado Município pode ser *politicamente* divergente da opinião hegemônica no nível estadual ou nacional. Massimo Severo Gianinni, no ponto, é lapidar, ao ensinar que a autonomia política dos Municípios reside no

fato de o órgão fundamental dos entes locais territoriais ser o povo em corpo eleitoral e de, conseqüentemente, tais entes derivarem a respectiva orientação político-administrativa não do Estado ou da União, mas da sua própria comunidade, ou seja, da maioria da própria comunidade. Donde resulta que a orientação pode divergir e até contrastar com a do Estado ou da União, quando não haja correspondência de maioria na comunidade estadual ou nacional e na do específico ente territorial.¹³

Mas permitir tal espaço de divergências não seria fomentar o conflito? Não seria impedir a tranquila e produtiva execução das tarefas a cargo do Estado, colocando em risco os direitos correspondentes, em especial os de índole social?

Neste ponto que há o grande desafio das Constituições que guardam os valores do Estado Democrático de Direito, especialmente em países federais.¹⁴ É, assim, necessária a força unificadora da Constituição, como, para circunstâncias diversas, bem observa Zagrebelsky:

12 NABAIS, José Casalta. "A autonomia local". In: coletânea *Autonomias Territoriais, Institucionais e Cívicas*. Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 76.

13 GIANINNI, Massimo Severo. "Autonomia pubblica". In: *Enciclopedia del diritto*, vol. IV. Milão: Giuffrè, 1959, p. 364. A tradução é a realizada por NABAIS (*op. cit.*, p. 92), com pequenas adaptações para a melhor compreensão do leitor brasileiro.

14 Ou seja, o desafio é como manter a unidade, sem suprimir a diversidade, o que é bem sintetizado pelo lema dos Estados Unidos da América: *E pluribus unum* (apesar de a origem deste lema ser poema de Virgílio,

O pluralismo não degenera em anarquia normativa sempre que, apesar das diferenças de estratégias particulares dos grupos sociais, haja uma convergência geral sobre alguns aspectos estruturais da convivência política e social que possam, assim, ficar de fora de toda a discussão e ser consagrado em um texto indisponível para os ocasionais senhores da lei e das fontes concorrentes com ela.¹⁵

Daí porque é necessário compreender a *autonomia municipal* em seu exato sentido, de *princípio constitucional*. Isso porque, como veremos no próximo tópico, apesar de estar na cúspide do sistema normativo, um princípio não deve ser considerado valor absoluto, que venha a se impor a todos os demais valores.

4. O conceito de princípio

Necessário aclarar-se o que, em Direito, se entende por *princípio*. E pode-se partir da constatação de que o ordenamento jurídico é composto por dois tipos de normas: os *princípios* e as *regras*.

No caso das *regras*, trata-se de comando (estatuição duma consequência) que somente pode se realizar quando uma determinada *hipótese fática normativa* (*Tatbestand*) efetivamente se verificar na realidade. É o caso, por exemplo, do tipo penal de homicídio, por meio do qual se estatui uma pena de reclusão de 6 a 20 anos na hipótese “matar alguém”.

O comando, ou seja, a pena estatuída, somente poderá ser aplicado em face de fatos que configurem *in concreto* a hipótese fático-normativa “ma-

do qual a frase foi extraída, cuja tema era uma receita de salada [...]).

15 *Il diritto mite*, do qual consultamos a edição espanhola: *El derecho dúctil*, 2ª ed., Madrid: Trotta, 1995, p. 40.

tar alguém”, que, em realidade, é hipótese fático-normativa complexa, porque concebida por várias normas.¹⁶

Contudo, pode-se facilmente perceber que, no mundo das regras, tudo é muito rígido, porque as estatuições jurídicas estão clausuladas por *Tatbestands*. Com isso, configurando-se, na realidade, a hipótese fática normativa, aplica-se simplesmente o comando. A questão, em geral, no que diz respeito às regras, se reduz em aplicar ou não determinado comando, em face de ter existido ou não, no mundo concreto, determinado fato reconhecido como de incidência da hipótese fático-normativa (*Tatbestand*).

Daí porque se diz que o campo das regras é disjuntivo, ou seja, do sim ou do não. Na própria norma se encerram suas hipóteses fáticas de realização. Por isso, antecipadamente, há de se conceber todas as hipóteses fático-normativas, uma atividade nem sempre possível, uma vez que a realidade social está em permanente transformação.

Já as normas do tipo princípio não possuem *Tatbestand*. São comandos que devem ser aplicados *onde couber*.

Exemplo desse tipo de norma é a do inc. IV do art. 5º da Constituição Federal: “*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*”. Em quais hipóteses é livre a manifestação do pensamento?

Em todas em que este comando couber: no exercício do jornalismo, na atividade de magistério, na produção científica, no debate judicial, na atividade política, no professar uma religião. Porém, essa realização do comando normativo deve se dar de forma ótima, ao máximo possível, podendo haver situações em que haja limitações ou realização apenas parcial, especialmente quando o *princípio* vem a se colidir com outro *princípio*. Ou seja, se a *regra* redundante em sua aplicação ou não aplicação, o *princípio* comporta o raciocínio

16 Exemplificando: devem ser também levadas em consideração as normas que preveem hipóteses fático-normativas excludentes de ilicitude, como, por exemplo, no caso da hipótese de legítima defesa.

da busca de sua máxima realização, o que pode levar, em determinadas situações, a apenas parcial ou, mesmo, diminuta realização.

Por isso que a *livre manifestação do pensamento* pode ser restrita em face da coibição do racismo, também prevista constitucionalmente (art. 5º, XLII). Como se vê, o *mundo dos princípios* é bem menos seguro que o *mundo das regras*, porém se adapta com facilidade às mudanças sociais e econômicas, abrindo possibilidades de realização, ou ponderando-se com outros princípios, em face das circunstâncias das situações concretas.

Assim, têm-se, de um lado, as *regras*, normas rígidas, disjuntivas, do sim-ou-do-não, porém seguras e previsíveis, e, de outro lado, os *princípios*, normas mais flexíveis, com grau de incerteza (pois se realizam “onde couber” e “no máximo que puder”). É através do conjunto destes dois tipos de normas que se constrói o ordenamento jurídico, que consegue oferecer segurança jurídica, ao mesmo tempo em que se mostra flexível à realidade social. Esta é, hoje, a doutrina francamente dominante, com larga aplicação nas atividades legislativa e judiciária.¹⁷

Contudo, a diferença entre regras e princípios não é apenas estrutural, mas, também, axiológica. Os princípios se referem a valores fundamentais do sistema jurídico, e, por isso, possuem primazia em relação às regras. Em uma frase, pode-se dizer que as regras são criadas para permitir a realização, com

17 Trata-se, hoje, de matéria lecionada no primeiro ano dos cursos jurídicos. Na apertada síntese apresentada seguiu-se a didática exposição de Riccardo GUASTINI, em seu artigo “*Teoria e ideologia dell’interpretazione costituzionale*”, publicado na revista *Gurisprudenza Costituzionale*, vol. 51, Milão: Giuffré, 2006, p. 756 e ss. Importante consignar que os fundamentos mais importantes dessa teoria são de Ronald Dworkin, especialmente suas obras *Taking rights seriously* e *A matter of principle*, todas com tradução brasileira (*Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002; *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000), e de Robert Alexy, especialmente suas obras *Theorie der Grundrechte* e *Theorie der juristischen Argumentation – die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, também com traduções brasileiras – porém aqui utilizadas as excelentes traduções em língua castelhana: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997). No campo da doutrina brasileira merecem destaque ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*, Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003; e ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

maior segurança jurídica, do que preveem os princípios – muitas vezes para mediar colisões que os princípios podem ter entre si. Daí que deve ser com os “óculos” dos princípios que devem ser lidas as regras.

Nestes termos, a famosa lição de Celso Antonio Bandeira de Mello:

Princípio, é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

Dessa maneira, o mestre conclui que

violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.¹⁸

Com isso, vê-se que, ao lado de os princípios serem normas, constituem também critérios para a exata compreensão de outras normas.¹⁹

18 “Criação de Secretarias Municipais”, *Revista de Direito Público*, 1971, vol. 15, p. 284-286, *apud* pelo próprio professor Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 54.

19 Como afirma Tomaso Perassi, “*le norme, che entrano a costituire un ordinamento, non stano isolate, ma diventano parte di un sistema, in quanto certi principi agiscono come collegamenti, da cui le norme sono tenute insieme in modo da costituire un blocco sistematico*” (Introduzione alle scienze giuridiche, Padova: Cedam, 1953, p. 32 – *apud* BOBBIO, Norberto. *Teoria dell’Ordinamento Giuridico*, Turim: G. Giappichelli, 1960, p. 75).

5. A autonomia municipal como princípio constitucional

Hoje não se duvida que a *autonomia municipal* é princípio constitucional, por força do que expressamente dispõe a Constituição de 1988: “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: [...] c) autonomia municipal; [...]”.

Contudo, nem sempre foi assim.

Na Constituição de 1891, havia apenas o “lacônico art. 68, que se limitava a dizer *os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos municípios, em tudo quanto respeita ao seu peculiar interesse*”²⁰. Isso se explica porque

a Constituição de 1891 sofreu, nesse passo, a poderosa influência da Escola Positivista, que, pelas palavras de Lauro Sodré, considerava *exorbitância do poder federal* qualquer preceito garantidor da autonomia do município. Prevalecendo a opinião dos adeptos da *ditadura científica*, acabou-se por dar ao art. 68 uma redação de discutível conteúdo²¹

Tal redação **não previa, sequer, que o governo dos Municípios deveria ser eleito, ou seja, não se impedia que fosse livremente nomeado pelos governadores.**

Porém, essa situação se modificou com a Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, que, ao modificar o art. 6º do então texto constitucional, fez com que a Constituição passasse a prever que poderia a União se utilizar do instituto da intervenção nos Estados “para assegurar a integridade na-

20 REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 46, nota número 8.

21 *Idem, ibidem*, p. 46.

cional e o respeito aos seguintes princípios constitucionais”, dentre eles o da “autonomia dos municípios”.

Claro que, desde então, a questão evoluiu muito, como bem pontua Ricardo Lewandowski:

o Município foi alçado à categoria de membro da federação brasileira, não pairando maiores dúvidas quanto à extensão da autonomia municipal. A palavra autonomia, sabe-se, significa etimologicamente e em sentido lato, o poder de reger-se a si próprio. Mas especificamente, de acordo com José Afonso da Silva, a autonomia municipal, na nova Constituição, encontra-se assentada em quatro capacidades: de *auto-organização*, pela elaboração da lei orgânica; de *autogoverno*, pela eleição do Prefeito e dos Vereadores; *normativa própria*, pela feitura das leis dentro de seu âmbito de competência; e de *auto-administração*, pela manutenção e prestação de serviços públicos de interesse local.²²

6. A autonomia municipal e o sistema federal brasileiro

Como evidente, além de a *autonomia municipal* possuir um valor específico – válido inclusive em países que não são federais – no caso brasileiro, em que o Município foi erigido à categoria de Ente federativo, há de se compreendê-la *no interior do sistema federal brasileiro*.

Desta forma, não é possível se entender o papel do Município *per se*, porque a sua correta inteligibilidade se encontra no interior do sistema federal. Entende-se, assim, que *sistema federal* seria aquele cuja estrutura tenha por função diminuir a complexidade correspondente aos inúmeros comportamentos que os Entes federados poderiam ter, criando a segurança de que eles

22 *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 115. A citação à José Afonso da Silva se refere à obra *Município na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 8.

vão confluir em determinada direção, com a peculiaridade que isso vem a atingir não só os Entes federados, neles incluído também a União – fruto do próprio arranjo sistêmico.²³

Evidente que não se defende que a concepção sistêmica de federalismo seja entendida como forma de o “unificar”, de construir uma compreensão que “o espanque das contradições que, à primeira vista, defluem do texto constitucional”. Nada disso. “Uma visão pluralista da Constituição obriga que se rechace a ideia de que possa ser um único valor, princípio, objetivo ou função em que são preordenados o *sistema* constitucional ou as isoladas partes suas”.²⁴

Em realidade, a redução de complexidade operada pelo federalismo não visa a excluir o hipotético “divergente”, mas viabilizar o federalismo sem que se prejudique, ou que, no menos possível, prejudique o “divergente”, porque a ordem constitucional democrática e pluralista exige a proteção das posições minoritárias que, no *compromisso constitucional*, obtiveram lugar na Constituição. De outro lado, não pode ser ignorado que, se não houver estrutura alguma, se pode chegar à anarquia, jurídica e política, pelo que não haverá inteligibilidade que permita mediar as diversas posições, majoritárias ou minoritárias, que caracterizam o pluralismo.

Neste entendimento, as estruturas do sistema federal brasileiro têm por objetivo viabilizar o “processo federal”, dado que o federalismo não é estático, conferindo-lhe o *mínimo* de certeza para que possa se desenvolver. E este *minimum* é justamente a necessária subordinação para que haja a coordenação.

23 Os conceitos de sistema, complexidade e estrutura são aqui entendidos como expostos por Niklas Luhmann em sua *Sociologia do Direito (Rechtssociologie)*, trad. bras. de Gustavo Bayer, Rio: Edições Tempo Brasileiro, 1983, vol. I, pp. 42-76. Também não seria incorreto trazer aqui, pelo que se identifica com o federalismo, a noção kantiana de sistema: *sistema é a unidade, sob uma ideia, de conhecimentos diversos ou, se se quiser, a ordenação de várias realidades em função de pontos de vista unitários* (apud CORDEIRO, A. Menezes. Introdução à trad. portuguesa de *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. LXIV).

24 BIN, Roberto. *L'ultima fortezza – teoria della costituzione e conflitti di attribuizione*. Milão: Giuffrè, 1996, p. 116.

Importante esclarecer este ponto. As relações de *coordenação* entre ordenamentos jurídicos são aquelas em que não há hierarquia entre eles, são relações entre os Entes que estão *no mesmo plano*, dando origem ao regime pactício, ou seja, ao regime em que as regras de coexistência são produtos de autolimitação recíproca. Já nas relações de *subordinação* existe a relação de superior para inferior, cujos exemplos são as relações entre o ordenamento estatal e os ordenamentos sociais parciais (associações, sindicatos, partidos, igrejas *et alii*), que possuem seus próprios estatutos, cuja validade deriva do reconhecimento estatal.²⁵

A diferença está em que o pacto constitucional do federalismo, tão logo se imponha como Constituição rígida, perde imediatamente sua natureza pactícia, fazendo com que os ordenamentos dos Estados membros, dos Municípios e da União passem a ter relações de subordinação no que diz respeito ao nela estatuído. Todavia, o fixado constitucionalmente deve ser o necessário para que não só os Entes federados possam exercer com independência as suas competências, mas, também, para que possam desenvolver relações de coordenação, indispensáveis para o desenvolvimento do processo federativo.

De forma sintética: o Município está subordinado apenas à Constituição, não possuindo subordinação aos governos dos Estados ou da União, salvo se estes, *in concreto*, sejam apenas a *longa manus* do texto constitucional, pelo que a autonomia constitucionalmente reconhecida somente por expressa previsão constitucional pode ser limitada.

7. Conclusão

Do ponto de vista técnico-jurídico, a autonomia municipal, entendida como *princípio constitucional*, deve ser observada e respeitada *onde couber e*

ao máximo que for possível, sendo limitada apenas por outros princípios constitucionais, no caso de efetiva e real colisão, que exija a aplicação ponderada de princípios. Uma das colisões possíveis é com a esfera de competências dos demais Entes da Federação (Estados membros e União), porém, nessa situação, não há de entender que haja subordinação do Município ao Estado membro ou à União, mas a subordinação de todos à Constituição que, pluralista que é, prevê a possibilidade de haver divergências.

Esta possibilidade de divergência, de experimento, renova a gestão pública. Muitas vezes, um Município desenvolve, no âmbito de seu território e de suas condições específicas, políticas públicas inovadoras, experimentais, as quais, acaso vitoriosas, podem ser expandidas para outros Entes e territórios. Como afirma Peter Häberle, “a capacidade do federalismo de se colocar como *laboratório constitucional* faz parte integrante de sua vitalidade”²⁶.

Mas mais importante que isso é que, nas condições brasileiras, a *autonomia municipal* é pilar fundamental da construção de uma democracia autêntica, diária, real. Democracia que entende o nosso próprio povo como o principal ator de seu destino.

26 De sua Introdução à Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, tradução italiana de J. Luther, publicada sob o título de *La Legge Fondamentale tedesca*, Milão: Editora Giuffrè, 1997, p. 29-30.

O PAGAMENTO DE DÉCIMO TERCEIRO E FÉRIAS PARA PREFEITOS E VICE-PREFEITOS

Vanessa Alexandra Santos Rezende¹

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo trazer informações sobre o direito à percepção do décimo terceiro e gozo de férias, acrescido de 1/3 (um terço) para prefeitos e vice-prefeitos.

Será abordado o posicionamento de Tribunais que tratam do tema bem como sobre a (in)constitucionalidade de tais pagamentos.

A matéria aqui debatida é claramente relevante aos Municípios brasileiros tendo inclusive reconhecida sua repercussão geral em ação que tramita junto à mais alta corte do país, ou seja, o Supremo Tribunal Federal (STF).

Palavras-chave: Décimo terceiro. Férias. Município. Prefeito. Vice-prefeito. Constitucionalidade.

¹ Advogada da Confederação Nacional de Municípios (CNM). Especialista em Direito Público e Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

1. Introdução

É fundamental trazer alguns conceitos para a argumentação que doravante será desenvolvida.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello,² agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do país, ou seja, ocupantes dos cargos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado.

No Poder Executivo Municipal, quem chefia a administração e comanda os serviços públicos é o prefeito.

A partir da Constituição Brasileira de 1934, o cargo de prefeito passou a ser o único, em todo o Brasil, ao qual estão atribuídas as funções de chefe do Poder Executivo do governo local, em simetria aos chefes dos Executivos da União e do Estado, portanto, em forma monocrática.³

Os prefeitos e vice são eleitos por sufrágio universal, secreto, direto, em pleito simultâneo em todo o país, realizado a cada quatro anos, no primeiro domingo de outubro.

Dos 5.568 Municípios, grande parte estabelece o pagamento de décimo terceiro e férias aos prefeitos e vice por meio de legislações municipais aprovadas pela Câmara de Vereadores.

Porém, há muito tempo vem se discutindo sobre a constitucionalidade de o Município conceder tais garantias. Existe a tese de que os agentes políticos não fazem jus a estes benefícios, uma vez que recebem exclusivamente pela parcela única (subsídio), conforme estabelece o § 4º do art. 39 da Constituição Federal.

2 DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 1998. 151 p.

3 Disponível em <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Prefeito>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

Por não haver posição definida e tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal (STF) ainda não tinha enfrentado a matéria, os tribunais estaduais proferiam decisões pela constitucionalidade e inconstitucionalidade.

Em fevereiro de 2017, o STF, enfim, debateu a matéria e proferiu julgamento em Recurso Extraordinário com repercussão geral.

2. Da remuneração de prefeitos e vice

Em 1998, a Emenda Constitucional 19/1998 acrescentou dispositivo ao art. 39 da Constituição Federal com o intuito de controlar a remuneração de certos cargos:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

[...]§4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

Conforme ensina Isaac Newton Carneiro,⁴ os subsídios do prefeito são fixados, juntamente com os do vice-prefeito e dos secretários, na forma prevista pelo art. 29, V, observadas também as regras específicas da lei orgânica de cada Município. Assim, apesar de não haver previsão expressa para que a fixação seja feita uma vez a cada legislatura, inclusive em momento anterior ao seu início, esta antecipação deve ser observada, em razão da compreensão

4 CARNEIRO, Isaac Newton. *Manual de Direito Municipal Brasileiro*. 735 p.

que se faz do sistema remuneratório devido a prefeitos e vice-prefeitos, principalmente se considerarmos as regras relativas à anterioridade desta fixação em relação ao momento da posse destes agentes. Assim, não cabe a fixação de subsídio do prefeito no transcorrer da legislatura, como tem decidido o próprio Supremo Tribunal Federal.

A fixação do subsídio deve ser por lei municipal de iniciativa da Câmara de Vereadores.

O subsídio do prefeito serve de limite ou teto para as remunerações pagas no âmbito do Poder Executivo, ou seja, indica o teto das remunerações de quaisquer outros agentes locais, além de que também se encontra limitado pela remuneração paga a ministro do Supremo Tribunal Federal. Nenhuma remuneração, no âmbito do Município, pode ser superior àquela fixada para o prefeito, não podendo inclusive serem reclamados possíveis direitos que permitam trespasse dos limites constitucionais previstos no art. 37, XI. Isso serve mesmo para os casos daquelas parcelas pagas extraordinariamente aos procuradores municipais a título de honorários de sucumbência, demonstrando a força desta proibição.⁵

3. Do pagamento de décimo terceiro salário e férias de prefeitos e vice

3.1. Da corrente que defende a constitucionalidade do pagamento

A corrente que defende o pagamento de décimo terceiro salário e férias destaca como fundamento legal o art. 7º da Carta Magna que trata dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais.

Vejamos:

5 Idem, *ibidem*.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
[...]VIII – décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;
[...]XVII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
[...]Assim, afirmam que o pagamento do décimo terceiro salário e do adicional de um terço quando do gozo das férias é situação prevista e permitida pela Constituição Federal.

Ao analisar este dispositivo, entende-se que a princípio seria desnecessária lei autorizativa para o pagamento do décimo terceiro e férias aos agentes políticos, uma vez que existe previsão constitucional. Porém, tendo inúmeros Municípios tratado da concessão destes benefícios por lei, argumenta-se que as legislações não poderiam ser julgadas inconstitucionais, pois exteriorizam a intenção possível de um poder legitimamente constituído e amparado pela Constituição Federal.

Destaca-se que a intenção não é incluir além do subsídio pagamentos que sejam vedados pela Carta Maior, e sim garantir aos agentes políticos um direito reconhecido a quem trabalha, seja qual for a atividade.

Os agentes políticos, embora não tenham subordinação e controle de frequência, ocupam seus cargos eletivos 24 horas do dia, estando sempre à disposição da municipalidade, e não recebem qualquer adicional a título de horas extras, ainda que trabalhem em feriados e finais de semana. Assim, considera-se justo que sejam tratados de forma igualitária aos demais trabalhadores, até porque os direitos fundamentais deve ser analisado de forma ampliati-va e não restritiva.

Frisa-se, também, que o § 3º do art. 39 da Constituição Federal que dispõe sobre os direitos dos servidores públicos trata da possibilidade e da aplicabilidade destas duas garantias aos servidores públicos, conforme abaixo transcrito:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

[...]§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

[...]Nesse sentido, conclui-se que restringir os agentes políticos aos exatos termos tão somente do parágrafo 4º, do art. 39, é situação que não pode encontrar argumentação, especialmente porque assim não se referiu o texto constitucional.

Pode-se dizer que a vedação do § 4º do art. 39 é o fracionamento do pagamento ao agente político em parcelas com diferentes espécies remuneratórias, como, por exemplo: abonos, verbas de representação, prêmios entre outros.

De qualquer maneira, não podemos deixar de citar o entendimento de Celso Bandeira de Mello: Como se verá, logo em seguida – ao se tratar do limite remuneratório dos servidores públicos –, o disposto no § 4º tem de ser entendido com certos contemperamentos, não se podendo admitir que os remunerados por subsídio, isto é, por parcela única, fiquem privados de certas garantias constitucionais que lhes resultam do § 3º do mesmo artigo, combinado com diversos incisos do art. 7º a que ele se reporta. Por essa razão, quando for o caso, deverão lhe ser aditados tais acréscimos, deixando, nessas hipóteses, de ser única a parcela que os retribuirá.⁶

Como se pode depreender, as leis aprovadas pelos Municípios devem ser absolutamente respeitadas, uma vez que demonstram e comprovam a competência que a própria Constituição lhes confere.

6 DE MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*, p. 188/190.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina já proferiu decisão pela constitucionalidade destes benefícios:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PREFEITO. AGENTE POLÍTICO. FÉRIAS NÃO GOZADAS. CONVERSÃO EM INDENIZAÇÃO, COM ACRÉSCIMO DO TERÇO CONSTITUCIONAL. CABIMENTO. AUSÊNCIA DE INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA, CONFORME SÚMULA 386, STJ, TAMPOUCO DE DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS. INDENIZAÇÃO A SER CALCULADA SOBRE O VALOR LÍQUIDO DO SUBSÍDIO. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. MODIFICAÇÃO DOS ÍNDICES ACERCA DAS PARCELAS DEVIDAS ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI N. 11.960/2009. APELO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. “Os agentes políticos, como o é o Secretário Municipal, que pertence ao gênero dos agentes públicos e exerce seus cargo em comissão, faz jus, por força do § 3º, do art. 39, da Constituição Federal de 1988, ao décimo terceiro salário e ao gozo de férias remuneradas, acrescidas do terço constitucional, daí por que, tendo sido exonerado, tem direito à indenização das verbas correspondentes a tais direitos” (AC n. 2009.042307-8, de Braço do Norte, rel. Des. Jaime Ramos, j. 2-6-2011). (TJSC, Apelação Cível n. 2013.019149-7, de Canoinhas, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. 30-04-2013).

O Superior Tribunal de Justiça firmou o seguinte entendimento:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AGENTES POLÍTICOS. PRETENSÃO AO PAGAMENTO DE DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO.

A aplicabilidade dos direitos sociais, como a gratificação natalina, aos agentes políticos somente é cabível se expressamente autorizada por lei (precedente: REsp 837.188/DF, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 04.08.2008). Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 742.171/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe 02/03/2009)

3.2. Da corrente que defende a inconstitucionalidade do pagamento

Por outro lado, há os que defendem a inconstitucionalidade do pagamento destas garantias, sob o argumento de que as leis municipais que tratam sobre o assunto afrontam os parágrafos 3º e 4º do art. 39 da lei maior, uma vez que o § 3º não concede expressamente o direito à gratificação natalina e às férias remuneradas com o adicional de um terço aos agentes políticos e o § 4º fixa a remuneração – subsídio, em parcela una, vedando qualquer acréscimo de natureza remuneratória.

Argumenta-se que é uma afronta e representa violação ao pagamento em parcela única, conforme prevê o § 4º do art. 39 da Constituição Federal. Assevera que, no mês do recebimento, é inquestionável que haverá o pagamento de mais de uma parcela.

Entende que a omissão constitucional quanto ao pagamento das referidas verbas aos agentes políticos deve ser entendida como expresse impedimento, tendo em vista que o legislador, quando quis, fez autorização explícita para tal pagamento, como ocorre em relação aos servidores públicos, consoante dispõe o art. 39, § 3º.

Alguns Tribunais de Justiça Estaduais julgaram não ser cabível o pagamento de qualquer parcela além do subsídio mensal fixado em lei para os agentes políticos.

Ementa: RECURSO INOMINADO. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MUNICÍPIO DE GIRUÁ. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO E TERÇO CONSTITUCIONAL. SECRETÁRIO. 1. O artigo 29, V, da Constituição Federal prevê que Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários Municipais serão remunerados por subsídio, a ser fixado pelas respectivas Câmaras Municipais, observado o que dispõe os artigos 37, XI, 39, § 4.º, 150, II, 153, III, e 153, § 2.º, I. 2. A previsão de remuneração exclusivamente por subsídio, vedando qualquer outro adicional, abono, prêmio, verba de representação

ou outra espécie remuneratória, afasta a pretensão da parte autora. 3. Precedente deste Colégio Recursal: Recurso Cível Nº 71005063912, Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 29/09/2015. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS E JURÍDICOS FUNDAMENTOS. RECURSO INOMINADO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Recurso Cível Nº 71005786520, Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Volnei dos Santos Coelho, Julgado em 22/09/2016)

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Décimo terceiro salário para Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores. Inconstitucionalidade da lei municipal. I – Os agentes políticos, detentores de mandato eletivo, não mantêm com o Poder Público relação de trabalho de natureza profissional, não eventual, sob vínculo de dependência, sendo, portanto, inconstitucional a norma que lhes confere direito ao décimo terceiro salário, em face do tratamento servidores públicos em geral.” (TJGO. Corte Especial. ADIN 20597-18.2010.8.09.0000. Des. JOSÉ LENAR DE MELO BANDEIRA. DJ. 25/11/2010).

4. Do recurso extraordinário com repercussão geral

O Recurso Extraordinário 650.898 foi interposto pelo Município de Alecrim (RS) contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RS), que julgou inconstitucional a lei municipal que previa o pagamento de verba de representação, terço de férias e 13º aos ocupantes do Executivo local.

Para o Tribunal de Justiça, a norma feriria o § 4º do art. 39 da Constituição Federal, que veda o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de remuneração ou outra parcela remuneratória aos subsídios dos detentores de mandatos eletivos.

Em virtude da grande repercussão na ordem pública federal, estadual e municipal, em 2011, o STF decidiu pelo reconhecimento da repercussão ge-

ral em discussão da matéria constitucional que versa sobre a possibilidade de tribunal de justiça em sede de ação direta de inconstitucionalidade em que se impugna lei municipal, verificando a existência de ofensa ao Diploma Maior, bem como sobre incorporação do terço de férias, da gratificação natalina e da verba indenizatória ao subsídio pago aos servidores públicos:

O Plenário Virtual dessa Egrégia Corte Suprema, nos autos do presente Recurso Extraordinário, decidiu pelo reconhecimento da repercussão geral em matéria constitucional que versa sobre a incorporação do terço de férias, gratificação natalina e verba indenizatória ao subsídio pago aos servidores públicos. Segue a ementa do v. acórdão: PROCESSO OBJETIVO – TRIBUNAL DE JUSTIÇA – CONFLITO DE LEI MUNICIPAL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL – CRIVO IMPLEMENTADO – SUBSÍDIO – GRATIFICAÇÃO DE FÉRIAS, 13º SALÁRIO E VERBA INDENIZATÓRIA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da viabilidade de órgão especial de tribunal de justiça, no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade em que se impugna lei municipal, verificar a existência de ofensa ao Diploma Maior. Igualmente, tem repercussão geral a questão relativa à possibilidade, ou não, de haver a satisfação de subsídio acompanhada do pagamento de outra espécie remuneratória. (RE 650898 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 06/10/2011, DJe-206 DIVULG 25-10-2011 PUBLIC 26-10-2011 EMENT VOL-02615-02 PP-00191)

Em fevereiro de 2017, o plenário do STF concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário no sentido de que o pagamento de abono de férias e 13º salário a prefeitos e vice-prefeitos não é incompatível com o art. 39, parágrafo 4º, da Constituição da República.

Vejamos:

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 484 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, reformando o acórdão recorrido na parte em que declarou a inconstitucionalidade dos arts. 6º e 7º da Lei nº 1.929/2008, do Município de Alecrim/RS, para declará-los constitucionais, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia (Presidente), que desproviavam o recurso. Por unanimidade, o Tribunal fixou as seguintes teses: 1) – “Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados”; e 2) – “O art. 39, § 4º, da Constituição Federal não é incompatível com o pagamento de terço de férias e décimo terceiro salário”. O Ministro Marco Aurélio não participou da fixação do segundo enunciado de tese. Redigirá o acórdão o Ministro Roberto Barroso. Ausente, na fixação das teses, o Ministro Gilmar Mendes, e, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 01.02.2017.

A decisão foi por maioria, 6 votos a 4, vencendo o voto proposto pelo ministro Luís Roberto Barroso, que divergiu parcialmente do relator, ministro Marco Aurélio.

Para o ministro Barroso, o regime de subsídio é incompatível com outras parcelas remuneratórias de natureza mensal, o que não é o caso do 13º e das férias, pagos a todos os trabalhadores e servidores, com periodicidade anual.

O julgado do STF modifica o entendimento que vinha sendo adotado por grande parte dos Tribunais de Justiça e Tribunais de Contas, sendo que alguns expediam instruções vedando o pagamento destas garantias, a exemplo do Tribunal de Contas do Paraná (Instrução Normativa 72/2012 – art. 16).⁷

⁷ Disponível em <<http://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/instrucao-normativa-n-72-de-13-de-setembro-de-2012/237401/area/10>>. Acesso em: 7 abr. 2017.

5. Conclusão

Após análise dos dispositivos constitucionais e de acordo com recente julgado do STF, entende-se que o art. 39, § 4º, da Constituição Federal não é incompatível com o pagamento de terço de férias e décimo terceiro salário aos agentes políticos, tendo em vista não ter estas garantias caráter de adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória assemelhada.

O ordenamento jurídico assegura a legitimidade da concessão do décimo terceiro salário aos agentes políticos municipais, observados os requisitos constitucionais e infraconstitucionais abordados no presente trabalho.

Se a intenção do legislador fosse vedar ou excluir este benefício dos agentes políticos, certamente o teria feito em norma específica, o que não ocorreu.

Porém, apesar de entender que a decisão do STF tem aplicação obrigatória, **recomenda-se** a aprovação de lei municipal autorizativa votada na legislatura anterior para produzir efeito na subsequente, estando a lei em conformidade com o inc. V do art. 29 da Constituição Federal.

Entende-se que por se tratar de decisão referente a agentes políticos, a medida pode ser estendida aos vereadores e secretários municipais, uma vez que também se enquadram como agentes políticos.

Com a decisão do STF, os Municípios passam a ter maior segurança na aprovação de leis sobre a concessão de décimo terceiro e férias para seus agentes políticos, sem perigo de ter a legislação questionada pelos Tribunais de Justiça e Tribunais de Contas.

6. Bibliografia

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

_____. Supremo Tribunal Federal.

_____. Superior Tribunal de Justiça.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Goiás.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Paraná.

CARNEIRO, Isaac Newton. *Manual de Direito Municipal Brasileiro*.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*.

OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS COMO FORMA DE INSTRUMENTO DE EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Wesley Rocha¹

RESUMO:

O presente artigo tem como ponto central avaliar a figura dos consórcios públicos como um instrumento executório na promoção das políticas públicas locais, tendo a perspectiva de uma análise na qualidade e eficácia dos consórcios públicos intermunicipais para uma oferta dos serviços públicos essenciais e necessários, destinados ao desenvolvimento local, regional e nacional.

O tema, apesar de ser menos abordado na seara acadêmica, vem sendo recorrente na administração pública, em especial nos Municípios onde se constata crescentes inovações tecnológicas e operacionais, sendo uma realidade cada vez maior na transformação, avanço técnico e modernidade de muitas administrações municipais.

¹ Advogado da Confederação Nacional de Municípios e especialista em planejamento tributário pela Universidade de Brasília (UnB).

Palavras-chave: 1. Consórcios públicos. 2. Políticas públicas. 3. Municípios. 4. Federação.

1. Introdução

Com as dificuldades recorrentes de um sistema público abrangente, muitos Municípios estão encontrando na figura dos consórcios públicos a viabilidade de implantar políticas públicas de qualidade. Isso porque a estrutura dos Entes públicos locais – municipais – atualmente se encontram em pleno desenvolvimento da gestão administrativa, e também com sérias dificuldades financeiras², e, conseqüentemente, com problemas estruturais.

Por outro lado, verifica-se que os consórcios públicos surgiram com o objetivo de estabelecer cooperação entre os Entes da Federação para a realização de determinados interesses em comum, por meio de políticas e ações conjuntas. Sua origem no Brasil se deu por meio de associações dos Municípios, já eram previstas na Constituição de 1937, em seu art. 29. As associações fomentam ações em áreas essenciais à sociedade, como água, lixo e esgoto da região (saneamento), podendo, inclusive, trabalhar em projetos de construção de hospitais e escolas, dentre outros³. As iniciativas buscam a forma cooperativa de ofertar serviços em uma soma de esforços de interesse comum⁴.

2 É de amplo conhecimento a crise fiscal e econômica do setor público, com os Municípios brasileiros tendo grandes problemas financeiros, como para cumprir a responsabilidade de pagamento da folha do quadro de pessoal próprio. O mais recente estudo publicado pela Confederação Nacional de Municípios, em julho de 2016, aponta que diversos Municípios estão com sérias dificuldades de honrar com a despesa com pessoal, tendo problemas acentuados com a Lei de Responsabilidade Fiscal, conforme publicação postada no portal da Confederação. Disponível em: <http://www.cnm.org.br/portal/images/stories/27072016_Gastos_com_Pessoal_Equipe_Estudios_Tcnicos.p df>. Acesso em: 10 jan. 2017.

3 Áreas de atuação detalhadas em cartilha feita pelo governo federal, por meio da Secretaria de Planejamento. In: *Consórcios Públicos um novo instrumento de cooperação federativa*, disponível em: <<http://www.portalfederativo.gov.br/consorcios-publicos/legislacao-documentos/cartilha.pdf>>. Acessado em 3 ago. 2017.

4 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24ª, ver. ampl. e atua. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pp. 209-2010.

Cretela Júnior⁵ registra que a primeira legislação no país a abordar formas associativas de Municípios para prestar serviços com objetivos em comum foi a Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo, que disciplinou, no art. 100 da Lei 2.484/1935, o seguinte: “Os Municípios poderão associar-se para a realização de melhoramentos ou a execução de serviços de interesse comum, dependendo, as respectivas deliberações, de aprovação da Assembleia Legislativa”.

Após a entrada em vigor da Lei 11.107/2005, que regulamentou o art. 241 da Constituição Federal⁶ diante de muitos debates jurídicos no Congresso Nacional, é que os consórcios ganharam personalidade jurídica própria e deixaram de ser um simples formato administrativo de contrato realizado por meio de convênio ou termo de cooperação nos ditos “consórcios administrativos”. Segundo Meirelles, “consórcios administrativos são acordos firmados entre entidades estatais, autárquicas ou paraestatais, sempre da mesma espécie, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”⁷.

Era muito comum a utilização de contratos ou consórcios administrativos, feitos por meio de termos de cooperação técnica, para propor a execução de determinados serviços. Contudo, conforme ressalva feita pelo jurista Wladimir Ribeiro, não se pode confundir consórcio administrativo com consórcios personalizados, criados por meio de uma personalização jurídica, dando corpo a um Ente administrativo real e autônomo⁸.

5 CRETELA JUNIOR, José. *Direito administrativo municipal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. pp. 87.

6 Constituição Federal, art. 241: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”. (Redação dada pela Emenda Constitucional 19/1998).

7 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 308.

8 RIBEIRO, Wladimir Antônio. Nota Técnica. Grupo de Estudos Interministerial criado pela Portaria 1.391/ Casa Civil/2003. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-3-JULHO-2005WLADIMIR%20RIBEIRO.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2016.

Por outro lado, não se pretende adentrar no mérito da personalidade jurídica dos consórcios ou da sua criação, aspectos legais, entre outros temas de suas gestões, além dessa pequena abordagem na dissertação. Esses elementos já foram amplamente debatidos por doutrinadores, pesquisadores e pelo próprio governo federal e Congresso Nacional, quando da apresentação da lei que regulamentou o art. 241 da Constituição, momento em que foram realizados diversos debates e pareceres de muitos doutrinadores especialistas em direito constitucional e administrativo.

Nesse sentido, o presente artigo possui como objetivo específico analisar os resultados alcançados pelos consórcios públicos, tendo em vista a crescente presença dessa figura jurídica nas mais diversas áreas e setores dos Entes públicos.

Ressalta-se que o desenvolvimento local passou a ter um importante papel na Federação brasileira, mas, em contrapartida, muitos Municípios estão sem condições financeiras de conseguir prestar serviços públicos de qualidade e adequados para que exista o necessário atendimento a seus administrados⁹.

Assim, o intuito de aprofundamento dos consórcios públicos nas discussões de promoção da ordem social e econômica da gestão pública deve ser elemento de registro importante nesse trabalho.

Portanto, ao analisar a parte teórica, o presente trabalho busca avaliar os indicadores práticos de potencialidades dos consórcios públicos para promover as políticas públicas locais, regionais e também nacionais.

9 A atual recessão nacional fez com que muitos Entes públicos tivessem dificuldades estruturais. Muitos prefeitos estão tentando montar um novo formato na gestão pública: *administração com austeridade*. Essa exigência "situacional" visa a cortar gastos da máquina pública, eliminando parte de sua estrutura administrativa, reduzindo o número de cargos comissionados, diminuindo a remuneração de secretários, gestores e também dos demais cargos, dentre outros aspectos relevantes, para conseguir manter a prestação de serviço público de forma ativa.

2. Políticas públicas promovidas por meio do consórcio público e projeto de governo

É importante checar se a transferência e descentralização de determinados segmentos administrativos podem ter a verdadeira capacidade de promover o bem-estar social e está alcançando os resultados positivos para os problemas que a gestão pública se propõe a solucionar.

Para implementar o projeto de governo, a política pública almejada normalmente nasce das necessidades sociais debatidas perante a comunidade local, regional ou nacional, bem como por meio de programas planejados com a sociedade durante a atuação como governo.

Nesse sentido, política pública seria o Estado e o governo em ação. Ao definirmos políticas públicas, podemos claramente afirmar que é um processo decisório que envolve conflito de interesse. Conceitualmente, é o que o governo “faz” ou “deixa de fazer”.

A definição de “política pública” pode ser considerada um conjunto de projetos e programas governamentais que beneficia a sociedade ou parte dela. Seria um programa, um projeto ou uma atividade que vai entrar em discussão nas decisões administrativas e executórias. Nesse sentido, temos duas expectativas a serem definidas: as políticas de Estado e as políticas de governo.

A política de Estado independe do projeto do governo, ela deve ser praticada a despeito de quem está no poder. Em resumo, seriam as obrigações do Estado perante a sociedade. Já a política de governo depende de quem assume o governo e o projeto que assume a administração, que pode ser alterado conforme o processo eletivo, escolhido pela sociedade (povo).

As políticas públicas envolvem diversas camadas da sociedade, navegando elas por três setores. O primeiro setor, que seria o Estado e o governo, o segundo setor, a iniciativa privada, e o terceiro setor, que são as organizações da sociedade civil, como as Organizações da Sociedade Civil de Interesse

Público (Oscip)¹⁰, Organizações Sociais (OS)¹¹, entidades filantrópicas, movimentos sociais, demais associações, entre outros.

Logo, os consórcios podem ser soluções práticas e viáveis para a implementação de projetos que visam a ofertar à sociedade o bem comum e social¹².

Assim, o que se percebe atualmente é uma verdadeira descentralização das políticas públicas nos diversos segmentos do Estado, em especial nos Municípios. Essa construção coletiva entre Estado e sociedade civil fez surgir organismos para promover e executar as possíveis políticas sociais primárias e essenciais. O Estado por si só está tendo uma carga elevada de obrigações para dar o retorno necessário para as necessidades locais. Esse indicativo de atuação fez com muitos Municípios do Brasil se unissem em um sistema cooperativo para prestar os serviços essenciais à sociedade, primando acima de tudo pelos princípios da efetividade, qualidade e eficiência.

Ravanelli¹³ explica como alguns dos objetivos dos consórcios são realizados e podem contribuir para o desenvolvimento de políticas públicas locais:

Dentre as principais finalidades dos consórcios destacam-se: a articulação regional entre unidades políticas de pequeno ou de médio porte, com vistas à melhoria de sua capacidade téc-

10 A Lei 9.790/1999, das OSCIPs, foi recentemente alterada, por meio da Lei 13.019/2014, e propôs diversas modificações nessa figura jurídica, colocando regras específicas para a parceria com o Ente público, a fim de permitir mais controle de fiscalização. Também impôs algumas burocracias para realização da parceria com o setor público, regulando normas entre o primeiro e o terceiro setor.

11 As OS foram estabelecidas pela Lei 9.637/1998, que também recebeu modificações por meio da Lei 13.019/2014.

12 Nesse sentido, é importante apontar métodos que possam servir de parâmetros medidores dos resultados da promoção das políticas públicas, seguindo elementos sobre as perspectivas da realidade e o pensamento jurídico, ao qual Castro relaciona o seguinte: "Três resultados negativos da prevalência dessa visão [formal-conceitualista] sobre o direito no ensino jurídico brasileiro são: um descolamento social, que é muito mais complexa do que as categorias jurídicas são capazes de analisar; uma dificuldade para avaliar de maneira responsável e analiticamente apta às políticas públicas e seus impactos sobre a vida social, dando-lhes um significado jurídico útil; e também uma orientação intelectual para atuar apenas no sentido de preservar a ordem posta, não para reformá-la". (CASTRO, Marcus Faro de. *Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 09).

13 RAVANELLI, Paula. *Consórcio Público: o instrumento de realização de um federalismo cooperativo e democrático no Brasil*. 2008. Dissertação (Mestrado), Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 93.

nica, gerencial e financeira; a prestação de serviços de interesse comum, mediante atuação integrada que possa resultar em economia de escala; a criação de espaço suprapartidário para a discussão de temas de interesse regional; a redução de ociosidade no uso de máquinas e de equipamentos; a otimização de recursos humanos, com a consequente redução de custos operacionais e a ampliação da oferta de serviços; a formação e a capacitação da burocracia administrativa; a gestão de espaços metropolitanos, que demandam solução uniforme para os problemas comuns; e a atuação conjunta em regiões, como bacias hidrográficas ou polos regionais de desenvolvimento, nas quais a ação isolada seria inútil.

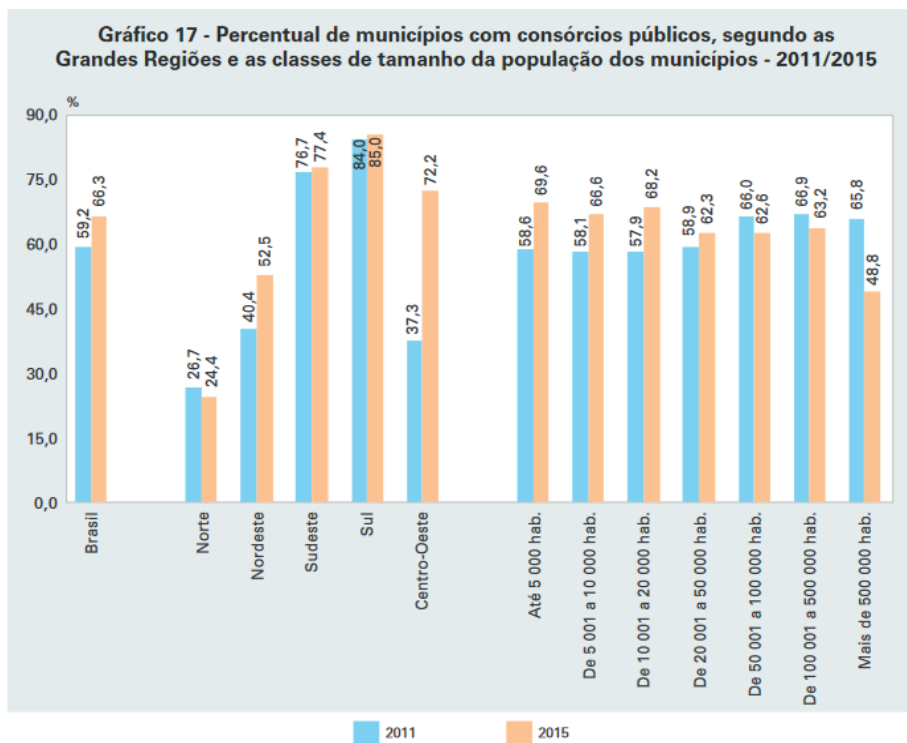
Com isso, a política de Estado acaba por colocar no centro da discussão a execução desses serviços, e por meio dos consórcios os Entes da federação estão encontrando uma solução para ofertar serviços essenciais à sociedade e promover a qualidade de vida, bem como enfrentar a desigualdade social.

No caminho de aperfeiçoar os serviços públicos, de maneira otimizada, mais econômica e eficiente, verifica-se um crescente número de consórcios públicos no Brasil. Conforme o Gráfico 1, observou-se um aumento no percentual de Municípios brasileiros que possuem relação consorcial com outros Municípios e Estados¹⁴. O número passou de 59,2% (3.295), em 2012, para 66,3% (3.691) em 2015¹⁵.

14 Em relação aos Entes da Federação, observou-se que a Lei dos Consórcios não impede que o Estado estabeleça consórcio público com alguns Municípios do seu território, podendo este firmar compromisso nessa figura jurídica sem a necessidade de que todos os locais estejam participando. Por outro lado, a União só pode entrar em um consórcio público se todos os Estados da Federação estiverem participando, por previsão expressa da legislação, conforme a Lei 11.105/2005, em seu art. 1º, § 2º: "A União somente participará de consórcios públicos em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados".

15 Pesquisa publicada em 26 abr. 2016, acessada em:

<<http://www.portalfederativo.gov.br/noticias/destaques/consorcios-estao-presentes-em-66-3-dosmunicipios-diz-pesquisa>>.



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Pesquisa de Informações Básicas Municipais 2011/2015.

Segundo o IBGE, a Região Sul é a que registra o maior percentual de consórcios, em que 85% dos Municípios estavam em parcerias em 2015. Os Municípios considerados de pequeno porte (até 5 mil habitantes) foram os que registraram um maior aumento percentual do número de consórcios. O número de consorciados passou de 58,6% em 2011 para 69,8% em 2015.

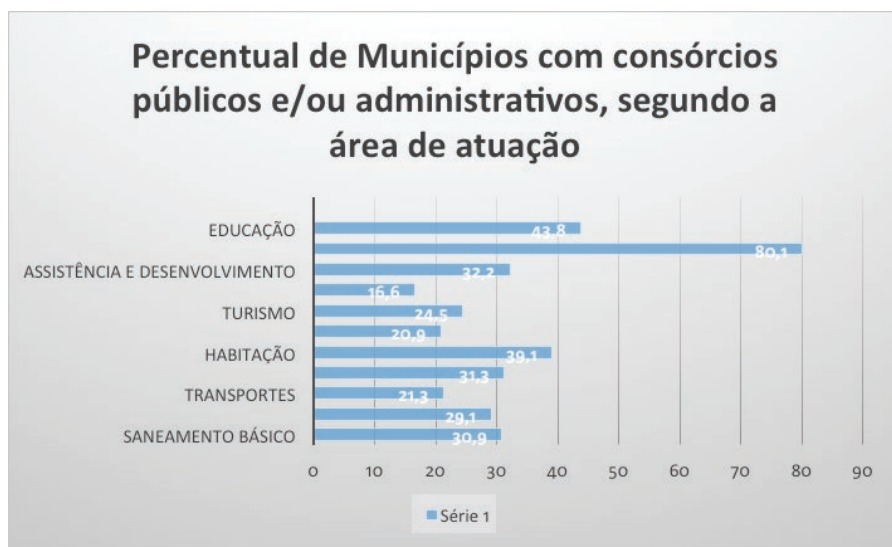
Esse aumento de Entes públicos consorciados tem como uma das principais argumentações a descentralização dos serviços públicos para aprimorar ainda mais a atuação do Estado, enquanto promovedor de políticas públicas.

Isso porque a Constituição de 1988 ampliou de forma significativa os direitos sociais, colocando assim a igualdade, a dignidade da pessoa humana e o acesso aos serviços públicos de forma prioritária. Inobstante, de 1988 até o presente momento, o Congresso Nacional vem impondo aos Entes federa-

dos muitas obrigações, sem apontar de maneira adequada como serão realizadas essas obrigações, nem as fontes de receitas para promover as atuações locais, restando aos Municípios buscar soluções práticas para cumprir com suas obrigações legais¹⁶.

Nesse quesito, observa-se que os consórcios estão atuando em políticas públicas cada vez mais de forma consolidada, executando atividades operacionais das mais diversas áreas, como saneamento básico, desenvolvimento urbano, transportes, meio ambiente, habitação, cultura, turismo, emprego e trabalho, assistência e desenvolvimento, saúde e educação.

No Gráfico 2, é possível checar que os consórcios públicos intermunicipais de saúde foram os que mais cresceram ao longo dos anos.



Fonte: IBGE (2012)

16 Nesse sentido, foi apresentada pela Confederação Nacional de Municípios uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC) ao Congresso Nacional, já foi aprovada no Senado Federal, chancelada pelo n.º 128/2012. Na Câmara dos Deputados, existe a PEC 172/2012, de autoria do deputado Mendonça Filho, que pretende acrescentar no art. 167, parágrafo 2º, da Constituição o impedimento de criar responsabilização sem a indicação da fonte de recursos: "A lei não imporá nem transferirá qualquer encargo ou a prestação de serviços aos Estados, Distrito Federal ou aos municípios sem a previsão de repasses financeiros necessários ao seu custeio".

3. Consórcio público e a análise jurídica da promoção de políticas públicas

A invocação dessa personalidade jurídica criada no sistema brasileiro busca as transformações na ordem social e econômica da educação, saúde, cultura, ciência, tecnologia e inovação, dentre outros.

Os consórcios como instrumento das políticas públicas atuam em razão das transformações necessárias na execução da política de governo e aproximam os referenciais teóricos do Direito da parte prática. A utilização dos avanços das ferramentas do Direito para propor a melhoria de atuação do Estado é parte fundamental dessa figura jurídica.

Nesse sentido, como bem lembra Lyra Filho, “o direito é o modelo avançado de legítima organização social da liberdade”¹⁷.

Buscando essa linha de transformação na descentralização da administração, tem-se nos consórcios públicos uma verdadeira revolução de organização do Estado como Ente personalizado de execução das políticas públicas. Isso porque, conforme ensina Canotilho, podem ser conferidas aos consórcios as competências atribuíveis às entidades da administração indireta em geral (art. 2º da Lei 11.107/2005 e do Decreto 6.017/2007, que regulamentou a lei mencionada). Mas, naturalmente, se o objeto principal for o exercício de atividades de poder de política administrativa ou de regulação, deverá revestir a novel forma autárquica de associação pública¹⁸.

Por outro lado, deve-se analisar que a competência para promover políticas públicas é de responsabilidade comum dos três Entes da Federação, devendo, portanto, a administração pública compartilhar responsabilidades essenciais à sociedade, a exemplo da saúde, da educação e da recente Emenda

17 LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1982. p. 121.

18 CANOTILHO, J.J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2.172.

Constitucional 85/2015, que inseriu dispositivo que trata sobre tecnologia, pesquisa e inovação.

Assim, a promoção de políticas públicas, por meio dos Entes federativos, é de igual responsabilidade da União, dos Estados e dos Municípios, conforme assim dispõem os incisos do art. 23 da Constituição Federal, *in fine*, pois nosso sistema jurídico brasileiro contempla a estrutura de Federação trina¹⁹, sendo disciplinada na própria Constituição a competência territorial de cada Ente federativo. Cada um deles com distintas áreas de poder privativo ou de competência comum, a exemplo do citado artigo, assim transcrito:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II- cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Nesse sentido, Fux²⁰ explica que o “Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os Entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação delas”.

Nessa linha, existem consórcios que atuam no setor da saúde e que adquirem medicamentos com mais rapidez e de forma menos onerosa às prefeituras, pois comprar grandes quantidades para realizar a distribuição dos insumos nos Municípios consorciados. Alguns implementam programas de atendimento à comunidade e contribuem com a oferta de serviços públicos de qualidade à so-

19 A Constituição Federal de 1988 contemplou três Entes da Federação dotados de autonomia administrativa e legislativa, desenhando o sistema de Federação trina. Conforme art. 1º, a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. Nesse sentido, a inovação de autonomia para os Municípios na Carta Magna permitiu um avanço de proteção e abrangência jamais vista nas Constituições anteriores.

20 RE 607.381AgR, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 31-5-2011, Primeira Turma, DJE de 17-6-2011.

cidade, sendo o caso do Consórcio Intermunicipal dos Municípios da região Centro Leste do Estado de Rondônia (Cimcero).

O Cimcero é composto por mais de 20 Municípios²¹ e foi criado em 1997 na forma administrativa e, após a entrada em vigência da lei dos consórcios, se tornou efetivamente autarquia especial dos Entes públicos. Atua em três eixos: infraestrutura, meio ambiente e saúde. O consórcio possui o Programa Agendamento²² no setor da saúde, criado em 2010 para atender a demanda municipal no Estado de Rondônia, visando a diminuir a fila de atendimento do Sistema Único de Saúde (SUS). Atualmente o consórcio atende em média a 8 mil pacientes por mês no posto de agendamento. Isso permite que clínicas e laboratórios particulares credenciados nas cidades de Ji-Paraná, Cacoal, Rolim de Moura, Porto Velho e Ministro Andreazza realizem atendimentos para exames e cirurgias. Para realizar os agendamentos na rede credenciada ao consórcio, basta o paciente ir em um centro de agendamentos nas cidades citadas, levando consigo o pedido do médico (solicitação de exame ou encaminhamento médico)²².

No que diz respeito a outras áreas, como a cultura, educação e ciência, temos o inc. V, do art. 23, da Constituição, *in verbis*: “

V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação (Redação da EC 85/2015)”.

Eros Grau, que foi relator da ADI 1.950, explica que:

Referente à Lei 7.844/1992 do Estado de São Paulo. A meia-entrada assegurada aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino. Ingresso em casas de diversão, esporte, cultura e lazer. (...) Se de um lado a Constituição asse-

21 O consórcio é composto pelos seguintes Municípios: São Francisco do Guaporé, São Miguel, Novo Horizonte, Primavera de Rondônia, Santa Luzia, Alto Alegre, Cabixi, Corumbiara, Colorado do Oeste, Espigão do Oeste, Vale do Paraíso, Mirante da Serra, Teixeirópolis, Ouro Preto, Nova União, Jaru, Machadinho e Guajará Mirim.

22 Informações acessadas pelo *site* do consórcio, disponível em: <

<http://www.consorciopublico.ro.gov.br/home/programa-agendamento-em-saude/>>. Acesso em: 3 abr. 2017.

gura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, V, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes.” (ADI 1.950, rel. min. Eros Grau, julgamento em 3-11-2005, Plenário, DJ de 2-6-2006.)

Exemplo desse mecanismo de atendimento à educação é a promoção da política pública de proteção à criança e adolescente. Nesse sentido, três Municípios do Estado de Rondônia (Santa Luzia, Parecis e Alto Alegre dos Parecis) tiveram que assinar um Termo de Ajuste de Conduta perante o Ministério Público Estadual para construir a “casa da criança” como medida de execução dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Essa necessidade foi feita por meio de um consórcio público intermunicipal, criado justamente para essa finalidade.

Veja-se que a construção de uma unidade protetora e promotora depreende fatores econômicos, sociais e políticos. Os Municípios citados terão que seguir padrões rigorosos para a construção desse imóvel, obedecendo metragens e regras predeterminadas, bem como terão que organizar a contratação de especialistas e cuidadores. Essas operacionalizações serão geridas e governadas pelo consórcio, que descentralizou a atuação das administrações públicas da Secretaria de Educação e Cultura, cumprindo assim a responsabilidade imposta pela Constituição e norma infraconstitucional.

Nos quesitos habitação e saneamento básico, tem-se o inc. IX, assim transcrito:

“Art. 23 [...]

IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

Nesse contexto, Gilmar Mendes explica o dispositivo que os consórcios públicos podem ser uma alternativa para executar as políticas públicas habitacionais:

O interesse comum inclui funções públicas e serviços que atendam a mais de um Município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como serviços supramunicipais. [...] O art. 23, IX, da CF conferiu competência comum à União, aos Estados e aos Municípios para promover a melhoria das condições de saneamento básico. Nada obstante a competência municipal do poder concedente do serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas – como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto – que comumente ultrapassam os limites territoriais de um Município, indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico. A função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum no caso de instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos do art. 25, § 3º, da CF. Para o adequado atendimento do interesse comum, a integração municipal do serviço de saneamento básico pode ocorrer tanto voluntariamente, por meio de gestão associada, empregando convênios de cooperação ou consórcios públicos, consoante o arts. 3º, II, e 24 da Lei federal 11.445/2007 e o art. 241 da CF, como compulsoriamente, nos termos em que prevista na lei complementar estadual que institui as aglomerações urbanas. [...] O interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função de saneamento básico por apenas um Município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências para a saúde pública de toda a região. O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre Municípios e Estado. É necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente

se concentrem nas mãos de um único Ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos Municípios. Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos Municípios e pelo Estado federado. A participação dos Entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um Ente tenha predomínio absoluto. (ADI 1.842, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, julgamento em 6-3-2013, Plenário, DJE de 16-9-2013)

Em pesquisas, verificou-se que existem consórcios que atuam muito antes das exigências legais e também da própria lei de consórcios públicos. É o caso do Consórcio Intermunicipal de Resíduos Sólidos da Região Sul (Cirsures), em Santa Catarina.

Esse iniciou como consórcio privado em 2001, motivado por uma ação do Ministério Público, referente ao programa de reciclagem de lixo. Seis Municípios localizados no sul do Estado de Santa Catarina (Cocal do Sul, Lauro Müller, Morro da Fumaça, Orleans, Siderópolis, Treviso e Urussanga) instituíram o referido consórcio movidos pela necessidade de se adequarem à reciclagem e posteriormente à lei dos resíduos sólidos urbanos, isso quase dez anos antes da Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), colocada pela Lei 12.305/2010. Ampliando os trabalhos dos consórcios como política pública de inclusão social, além de colocar coleta seletiva de recicláveis, o consórcio público intermunicipal trabalha com a inclusão social de catadores. Portanto, vai muito além da disposição final de rejeitos em aterros sanitários e cumprem com outras obrigações da PNRS.

Conforme se constata das informações do próprio consórcio, os resultados foram além do esperado, colocando-se em destaque, conforme se observa dos trabalhos desenvolvidos:

Em decorrência do excelente trabalho realizado, sobretudo com a questão social dos catadores, em 2003 o consórcio recebeu da Caixa Econômica Federal o prêmio “Melhores Práticas em Gestão Local”.

O aterro do Cirsures iniciou as operações em março de 2004. Desde então o Cirsures vem apoiando atividades de reciclagem, em conjunto com a Cooperamérica (Cooperativa de catadores do Rio América), além de manter desde 2008 a coleta seletiva no Município sede do consórcio, Urussanga. Em dezembro de 2008 o Cirsures implantou a Coleta Seletiva em Urussanga.

Em 2010 foi realizada uma alteração estatutária no consórcio. A mudança de caráter jurídico do consórcio se deu em função da lei 11.107, a lei dos consórcios. Assim, de 2010 em diante, o Cirsures passou a ser um consórcio público de direito público. Já no ano de 2013, o Município de Siderópolis passou a fazer parte do Cirsures.

Em setembro de setembro de 2013 foi implantada a coleta seletiva em Cocal do Sul. Já em maio de 2014, o CIRSURES efetuou a compra de um caminhão com recursos próprios e a coleta seletiva foi implantada no Município de Treviso.

No mês de março de 2015, o consórcio efetuou a Expansão da Coleta Seletiva Intermunicipal nos Municípios de Urussanga, Cocal do Sul e Treviso. Já em maio de 2015, adquiriu um segundo caminhão com recursos próprios, o que possibilitou o consórcio implantar a coleta seletiva em Lauro Müller, Orleans e Siderópolis. Finalmente, em agosto de 2015, foi implantada a coleta seletiva em Morro as Fumaça, desta forma, os sete Municípios consorciados passaram a contar com mais este serviço. Atualmente o Cirsures atende uma população de mais de 100 mil e anualmente são dispostos aproximadamente 13.000 mil toneladas de resíduos. Os resíduos gerados pelos Municípios integrantes do consórcio são encaminhados primeiramente para triagem, para aproveitamento dos resíduos reciclados pela Cooperativa. Após esta etapa os rejeitos são encaminhados para as células de disposição para a destinação final no aterro sanitário. Os efluentes gerados no processo são encaminhados para a estação de tratamento (composta por lagoas anaeróbias, aeróbias e tratamento físico-químico). Anualmente são tratados aproxi-

madamente 7.200 m³ de chorume, minimizando os impactos ambientais na Micro Bacia do Rio Dos Americanos pertencente a Bacia Hidrográfica do Rio Urussanga. São realizadas quadrimestralmente medidas da qualidade final do efluente que acompanham os relatórios enviados para o órgão ambiental do Estado Fundação de Amparo Tecnológico do Meio Ambiente – Fatma.

Além do monitoramento do efluente, o Cirsures também controla a qualidade as águas subterrâneas, através dos poços piezométricos e anualmente monitora a qualidade das águas superficiais e efetua a análise toxicológica do efluente. Esses monitoramentos são enviadas à Fatma, através Relatório de Operação do Aterro Sanitário²³.

Nesse quesito, observa-se que os consórcios estão atuando em políticas públicas cada vez mais de forma consolidada, executando atividades operacionais das mais diversas áreas, como: saneamento básico, desenvolvimento urbano, transportes, meio ambiente, habitação, cultura, turismo, emprego e trabalho, assistência e desenvolvimento, saúde e educação.

4. Conclusão

Para cumprir com as diversas obrigações impostas pela Constituição e pelas leis criadas pelo Congresso Nacional sem apontamento de fonte de custeio, os Municípios, atualmente, vêm se organizando em formas cooperadas para ofertar serviços públicos. Esses são consequências das políticas públicas instituídas para atender ao bem comum social, com acesso à educação, saúde, cultura, tecnologia, inovação, dentre outras necessidades.

23 Informações acessadas no *site* do Cirsures. Disponível em: <<http://www.cirsures.sc.gov.br/institucional>>. Acesso em: 3 abr. 2017

Com isso, o presente trabalho teve o intuito de analisar de forma prática e analítica como os consórcios públicos se tornaram um instrumento executório de políticas públicas.

Conforme se constatou dos dados levantados em relação ao crescente número de consórcios públicos no Brasil, conclui-se que estes vêm dando importantes resultados positivos no cumprimento de metas públicas. Apurou-se que estão de fato atingindo suas finalidades tanto na oferta das devidas execuções para que foram criados, como no formato que estão obtendo seus resultados. Essa figura jurídica vem somando impactos positivos econômicos e sociais diante da necessidade crescente de atender às políticas públicas.

Nesse sentido, diante dos preceitos constitucionais vigentes e das normas reguladoras, o presente artigo demonstrou uma solução viável, por meio dos consórcios públicos, para a implantação de políticas públicas, apresentando resultados práticos e consolidados na construção de uma sociedade mais igualitária, proporcionando bem-estar comum e observando os escopos constitucionais.

A evolução e a necessidade de modernização da administração pública fez com que muitos Entes locais tivessem que dispor de equipamentos sofisticados e estrutura adequada, o que nem sempre pode ser obtido por meio da própria administração, sendo preciso descentralizar a oferta de serviços públicos.

Isso exige novas técnicas possíveis de serem implementadas na administração pública, tendo em vista o avanço da tecnologia e da necessidade real de obter resultados positivos, com qualidade e eficiência, sendo esses um dos princípios mais almejados atualmente e os mais cobrados pelos administrados.

Portanto, o presente trabalho deixa um espaço importante para obter novos métodos de medir qualitativamente a execução proporcionada pelos consórcios públicos, como um instrumento do federalismo cooperativo com política de Estado de promovedor das políticas públicas à sociedade.

5. Bibliografia

ALVES DE AZEVEDO, D. *A natureza jurídica das associações de Municípios e consórcios intermunicipais*. Disponível em: <<http://ibam.org.br>>. Acesso em 8 ago. 2016.

CALIENDO, P. O Poder Local na construção de uma nova realidade. In: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS. *A Concentração Tributária da União e o Financiamento das Políticas Públicas*. Revista Jurídica da CNM. Brasília: CNM, 2012.

CANOTILHO, J.J. G. et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2011.

CASTRO, M. F. *Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHRISPIM, A. C. D. et al. Consórcios municipais de administração tributária. In: ESCOLA SUPERIOR DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. *Cadernos de Finanças Públicas*. n. 11. Brasília: Esaf, dez. 2011, pp. 99-110.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS. *Consórcios Públicos Intermunicipais: uma alternativa à gestão pública*. Brasília: CNM, 2016.

CRETELA JUNIOR, J. *Direito administrativo municipal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LYRA FILHO, R. *O que é Direito*. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1982.

MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16a. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MENDES, Gilmar; SARLET, Igno Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. Coelho (coord.). *Direito, Inovação e Tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elia Braz (coord). *Consórcios Públicos: instrumento de federalismo cooperativo*. Belo Horizonte, Fórum, 2008.

RAVANELLI, Paula. *Consórcio Público: o instrumento de realização de um federalismo cooperativo e democrático no Brasil*. 2008. Dissertação (Mestrado). Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

VEDANA, Celso. *Federalismo: autonomia tributária formal dos Municípios*. Florianópolis: Habitus, 2002.

A PARTICIPAÇÃO DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS DIANTE DO TRATAMENTO DIFERENCIADO GARANTIDO PELA LEI COMPLEMENTAR 123/06

Carlos Felipe Gonçalves Demetrio¹

Moiseis de Matos²

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar a participação das micro e pequenas empresas nos processos licitatórios diante dos privilégios garantidos pela Lei Complementar 123/2006. Para tal, têm-se como objetivos específicos: explicar as vantagens concedidas às microempresas e em-

1 Procurador jurídico do Município de Capão Bonito (SP). Advogado autônomo. Pós-graduado, *Lato Sensu* em Direito Público com ênfase em Gestão Pública pela Faculdade Damásio de Jesus.

2 Membro da Comissão Permanente de Licitações e equipe de apoio na Comissão de Pregão do Município de Itararé (SP). Pós-graduado, *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade Anhanguera.

presas de pequeno porte nas licitações públicas; demonstrar as alterações realizadas pela Lei Complementar 147/2014 no tocante às aquisições públicas; discorrer sobre o princípio da igualdade, buscando na Constituição Federal (CF) e na Lei 8.666/1993 sua previsão; estudar o tratamento diferenciado pela ótica do princípio constitucional da igualdade; e, por fim, buscar esclarecer, diante dos estudos realizados, as implicações dos benefícios para o processo licitatório.

Palavras-chave: Microempresa e Empresa de Pequena Porte. Licitações. Tratamento Diferenciado.

1. Introdução

O tratamento diferenciado concedido às micro e pequenas empresas quando participarem das aquisições públicas é matéria típica do Direito Administrativo. Por estar diretamente afeto às licitações públicas, será inicialmente estudado este importante processo administrativo, garantidor de direitos e proteção dos indivíduos contra o poder estatal.

Será analisada a licitação como uma garantia ao Estado Democrático de Direito. Conceituar-se-á esse procedimento, demonstrando quais são os dispositivos legais regulamentadores das licitações.

Em sequência, abordar-se-ão as microempresas e empresas de pequeno porte, definindo quais os critérios para a inserção nesta categoria, como se dá a participação nas aquisições públicas e quais são os principais benefícios garantidos pela LC 123/2006.

Por fim, discorrer-se-á acerca do princípio constitucional da igualdade em face do tratamento diferenciado concedido pela LC 123/2006, analisando se o tratamento diferenciado o ofende.

2. Licitação, uma garantia ao Estado Democrático de Direito

Inicialmente, cabe esclarecer que a licitação é um procedimento disciplinado pelo Direito Administrativo, o qual está inserido no ramo do Direito Público. Dessa forma, esse processo é um dos instrumentos utilizado pelo direito administrativo para efetivação das garantias pertencentes a um Estado Democrático de Direito.

O Direito Administrativo só ganhou espaço a partir do momento em que o absolutismo foi perdendo força. Antes, o poder era centralizado e irrisório; com o fortalecimento de ideais democráticos, surgiram instrumentos delimitadores do poder estatal.

Nos ensinamentos de Maria Silvia Zanella Di Pietro:

A formação do direito administrativo teve início, juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado Moderno – o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o *princípio da legalidade* (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o *princípio da separação de poderes*, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado. (DI PIETRO, 2015)

Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 47-48) reforça a ideia de que o Direito Administrativo é uma proteção para o administrado, ao tratá-lo como um escudo, uma arma do cidadão contra o uso desatado do poder, afirmando ser por excelência um direito defensivo do cidadão.

Nesse sentido, a licitação, juntamente com outros institutos jurídicos do Direito Administrativo, é um importante instrumento garantidor do Estado Democrático de Direito, posto que limita poderes estatais, garantindo a reali-

zação de procedimentos preestabelecidos, respeitando o ordenamento jurídico e seus princípios norteadores.

2.1. Conceito de licitação

Preliminarmente, cabe delimitar o conceito de licitação. Para Maria Silvia Zanella Di Pietro, conforme trecho transcrito a seguir, a licitação é um procedimento, uma série de atos preparatórios nos quais a administração buscará a proposta mais adequada para celebrar o futuro contrato.

[...] pode-se definir a licitação como o procedimento administrativo pelo qual um Ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato. (DI PIETRO, 2013, p. 373)

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir. (MELLO, 2013, p. 532)

Dessa forma, a licitação pode ser compreendida como uma fase procedimental inicial, a qual precede as compras públicas, sempre realizada de forma isonômica e vinculada aos ditames previamente estabelecidos nos ins-

trumentos convocatórios, perseguindo a busca da proposta mais vantajosa para efetivação do contrato.

2.2. Dispositivos legais regulamentadores das licitações

A previsão constitucional encontra-se consubstanciada no inc. XXI, art. 37, do capítulo VII da CF de 1988: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes [...]” (BRASIL, 1999).

Visando a disciplinar o tema, em 21 de junho de 1993 foi promulgada a Lei 8.666, diploma que regulamenta o dispositivo constitucional instituindo normas gerais para licitações e contratos da administração pública.

Em 2002, a Lei 10.520 criou uma nova modalidade licitatória, surgiu o pregão para aquisição de bens e serviços comuns, prevendo também sua realização na forma eletrônica, sendo posteriormente regulamentada em 2005, por meio do Decreto 5.450.

Ainda que expostos de forma bastante sucinta, esses são os principais diplomas normativos que regem a disciplina das licitações no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3. Princípios aplicáveis à licitação

Como visto, a licitação é um procedimento administrativo, portanto os princípios previstos no art. 37 da Constituição Federal de 1988, obrigatórios à Administração Pública, também lhe são aplicáveis.

Todavia, além da observância obrigatória aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, existem princípios que são exclusivos do procedimento licitatório.

Previstos no art. 3º da Lei 8.666/1993, a vinculação ao instrumento convocatório, a adjudicação obrigatória e o julgamento objetivo das propostas garantem ao licitante maior segurança, exigindo um comportamento isonômico da administração pública (BRASIL, 1993).

3. Microempresas e empresas de pequeno porte

No intuito de diminuir as desigualdades sociais e incentivar o desenvolvimento econômico do país, foi promulgada a Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, Lei Complementar 123/2006, que estabelece uma série de facilidades aos pequenos negócios.

Conforme seu art. 1º, o Estatuto prevê “[...] tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [...]” (BRASIL, 2006).

Primeiramente, é necessário delimitar qual o requisito para classificação de uma empresa como micro ou pequena. Segundo o art. 3º da LC 123/2006, consideram-se microempresa ou empresa de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 do Código Civil, desde que devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso.

Para enquadrar-se como microempresa, deve auferir receita bruta igual ou inferior a R\$ 360 mil; no caso da empresa de pequeno porte, o valor auferido deve ser superior ao limite da microempresa e igual ou inferior a R\$ 3,6 milhões. Tanto para microempresa como para empresa de pequeno porte o valor auferido deve ser em cada ano-calendário (BRASIL, 2006).

Expostos os requisitos para enquadramento como micro ou pequena empresa, bem como explanada qual a legislação que rege o tema, faz-se necessário direcionar o estudo para a matéria objeto deste trabalho, as compras públicas.

3.1. Das aquisições públicas

O capítulo V da LC 123/2006 estabelece diversos mecanismos denominados “tratamentos diferenciados”, os quais devem ser dispensados às microempresas e empresas de pequeno porte.

Esses instrumentos visam a aumentar a participação dessas empresas nas aquisições públicas, utilizando a administração pública para distribuir renda e fomentar o desenvolvimento econômico, permitindo, assim, maior desenvolvimento do micro e pequeno empresário.

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que o tratamento diferenciado e simplificado se dá em razão da promoção social nos âmbitos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, além do incentivo a inovações tecnológicas (2013, p. 545).

3.1.1. Benefícios concedidos pela LC 123/2006

Em atendimento ao disposto no art. 47 da LC 123/2006, as microempresas e empresas de pequeno porte devem ter tratamento diferenciado e simplificado nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal (BRASIL, 1996).

Destaca-se, aqui, a ampliação dos benefícios realizada pela Lei Complementar 147/2014. Anteriormente, a redação do art. 47 estabelecia que “poderia” ser dispensado tratamento simplificado e favorecido às micro e pequenas empresas; com o advento da nova redação, a previsão deixou de ser facultativa e passou a ser obrigatória, “deverá”.

Outro ponto ampliado diz respeito ao âmbito de aplicação dos benefícios. Inicialmente a LC 123/2006 afirmava que as contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios estariam sujeitas a conceder benefícios às micro e pequenas empresas. A LC 147/2014, trouxe uma nova redação, exigin-

do tratamento diferenciado de toda a administração pública, direta e indireta, inclusive autarquias e fundações, em todas as esferas governamentais.

Ampliação de benefícios igualmente importante ocorreu com a inserção do parágrafo único ao art. 47, conforme redação dada pela LC 147/2014: não havendo legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável às micro e pequenas empresas, deverá ser aplicada legislação federal.

Realizadas essas ponderações, de forma sucinta, destacam-se os benefícios assegurados pela LC 123/2006 na participação das micro e pequenas empresas em processos licitatórios, a saber: a) possibilidade de maior lapso temporal para apresentação dos documentos referente à regularidade fiscal; b) criação da figura do *empate presumido*, garantindo margem de preferência às micro e pequenas empresas; c) realização de processo licitatório exclusivamente para micro e pequena empresa; e d) possibilidade da exigência de subcontratação obrigatória de micro e pequena empresa nas licitações em que a vencedora não estiver inserida na Lei Complementar 123/2006 (BORRÉ, p.4).

3.1.1.1. Regularidade fiscal

Finalizados todos os atos internos do processo licitatório, é dada publicidade ao certame para que interessados em contratar com a administração formalizem suas propostas. O instrumento convocatório irá estabelecer dia e horário para que os proponentes, em sessão pública, apresentem envelopes de documentação e proposta.

Nessa etapa, ocorre a habilitação dos licitantes, momento em que os responsáveis pela condução do certame irão analisar se os participantes atenderam aos requisitos exigidos no instrumento convocatório, habilitando ou inabilitando, conforme o caso.

Segundo estabelece o art. 27 da Lei 8.666/1993 (BRASIL, 1993), na fase de habilitação deve ser cobrada documentação relativa à qualificação eco-

nômico-financeira, habilitação jurídica, qualificação técnica, declaração de que a empresa cumpre o disposto no art. 7, inc. XXXIII, da Constituição Federal, ou seja, “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos” (BRASIL, 1998); e por fim, comprovação de regularidade trabalhista e fiscal.

Um dos tratamentos diferenciados dispensados às micro e pequenas empresas está relacionado à regularidade fiscal. Inicialmente, cabe decifrar que consiste documentação fiscal. Como bem explica Meirelles:

Regularidade fiscal, como indica o próprio nome, é o atendimento das exigências do Fisco (quitação ou discussão dos tributos pelo contribuinte). Essa regularidade refere-se não só à inscrição no cadastro de contribuintes federal (CPF ou CNPJ), como, também, nos cadastros estadual e municipal, se houver, relativos ao domicílio ou sede do licitante. (2012, p. 325)

Importante destacar ainda, que a lei geral de licitações, no art. 29, incs. IV e V, exige prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, bem como prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho.

Em se tratando de microempresas ou empresas de pequeno porte, mesmo que se encontrem com restrições relativas à regularidade fiscal, não poderão ser impedidas de participarem da licitação, por força do art. 43 da LC 123/2006.

Esse dispositivo garante à micro e pequena empresa que estiver com restrições a apresentação da documentação, ainda que esteja irregular, dispondo de um prazo para comprovação da regularidade fiscal.

Esse prazo determinado pela LC 123/2006 inicialmente era de dois dias, e podia ser prorrogado por igual período. Todavia, a LC 147/2014 o ampliou para cinco dias úteis, podendo ainda ser prorrogado por igual período a critério da administração pública.

Caso não seja regularizada a documentação no prazo determinado, ocorrerá a decadência do direito à contratação, podendo ainda serem aplicadas as sanções previstas no art. 81 da Lei 8.666/1993.

3.1.1.2. *Empate presumido*

A situação do *empate presumido* ocorre na fase de julgamento das propostas de preços. Conforme preceitua o art. 44 da LC 123/2006, quando a proposta formulada pela micro e pequena empresa for igual ou até 10% superior à proposta mais bem classificada, ser-lhe-á assegurada preferência na contratação. Nas licitações realizadas pela modalidade pregão, o percentual é reduzido para 5% e deve ser oferecida pelo licitante no prazo máximo de cinco minutos após o encerramento da fase de lances (FILHO, 2014, p 318).

Assim, será permitido à empresa dentro do *empate ficto* reduzir o preço abaixo do que havia proposto o melhor ofertante não classificado como micro ou pequeno empresário. Havendo a redução, ser-lhe-á o objeto adjudicado; não havendo redução, serão chamadas sucessivamente as demais micro ou pequenas empresas que estiverem dentro do intervalo para formularem novas propostas (MELLO, 2013, p. 545).

3.1.1.3. *Procedimentos licitatórios especiais*

Objetivando efetivar a previsão de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, o art. 48, inc. I, da LC 123/2006 determina a realização de processo licitatório destinado exclusivamente a essas empresas, nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80 mil (BRASIL 2006).

A antiga redação desse artigo facultava a realização de licitação exclusiva para micro e pequena empresa, todavia a LC 147/2014 acabou com toda a discussão acerca da facultatividade, mudando a expressão “poderá” por “deverá”.

Em função da previsão de processo licitatório exclusivo para micro e pequena empresa, o inc. IV do art. 49 da LC 123/2006 sofreu alteração. Antes da LC 147/2014, não se aplicavam os benefícios previstos nos arts. 47 e 48, do mesmo postulado normativo, para as licitações dispensáveis ou inexigíveis, nos termos dos arts. 24 e 25 da lei geral de licitações e contratos.

Com a alteração, houve a criação de exceções. Atualmente os benefícios devem ser aplicados nos casos em que a licitação for dispensável pelo pequeno valor, situações em que os valores não ultrapassem 10% do limite da modalidade convite, nos termos do art. 24, incs. I e II, da Lei 8.666/1993.

Portanto, quando ocorrer dispensa de licitação justificada pelo pequeno valor do objeto, a administração pública deverá formalizar a compra preferencialmente com microempresas ou empresas de pequeno porte.

Outra previsão igualmente importante encontra-se no inc. II do art. 48 da LC 123/2006 e diz respeito à subcontratação compulsória de micro e pequena empresa (FERNANDES, 2013, p 40). Segundo esse inciso, nas licitações de obras e serviços pode a administração pública “[...] exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte” (BRASIL, 2006).

Destaca-se novamente substancial alteração realizada pela LC 147/2014: inicialmente a subcontratação era limitada a 30% do valor do objeto licitado. Com a nova redação o limite foi suprimido; desta forma, pode haver subcontratação independentemente de qualquer proporção.

Por fim, o art. 48, no inc. III, prevê a obrigação de licitação com cota reservada a microempresas e empresas de pequeno porte. A exigência é para certames em que a administração pública deseje adquirir bens de natureza divisível, ocasião em que deverá reservar até 25% desse item para contratação com micro e pequena empresa.

A cota reservada à micro e pequena empresa é mais uma previsão que passou a ser obrigatória com o advento da LC 147/2014.

3.1.1.4. Aplicação do tratamento diferenciado e favorecido

Muito se discutiu acerca da necessidade de previsão editalícia sobre aplicação dos benefícios às micro e pequenas empresas, em razão do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Segundo José dos Santos Carvalho Filho, “[...] não se aplicam os critérios de tratamento diferenciado sem que haja expressa previsão no instrumento convocatório” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 322). A afirmação do doutrinador pautou-se na análise do art. 49, inc. I, conjuntamente com os arts. 47 e 48 da LC 123/2006. Conforme estabelecia esse inciso, os benefícios não deveriam ser concedidos às micro e pequenas empresas caso não fossem expressamente previstos no instrumento convocatório.

Todavia, a LC 147/2014 revogou esse dispositivo, tendo em vista que a previsão do tratamento diferenciado e favorecido passou a ser obrigatória, nos termos do art. 47.

Dessa forma, poderão as microempresas e empresas de pequeno porte requerer a concessão dos benefícios independentemente da previsão expressa no instrumento convocatório.

4. O princípio constitucional da igualdade em face dos benefícios concedidos pela Lei Complementar 123/2006

O princípio da igualdade, previsto inicialmente na Constituição Federal, em seu art. 37, inc. XXI, é uma das bases do procedimento licitatório, garantindo que nas aquisições públicas todos os licitantes concorram em igualdade de condições.

Igual previsão encontra-se na Lei 8.666/1993, que determina no *caput* do art. 3º que a licitação se destina a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, devendo ser processada e julgada em estrita conformidade, dentre outros, com o princípio da legalidade.

No mesmo sentido, o parágrafo 1º, inc. I, do art. 3º da Lei 8.666/1993 veda a previsão no instrumento convocatório de cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório (MELLO, 2014, p. 542).

Em decorrência de toda essa preocupação em garantir que o princípio da igualdade seja respeitado nos procedimentos licitatórios, houve discussões acerca da possibilidade da aplicação de tratamento diferenciado para as micro e pequenas empresas.

Para Marçal Justen Filho, a previsão de benefícios é problemática. Segundo o doutrinador, “[...] a Constituição não previu – ao menos, de modo explícito – preferência para pequenas empresas no âmbito das contratações administrativas” (JUSTEN FILHO, 2007, p 10).

Em contraponto, Jacoby Fernandes afirma que a discussão acerca da ofensa ao princípio da igualdade é destituída de fundamentos. Para ele, a própria Constituição reconheceu que as micro e pequenas empresas têm peculiaridades próprias e não veda discriminações.

Ao contrário, em certos casos até determina tratamento diferente. O que a Constituição veda é a discriminação não justificada, o que não é o caso dos benefícios concedidos as MPE. Assim, conferir tratamento diferenciado para as MPE não viola a isonomia, ao contrário, é imposição constitucional prevista nos art. 170, inc. IX, e art. 179. (FERNANDES, 2013, p. 23)

Seguindo o mesmo entendimento, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que a previsão de tratamentos diferenciados às microempresas e empresas de pequeno porte são exceções ao princípio da igualdade e não conflitam com o princípio da isonomia. Segundo a doutrinadora “[...] o tratamento diferenciado resulta da própria situação desigual dessas empresas em relação a outras que não têm a mesma natureza e encontra fundamento nos arts. 170, IX, e 179 da Constituição Federal” (DI PIETRO, 2014, p. 383).

5. Conclusão

O processo de licitação pública é uma grande garantia para os licitantes e também à população, visto que possibilita a participação de forma igualitária, sempre buscando o melhor para o interesse público.

No entanto, embora a Constituição Federal e a própria lei geral de licitações estimem o princípio da igualdade, existem no ordenamento jurídico brasileiro diversas previsões que concedem benefícios a determinadas categorias.

Uma das situações é o denominado tratamento diferenciado o qual deve ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, por força da LC 123/2006, ampliada pela LC 147/2014. Tem o objetivo de utilizar o poder de aquisições do governo para fomentar o desenvolvimento das micro e pequenas empresas, auxiliando no desenvolvimento econômico e contribuindo para a distribuição de renda.

A previsão de tratamento diferenciado pode ser considerada um privilégio que afronta o princípio da igualdade, todavia este tratamento possui previsão na Constituição Federal nos arts. 170, inc. IX, e 179.

Ademais, a previsão de benefícios decorre da própria situação de desigualdade entre estas empresas. Conforme já afirmara Aristóteles, o princípio da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

Em razão das alterações recentes, a jurisprudência, bem como a doutrina acerca do tema, ainda é escassa. Este trabalho tem o singelo escopo de trazer a baila as principais garantias asseguradas às microempresas e empresas de pequeno porte nas aquisições públicas, para que os postulados normativos sejam aplicados sempre buscando o objetivo principal da administração, o interesse público.

6. Bibliografia

BORRÉ, Tiago. *Microempresas/Empresas de Pequeno Porte em Licitações: consequências da participação fraudulenta à luz da atual jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/4959661>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. *Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006*. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Disponível em: <<http://www18.receita.fazenda.gov.br/legislacao/LeisComplementares/2006/leicp123.htm>>. Acesso em: 11 mar. 2017.

_____. *Lei Complementar 147, de 07 de agosto de 2014*. Altera a Lei Complementar 123, entre outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp147.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017.

_____. *Lei 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 13 mar. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro*. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-MARIA-S-ZANELLA-DI-PIETRO.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2017.

_____. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *O Governo Contratando com as Micro e Pequenas Empresas: o Estatuto da Micro e Pequena Empresa fomentando a economia do país*. Brasília: Sebrae, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas*. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2007

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

A REVISÃO DO PLANO DIRETOR NOS MUNICÍPIOS E OS ASPECTOS DE ACESSIBILIDADE

Alana Sonego Tartarotti¹

Fabio Scopel Vanin²

RESUMO:

O trabalho objetiva relacionar o debate da revisão do plano diretor dos Municípios com os critérios de acessibilidade indicados pela legislação brasileira. Nesses termos, é abordado como o tema está disposto na legislação, em especial, de acordo com as leis 10.098/2000 e 13.146/2015; e ainda, de que maneira a acessibilidade passa a integrar, por disposição legal, os debates de revisão do plano diretor dos Municípios, em especial por força do da inclusão do §3º no art. 41 do Estatuto da Cidade, que torna um dever a aos Municípios a cria-

1 Acadêmica de Direito do Centro Universitário da Serra Gaúcha, Caxias do Sul (RS).

2 Advogado e professor de graduação. Doutorando em Direito pela Unisc, mestre em Direito pela UCS e pós-graduado em Direito pela FGV/RJ. Possui cursos de desenvolvimento profissional pelo Lincoln Institute, de Cambridge, EUA. Coordena o Curso de Direito e o Centro de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário da Serra Gaúcha e é sócio do escritório Vanin Advogados.

ção de um plano de rotas acessíveis compatível com o plano diretor. Conclui-se que as determinações da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, em especial as modificações por ela promovidas no Estatuto da Cidade, colocam o tema em definitivo como uma das preocupações do Direito Urbanístico, tornando-se tema indispensável na revisão do plano diretor dos Municípios.

Palavras-chave: Acessibilidade. Cidades inclusivas. Revisão do plano diretor.

1. Introdução

A acessibilidade, tema de fundamental relevância para o desenvolvimento e do Estado e da sociedade brasileira, ainda que tardiamente vem ganhando espaço na pauta social, o que tem possibilitado avanço nas ações públicas e privadas objetivando a construção de cidades inclusivas, com a garantia cada vez maior de espaços acessíveis.

No aspecto jurídico, o ano de 2015 foi marcado pelo advento da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, representando um novo marco para a acessibilidade, uma vez que suas disposições, além de definirem novas diretrizes para a matéria, redundaram na alteração de outras normas, influenciando nos regramentos de Direito Urbanístico.

Pretende-se com este estudo trabalhar a questão da acessibilidade em âmbito municipal, tendo em vista que é no ambiente das cidades que a segregação das pessoas portadoras de deficiência fica evidenciada, visto que, ao longo da história, os equipamentos e a infraestrutura urbana, assim como as edificações, foram desenvolvidas sem preocupação com a parcela da população com limitações físicas, sobretudo referentes ao direito de locomoção.

O artigo busca, especificamente, relacionar as mudanças normativas decorrentes que a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ocasionou no Estatuto da Cidade e nas características dos elementos de urbanização, verificando se, de fato, o tema da acessibilidade passa a integrar, em definiti-

vo, a pauta do Direito Urbanístico nas discussões de revisão do plano diretor dos Municípios.

Para isso, o artigo é desenvolvido em quatro tópicos, que abordam, respectivamente, questões conceituais sobre as cidades inclusivas; os critérios legais de acessibilidade; o Estatuto da Cidade e a revisão do plano diretor a partir da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência; e os elementos de urbanização a partir desta nova norma.

2. Os critérios, conceito e diretrizes de acessibilidade

O direito às condições de acessibilidade arquitetônica para portadores de deficiência física é resultado de um processo histórico-social³. Esse direito surgiu no Brasil com a Emenda 12 à Constituição Federal de 1967, promulgada em 17 de outubro de 1978, que assegurou, dentre as hipóteses de melhoria da condição social e econômica da pessoa com deficiência, a possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos⁴.

A acessibilidade é um direito constitucional que auxilia a efetivação dos direitos a ela vinculados⁵. Significa permitir que pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida participem de atividades que incluam o uso de produtos, serviços e informação⁶. Por essa razão, deve atingir a todos os cidadãos, tendo em vista que, se esse direito for negado à pessoa portadora de deficiên-

3 NONATO, Domingos do Nascimento. Acessibilidade arquitetônica como direito humano das pessoas com deficiência. *Revista Científica Orbis*: vol. 2, n. 2, 2011, p. 158.

4 FEIJÓ, Alexandro Rahbani Aragão; PINHEIRO, Tayssa Simone de Paiva Mohana. Cidades inclusivas: acessibilidade como instrumento da sustentabilidade. In: *Congresso Internacional de Direito, Democracia e Inclusão – Universitas e Direito*, 2012. Maranhão. Anais do I Congresso Internacional de Direito, Democracia e Inclusão, p. 408.

5 *Idem, ibidem*, p. 410-411.

6 NONATO, Domingos do Nascimento. Acessibilidade arquitetônica como direito humano das pessoas com deficiência. *Revista Científica Orbis*: vol. 2, n. 2, 2011, p. 160.

cia, esta terá dificuldades em sua vida social, ensejando a marginalização, bem como a segregação social⁷.

A despeito de assim transparecer, a acessibilidade não se resume ao direito de locomoção, envolve também o direito à informação; logo, para que a pessoa com deficiência possa exercer a sua cidadania, é necessário que os direitos fundamentais sejam cumpridos⁸.

Esta ação é desenvolvida no espaço concreto do Município, que deve aplicar medidas de acessibilidade afim de que os ambientes se tornem disponíveis a todos, gerando, assim, um ambiente mais equilibrado⁹. A acessibilidade visa a proporcionar à pessoa com deficiência uma melhor qualidade de vida, visto que os direitos são os mesmos para todas as pessoas, porém nem todos têm condições para exercê-los, daí a importância da discriminação positiva, em que se criam condições para alcançar a igualdade.¹⁰

De acordo com a Norma Brasileira de Regulamentação (NBR) 9050:2004 (Associação Brasileira de Normas Técnicas, 2004), a acessibilidade é definida como a “possibilidade e condição de alcance, percepção e entendimento para a utilização com segurança e autonomia de edificações, espaço, mobiliário e equipamento urbano e elementos”¹¹. O entendimento atual é o de que a acessibilidade também compõe o conceito de cidadania, posto que é uma

7 FEIJÓ, Alexsandro Rahbani Aragão; PINHEIRO, Tayssa Simone de Paiva Mohana. Cidades inclusivas: acessibilidade como instrumento da sustentabilidade. In: *Congresso Internacional de Direito, Democracia e Inclusão – Universitas e Direito*, 2012. Maranhão. Anais do I Congresso Internacional de Direito, Democracia e Inclusão, p. 408.

8 NONATO, Domingos do Nascimento. Acessibilidade arquitetônica como direito humano das pessoas com deficiência. *Revista Científica Orbis*: vol. 2, n.2, 2011, p. 145.

9 ARELHANO, Marcos Vinicius; FUNES, Gilmara Pesquero Fernandes Mohr. *A Pessoa Portadora de Deficiência e o Direito de Locomoção: o Direito a um Ambiente Acessível*. Disponível em: < <http://inter temas.unitolledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1351/1290>>. Acesso em: 15 out. 2016.

10 FEIJÓ, Alexsandro Rahbani Aragão; PINHEIRO, Tayssa Simone de Paiva Mohana. Cidades inclusivas: acessibilidade como instrumento da sustentabilidade. In: *Congresso Internacional de Direito, Democracia e Inclusão – Universitas e Direito*, 2012. Maranhão. Anais do I Congresso Internacional de Direito, Democracia e Inclusão, p. 409.

11 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *ABNT NBR 9050 – Acessibilidade de pessoas portadoras de deficiência a edificações, espaço, mobiliário e equipamento urbano*. Rio de Janeiro, 2004, p. 2.

questão importante para a dignidade da pessoa humana com deficiência, como instrumento de bem-estar e desenvolvimento inclusivo¹².

A acessibilidade às cidades, às edificações e aos transportes está prevista na Constituição Federal de 1988, de forma implícita, nos fundamentos da República, quais sejam, cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º, incs. I e II); como objetivos fundamentais, em que se busca construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, incs. I e IV); e quando dispõe o art. 5º, caput, que todos são iguais perante a lei.¹³

De forma explícita, está prevista na Constituição nos arts. 227¹⁴ e 244¹⁵ e foi trazida à esfera infraconstitucional apenas no ano de 2000, em que foram regulamentados os arts. 227, § 2º e 244 da Constituição de 1988, pelas leis federais 10.048/2000 e 10.098/2000, consideradas como Estatuto da Acessibilidade em razão de sua importância¹⁶. A Lei 10.098/2000 dispõe sobre normas gerais e critérios básicos para promover a acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou que tenham mobilidade reduzida. A lei traz também a definição de acessibilidade em seu art. 2º, inc. I, qual seja:

[...] possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou

12 NONATO, Domingos do Nascimento. Acessibilidade arquitetônica como direito humano das pessoas com deficiência. *Revista Científica Orbis*: vol. 2, n.2, 2011, p. 158.

13 *Idem, ibidem*.

14 BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa, de 5 de outubro de 1988. 35. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. Art. 227.

15 BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa, de 5 de outubro de 1988. 35. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. Art 244.

16 FEIJÓ, Alessandro Rahbani Aragão; PINHEIRO, Tayssa Simone de Paiva Mohana. Cidades inclusivas: acessibilidade como instrumento da sustentabilidade. In: *Congresso Internacional de Direito, Democracia e Inclusão* – Universitas e Direito, 2012. Maranhão. Anais do I Congresso Internacional de Direito, Democracia e Inclusão, p. 410.

privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida.¹⁷

A acessibilidade tem como base o direito de igualdade, previsto genericamente no art. 5º, *caput*, visto que “é a materialização dos direitos de igualdade”¹⁸. A igualdade é a base do direito à inclusão social¹⁹.

Importante aduzir que a consecução do bem-estar para todos nos espaços urbanos requer a efetiva proteção e salvaguarda de diversos direitos fundamentais a ele direta ou indiretamente relacionados²⁰. Isso pressupõe que, para a realização do desenvolvimento urbano consoante os objetivos constitucionais, é imperioso considerar os diversos direitos fundamentais com o concomitante cumprimento das funções sociais da cidade, estas últimas compreendidas como o efetivo resultado da prestação dos serviços públicos necessários para que os cidadãos possam trabalhar, habitar, circular, desfrutar de atividades recreativas e de lazer nos espaços urbanos²¹.

Outro significativo avanço normativo foi a entrada em vigor da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência²², que gerou alterações tanto na já referida Lei n. 10.098/2000 – em especial quanto aos elementos de urbanização e sua rela-

17 NONATO, Domingos do Nascimento. Acessibilidade arquitetônica como direito humano das pessoas com deficiência. *Revista Científica Orbis*: vol. 2, n.2, 2011, p. 158.

18 FEIJÓ, Alexsandro Rahbani Aragão; PINHEIRO, Tayssa Simone de Paiva Mohana. Cidades inclusivas: acessibilidade como instrumento da sustentabilidade. In: *Congresso Internacional de Direito, Democracia e Inclusão* – Universitas e Direito, 2012. Maranhão. Anais do I Congresso Internacional de Direito, Democracia e Inclusão, p. 411.

19 NONATO, Domingos do Nascimento. Acessibilidade arquitetônica como direito humano das pessoas com deficiência. *Revista Científica Orbis*: vol. 2, n.2, 2011, p. 148.

20 SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto. Inclusão social e a pessoa com deficiência: analisando a questão da acessibilidade. *Intertemas: Revista Jurídica da Toledo de Presidente Prudente* –SP. Presidente Prudente, v. 14, nov. 2009, p. 141.

21 DIAS, Daniella Maria dos Santos. *Mobilidade e acessibilidade: direitos que fundamentam a atuação do Ministério Público para garantir o direito à cidade*. Disponível em: <<http://biblioteca.mppa.mp.br/ph182/capas/MOBILIDADE%20E%20ACESSIBILIDADE.pdf>>. Acesso em: 4 out. 2016.

22 BRASIL. „Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em <<<<https://goo.gl/1AGIXS>>>>. Acesso em 25 out. 2016.

ção com o planejamento urbano, como será estudado no último tópico – quanto no Estatuto da Cidade, impondo aos Municípios o dever de prever a temática da acessibilidade no plano diretor municipal, como será verificado a seguir.

3. O Estatuto da Cidade, plano diretor e a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência

O Estatuto da Cidade é uma norma que se origina da Constituição Federal, em especial do art. 182, em que consta que o objetivo da política urbana no Brasil é ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos seus habitantes. Será esse o objetivo que orientará qualquer construção normativa ou ação governamental dessa espécie a ser desenvolvida no território nacional.²³

Segundo Rocha, a efetivação da função social da cidade irá ser cumprida quando o direito à cidade puder ser exercido em sua plenitude: “isto inclui o direito à vida com dignidade, à moradia, à alimentação, à saúde, à segurança, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”²⁴. Nesse sentido, observado esse preceito, estaria garantido o bem-estar dos habitantes. Com igual entendimento, Cammarosano reforça que o objetivo principal da política urbana é garantir que a cidade seja direcionada aos anseios dos seus habitantes:

[...] parece certo que a finalidade mais imediata dos dispositivos constitucionais em questão é viabilizar a democratização das funções sociais da cidade em proveito de seus habitantes, prevendo mecanismos de promoção do adequado aproveitamento do solo urbano.²⁵

23 PINTO, Vitor Carvalho. *Direito Urbanístico: Plano Diretor e Direito de Propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. P. 117-128.

24 ROCHA, Julio César de Sá da. *Função Ambiental da Cidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 36.

25 CAMMAROSANO, Márcio. Fundamentos Constitucionais do Estatuto da Cidade. p. 21-26. In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 22.

O *caput* do art. 182 da Constituição, além de dispor sobre o objetivo orientador de toda a política pública a ser realizada no Brasil, aponta outras duas questões fundamentais: que o executor dessa política será o poder público municipal e que as diretrizes dessa política serão estabelecidas em lei, estando dispostas no art. 2º da Lei n. 11.257/2001, o Estatuto da Cidade²⁶.

Assim, da mesma forma que na Constituição Federal encontra-se o objetivo da política urbana, no Estatuto da Cidade estão dispostas as diretrizes que deverão ser observadas. Segundo Vichi, essa norma “serve como referencial jurídico para a consecução de políticas urbanas, cumprindo um papel fundamental de sistematização e ordenação coordenada das ações políticas” na cidade²⁷.

Pensar os objetivos constitucionais da política urbana relativos às “funções sociais da cidade”, assim como a “garantir o bem-estar dos seus habitantes”, sem relacioná-los com a ideia de cidade inclusiva seria algo inaceitável, em especial pelas ideias até aqui trabalhadas.

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência atenta à importância do Direito Urbanístico, em especial do instrumento plano diretor, e promoveu alterações no Estatuto da Cidade, visando a efetivar suas disposições e indicando novos parâmetros de planejamento urbano.

Uma das alterações que a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência promoveu no Estatuto da Cidade foi a inclusão dos incs. III e IV ao art. 3º. O inc. III dispõe sobre a competência da União, estipulando que cabe a este Ente federativo “promover, por iniciativa própria”, ou em conjunto com os demais, “programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais, de saneamento básico, das calçadas, dos passeios públicos, do mobiliário urbano e dos demais espaços de uso público”.

26 VICHI, Bruno de Souza. *Política Urbana: sentido jurídico, competências e responsabilidades*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 119.

27 *Idem, ibidem*, p. 122.

No inc. IV, do art. 3º, do Estatuto da Cidade, a alteração promovida pela Lei n. 13.146/2015 no estatuto definiu competir à União “instituir diretrizes para desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico, transporte e mobilidade urbana, que incluam regras de acessibilidade aos locais de uso público”.

Embora de relevante significância, visto que reforça que a preocupação com acessibilidade se configura em uma política nacional, o presente artigo visa a trabalhar, com mais atenção, a alteração promovida com a inclusão do §3º no art. 41, que torna um dever a criação pelos Municípios, um plano de rotas acessíveis compatível com o plano diretor.

Entende-se que tal determinação influenciará a revisão do plano diretor dos Municípios em todo o país, ainda mais neste momento, em que esta norma passa pelo processo de revisão em grande dos Municípios brasileiros, em decorrência da disposição do Estatuto da Cidades, que propôs como prazo de revisão da norma o período de dez anos. Antes de tratar de quais questões de acessibilidade deverão ser observadas no plano diretor, cabe trazer alguns aspectos sobre o que é esta norma e por que ela deve ser revisada.

O plano diretor, que é definido como “o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”, justamente por ser considerado “o mais importante instrumento de planificação urbana previsto no Direito Brasileiro”²⁸, deve ser abordado de forma cautelosa e consciente. É nele que estarão dispostas as exigências relacionadas à função social da propriedade, que deverá assegurar “o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas”²⁹.

Em muito contribui, na construção de uma visão mais crítica e elaborada sobre o alcance e as limitações do plano diretor, a ideia de Alochio, en-

28 CÂMARA, Jacintho Arruda. Plano Diretor. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio (Org.). *Estatuto da Cidade: Comentários à Lei 10.257/01*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 311.

29 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 7 jan. 2010.

tendendo que “não se pode continuar acreditando cegamente na ilusão de que o planejamento pelo planejamento seja a solução”³⁰.

O autor entende que o planejamento deve ser observado com ponderação, uma vez que “o planejamento urbano só será eficaz se for capaz de oferecer condições de reação quando os problemas das cidades se apresentarem em dado momento histórico”, ou seja, a efetividade estará na capacidade de identificar e enfrentar os efeitos decorrentes de um problema³¹.

Assim, Alochio sustenta que o planejamento urbanístico não pode ser estático, sendo necessário que exista uma “visão dinâmica e evolutiva” acerca do plano. Esse processo envolveria, como “uma das principais funções do plano, a realização de um levantamento exaustivo da situação existente, bem como o fato que deflagrou a causação da realidade atual”. Essa construção seria indispensável para que os Municípios adotassem “planos devidamente estruturados e adequados às suas realidades”³².

Essa “mobilidade das normas urbanísticas” se faz necessária, segundo Miranda, pois os problemas de ocupação urbana “evoluem com o tempo, e a forma de os resolver tem de acompanhar esse dinamismo”³³. Nesse quadro existem duas constatações pertinentes, que contrariam a ideia do plano diretor como um planejamento estático e imutável: o poder público se vê diante da “necessidade de alteração frequente da legislação e da regulamentação dos planos urbanísticos” e “as regras de urbanismo têm, por natureza, um caráter temporário”³⁴.

30 ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. *Plano Diretor e Estatuto da Cidade: medidas cautelares e moratórias urbanísticas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. p. 87-89.

31 *Idem, ibidem*, p. 91.

32 *Idem, ibidem*, p. 126.

33 MIRANDA, João. *A dinâmica jurídica do planejamento territorial: a alteração, a revisão e a suspensão dos planos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 14.

34 ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. *Plano Diretor e Estatuto da Cidade: medidas cautelares e moratórias urbanísticas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. p. 126.

As questões trazidas pelos autores têm relação direta com tema da acessibilidade. O fato de o tema ter recebido uma normatização recente reforça a ideia de que o planejamento, em alguns casos, precisa ser acompanhado de um dinamismo, visto que necessidade da construção de uma cidade inclusiva é premente e encontra respaldo, entre outros preceitos, nos objetivos fundamentais da política urbana.

Em outras palavras, o planejamento urbano não pode ser considerado como algo dado e necessita ser dinâmico para se adequar ao tema acessibilidade, pelas vinculações legais dispostas na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Uma das possibilidades é que essa adequação se dê no processo de revisão do plano diretor.

O Estatuto da Cidade prevê uma revisão periódica do plano diretor, pelo menos a cada dez anos. Segundo Alochio, “a revisão dos planos caracteriza-se como sendo uma reapreciação dos próprios critérios fundamentais de classificação e de qualificação adotados no plano em vigor”. Nessa reapreciação, pode haver a opção “a adoção de um modelo de planejamento novo”, o que o autor considera que seja a regra; a exceção consistiria em uma “revisão confirmativa, em que se julga prudente a manutenção do conteúdo do plano em vigor”. Assim, ao ser realizada a revisão do plano “o resultado do procedimento revisional pode acarretar tanto a confirmação do seu conteúdo, quanto à adoção de uma nova moldura de planejamento”.³⁵

O Estatuto da Cidade vigora desde 2001 e previu em seu art. 50 que os Municípios, obrigados pelo art. 41 a desenvolverem um plano diretor, teriam até 30 de junho de 2008 para aprová-lo. Dessa forma, encontram-se em discussão, como já dito, em todo o Brasil, os processos de revisão do plano diretor dos Municípios, sendo oportunidade ímpar para adequá-los às disposições da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

35 *Idem, ibidem*, p. 133.

Ainda que já se tenha encerrado eventual revisão e não se tenha observado os deveres relacionados à acessibilidade, tem-se claro que é necessário que o plano diretor preveja um processo de planejamento constante e dinâmico, não se fixando somente na ideia de revisão a cada dez anos. Tal postura é indispensável para que se possa responder aos anseios sociais e econômicos, como o que trata o presente artigo, a fim de que tais mudanças culminem nos objetivos propostos pelo Estado e, para isso, são necessárias respostas rápidas e convincentes dos mecanismos legais em relação a esta realidade.

A formulação e a implementação do plano diretor devem observar as diretrizes e objetivar um desenvolvimento urbano sustentável, o que inclui os preceitos de acessibilidade e ideia de cidade inclusiva, em especial pelo disposto no art. 41, §3º do Estatuto da Cidade.

Com o advento desse preceito, passa a ser responsabilidade dos governos locais atuarem com base nessa orientação, exigindo-se uma ação promotora, por meio da formulação e da implementação de instrumentos e políticas públicas que garantam uma cidade com acessibilidade, em especial, a partir da confecção do plano diretor.

Pelo disposto no referido dispositivo legal, incluído no Estatuto da Cidade pela Lei n. 13.146/2015, as cidades elencadas no art. 41 são obrigadas a “elaborar plano de rotas acessíveis” e que seja compatível ao plano diretor, sendo que este plano deve dispor acerca dos passeios públicos “com vistas a garantir acessibilidade da pessoa com deficiência ou mobilidade reduzida a todas as rotas e vias existentes”.

O dispositivo, que tem um viés abrangente, destaca ainda que também se incluem nessa determinação “os focos geradores de maior circulação de pedestres”, além dos “órgãos públicos e os locais de prestação de serviços públicos e privados de saúde, educação, assistência social, esporte, cultura, correios e telégrafos, bancos”, evidenciando que, tais determinações – sempre que possível – devem se dar “de maneira integrada com os sistemas de transporte coletivo de passageiros”.

Pela leitura do dispositivo legal, verifica-se que passa a ser um dever dos Municípios adequar o plano diretor a esses preceitos, que, em linhas gerais, relacionam a existência de um plano de rotas acessíveis apto a garantir passeios públicos que garantam acessibilidade a toda cidade, em especial nos locais de maior circulação de pedestres e de atendimento ao público, sempre atento à integração com o transporte coletivo.

Para compreender quais as características que devem ter os elementos de urbanização que compõem a cidade, tendo como base as diretrizes de cidade inclusiva, acessibilidade e mudanças do Estatuto da Cidade, é que se passa a abordar este tópico final.

4. Apontamentos sobre a acessibilidade e os elementos de urbanização a partir da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência

Além das modificações no Estatuto da Cidade, que conseqüentemente se desdobrarão no plano diretor dos Municípios, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência alterou alguns regramentos da Lei Federal 10.098/2000, dando novas diretrizes às regras de acessibilidade, orientando como os elementos de urbanização devem ser implementados, objetivando-se a ideia de cidade inclusiva.

A Lei Federal 10.098/2000, que visa a estabelecer “normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida” por meio da “supressão de barreiras e de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação”³⁶, dispõe, no seu Capítulo II (art. 3º ao 7º), diretrizes para os elementos de urbanização.

36 BRASIL. *Lei 10.098 de 19 de dezembro de 2016*. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras

Em decorrência da entrada em vigor da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, o art. 3º *caput* da Lei de Acessibilidade recebeu nova redação, assim como foi acrescido um parágrafo único, ambos com relevância ao tema abordado neste trabalho.

Verifica-se, neste ponto, duas adequações muito claras: no *caput* a inclusão da expressão “para todas as pessoas”, tornando o artigo aplicável não somente as com “deficiência” ou “mobilidade reduzida”, o que reforça a ideia de não segregação destes grupos, visto que a cidade inclusiva visa a atender a todos em um mesmo ambiente.

No parágrafo único, a preocupação do legislador com a questão do passeio público, que reforça e sistematiza a inclusão do art. 41, §3º do Estatuto da Cidade, determinando também neste ponto que ele é “elemento obrigatório de urbanização e parte da via pública” e reconhecendo sua destinação exclusiva “à circulação de pedestres e, quando possível, à implantação de mobiliário urbano e de vegetação”.

Os arts. 4º a 7º reforçam a estipulação da obrigatoriedade de que as vias e espaços públicos sejam acessíveis ou adaptados, observando-se, em alguns casos, as normas técnicas padronizadas da ABNT, o que impede, de alguma forma, a regulação estadual ou distrital.³⁷

Assim, para que ocorra a acessibilidade é necessário que se eliminem as barreiras arquitetônicas que de alguma forma prejudiquem o pleno exercício do direito de locomoção. A lei define barreiras arquitetônicas como sendo

providências. Disponível em: <<<https://goo.gl/Z9lkn1>>. Acesso em: 25 out. 2016. “Art. 1ª Esta Lei estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, mediante a supressão de barreiras e de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação.”

37 MAIA, Maurício. *Direitos das pessoas com deficiência: a Lei 10.098/2000 como norma geral* (2013). Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direitos-das-pessoas-com-deficiencia-a-lei-no-100982000-como-norma-geral,46254.html>>. Acesso em: 6 out. 2016.

qualquer entrave ou obstáculo que impeça o acesso, a liberdade de movimento e a circulação de pessoas.³⁸

Verifica-se também que a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência não indicou mudanças nos percentuais mínimos (art. 4º, parágrafo único e art. 7º, parágrafo único) previstos na Lei de Acessibilidade. Tal reflexão é importante por considerar-se que tal percentual é baixo, podendo-se afirmar que, se a lei local pretendesse reservar menos do que o previsto na lei federal, nenhuma proteção teriam as pessoas com deficiência; logo, esta lei deve garantir um mínimo de proteção ao direito a ser tutelado, sob pena de este restar totalmente desamparado.³⁹

O direito de locomoção do portador de deficiência é violado quando as edificações, elementos de urbanização, mobiliário urbano e transportes públicos não são acessíveis a ele⁴⁰. O mobiliário urbano, de acordo com a Lei 10.098/2000, é, em linhas gerais, o conjunto de objetos existentes nos espaços públicos, adicionados aos elementos de urbanização ou de edificação, de modo que sua modificação não provoque alterações significantes nestes elementos, tais como semáforos, postes de sinalização, entre outros⁴¹.

Da mesma maneira, o elemento de urbanização é conceituado como qualquer componente das obras de urbanização, como a pavimentação, iluminação pública, distribuição de energia elétrica.⁴²

38 VIEIRA, Bruno Jungr. O direito de acesso à locomoção dos deficientes físicos às edificações, espaço, mobiliário e equipamentos urbanos públicos. *Vox Forensis*, Espírito Santo do Pinhal, v. 2, n. 3, jul./set. 2009, p. 295.

39 MAIA, Maurício. *Direitos das pessoas com deficiência: a Lei 10.098/2000 como norma geral* (2013). Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direitos-das-pessoas-com-deficiencia-a-lei-10-100982000-como-norma-geral,46254.html>>. Acesso em: 6 out. 2016.

40 VIEIRA, Bruno Jungr. O direito de acesso à locomoção dos deficientes físicos às edificações, espaço, mobiliário e equipamentos urbanos públicos. *Vox Forensis*, Espírito Santo do Pinhal, v. 2, n. 3, jul./set. 2009, p. 295.

41 *Idem, ibidem*, p. 278.

42 *Idem, ibidem*, p. 278.

Sendo assim, o Capítulo II da Lei de Acessibilidade visa a indicar os meios de tornar acessíveis os elementos de urbanização, as vias públicas, os parques, entre outros espaços públicos, tratando do desenho e da localização do mobiliário urbano, com a observância as normas técnicas de acessibilidade da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).⁴³

As disposições trazidas nos arts. 3º a 7º⁴⁴ estabelecem diretrizes acerca da acessibilidade nas vias e espaços públicos, sem qualquer especificação que não permita o detalhamento pelo legislador local, fixando limites e normas técnicas mínimas que devem ser observadas nestes espaços. Esse detalhamento, pelas normas em vigor, em especial os dispositivos incluídos pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, deve originar-se de um plano de rotas acessíveis, compatível com o plano diretor municipal de cada localidade,

43 *Idem, ibidem*, p. 277.

44 BRASIL. *Lei 10.098 de 19 de dezembro de 2016*. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: <<https://goo.gl/Z9lknI>>. Acesso em: 25 out. 2016. "Art. 3º-O planejamento e a urbanização das vias públicas, dos parques e dos demais espaços de uso público deverão ser concebidos e executados de forma a torná-los acessíveis para todas as pessoas, inclusive para aquelas com deficiência ou com mobilidade reduzida. Parágrafo único. O passeio público, elemento obrigatório de urbanização e parte da via pública, normalmente segregado e em nível diferente, destina-se somente à circulação de pedestres e, quando possível, à implantação de mobiliário urbano e de vegetação. Art. 4º As vias públicas, os parques e os demais espaços de uso público existentes, assim como as respectivas instalações de serviços e mobiliários urbanos deverão ser adaptados, obedecendo-se ordem de prioridade que vise à maior eficiência das modificações, no sentido de promover mais ampla acessibilidade às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. Parágrafo único. Os parques de diversões, públicos e privados, devem adaptar, no mínimo, 5% (cinco por cento) de cada brinquedo e equipamento e identificá-lo para possibilitar sua utilização por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, tanto quanto tecnicamente possível. Art. 5º O projeto e o traçado dos elementos de urbanização públicos e privados de uso comunitário, nestes compreendidos os itinerários e as passagens de pedestres, os percursos de entrada e de saída de veículos, as escadas e rampas, deverão observar os parâmetros estabelecidos pelas normas técnicas de acessibilidade da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT. Art. 6º Os banheiros de uso público existentes ou a construir em parques, praças, jardins e espaços livres públicos deverão ser acessíveis e dispor, pelo menos, de um sanitário e um lavatório que atendam às especificações das normas técnicas da ABNT. Art. 7º Em todas as áreas de estacionamento de veículos, localizadas em vias ou em espaços públicos, deverão ser reservadas vagas próximas dos acessos de circulação de pedestres, devidamente sinalizadas, para veículos que transportem pessoas portadoras de deficiência com dificuldade de locomoção. Parágrafo único. As vagas a que se refere o caput deste artigo deverão ser em número equivalente a dois por cento do total, garantida, no mínimo, uma vaga, devidamente sinalizada e com as especificações técnicas de desenho e traçado de acordo com as normas técnicas vigentes."

e ser complementado nos respectivos códigos municipais de obras e posturas, para garantir o exercício do poder de polícia quando do seu descumprimento.

Dessa forma, com a entrada em vigor da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, e suas alterações promovidas no Estatuto da Cidade e na Lei de Acessibilidade, assim como o dever de compatibilidade do plano diretor dos Municípios, com suas diretrizes gerais, fazem o tema da acessibilidade ser trazido em definitivo para o Direito Urbanístico, sendo obrigatoriedade legal seguir as diretrizes de cidades inclusivas no planejamento urbano dos Municípios brasileiros.

5. Conclusão

Diante do exposto, resta claro que inúmeras alterações foram efetuadas no Estatuto da Cidade e na Lei de Acessibilidade; tais mudanças representam um avanço no que tange à concretização dos direitos fundamentais em nossa sociedade, visto que protegem e procuram incluir o portador de deficiência (presente em todos os setores) ao cotidiano.

Observa-se que cada vez mais o país caminha para uma acessibilidade igualitária e sem barreiras, na qual toda a coletividade possa se locomover sem necessitar da ajuda de terceiros, podendo exercer com plenitude todas as suas atividades. Entretanto, ainda há muito que fazer, tanto no que se refere a políticas sociais, quanto em ações que promovam infraestrutura. As ações políticas, por conseguinte, devem ter uma visão holística, implementando instrumentos e políticas públicas que salvaguardem uma cidade com acessibilidade.

É necessário também reunir esforços da iniciativa privada e da sociedade civil a fim de que se tire da marginalidade esse grupo, tendo em vista que cabe a cada um, sobretudo ao poder público, construir a cidadania, bem como dar concretude aos instrumentos legais relacionados a esta questão. Por

ser a justiça o objetivo maior da democracia, lutar pelo direito à acessibilidade é construir cidadania para todos, especialmente aos portadores de deficiência.

Uma cidade inclusiva ainda não é uma realidade, e sim um ideal a ser perseguido. As normas em vigor, em especial as leis 10.098/2000 e 13.146/2015, representaram uma série de avanços, entre os quais a imposição de que seja previsto junto com plano diretor dos Municípios um plano de rotas acessíveis compatível com o seu conteúdo.

Tal determinação faz com que o tema da acessibilidade se torne obrigatório na revisão do plano diretor dos Municípios, trazendo-se em definitivo tal debate para o campo do Direito Urbanístico. Isso poderá representar uma possibilidade ainda maior de que as políticas públicas de planejamento urbano tenham atenção a esse importante e sensível tema, em especial, porque a consecução dos objetivos fundamentais da política urbana no Brasil passa pela transformação dos Municípios em cidades inclusivas.

6. Bibliografia

ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. *Plano Diretor e Estatuto da Cidade: Medidas Cautelares e Moratórias Urbanísticas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

ARELHANO, Marcos Vinicius; FUNES, Gilmara Pesquero Fernandes Mohr. *A Pessoa Portadora de Deficiência e o Direito de Locomoção: o direito a um ambiente acessível*. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1351/1290>>. Acesso em: 15 out. 2016.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *ABNT NBR 9050*, Acessibilidade de pessoas portadoras de deficiência a edificações, espaço, mobiliário e equipamento urbano. Rio de Janeiro, 2004.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa, de 5 de outubro de 1988. 35. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 7 jan. 2010.

_____. *Lei 10.098 de 19 de dezembro de 2016*. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: <<<https://goo.gl/Z9lkn1>>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. *Lei 13.146 de 6 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em <<https://goo.gl/IAGIXS>>. Acesso em: 25 out. 2016.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Plano Diretor. In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio (Org.). *Estatuto da Cidade: Comentários à Lei 10.257/01*. São Paulo: Malheiros, 2002.

CAMMAROSANO, Márcio. *Fundamentos Constitucionais do Estatuto da Cidade*. p. 21-26. In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIAS, Daniella Maria dos Santos. *Mobilidade e acessibilidade: direitos que fundamentam a atuação do Ministério Público para garantir o direito à cidade*. Disponível em: <<http://biblioteca.mppa.mp.br/phl82/capas/MOBILIDADE%20E%20ACESSIBILIDADE.pdf>>. Acesso em: 4 out. 2016.

FEIJÓ, Alexsandro Rahbani Aragão; PINHEIRO, Tayssa Simone de Paiva Mohana. Cidades inclusivas: acessibilidade como instrumento da sustentabilidade. In: *Congresso Internacional de Direito, Democracia e Inclusão – Universitas e Direito*, 2012. Maranhão. Anais do I Congresso Internacional de Direito, Democracia e Inclusão.

MAIA, Maurício. *Direitos das pessoas com deficiência: a Lei 10.098/2000 como norma geral* (2013). Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direitos-das-pessoas-com-deficiencia-a-lei-no-100982000-como-norma-geral,46254.html>>. Acesso em: 6 out. 2016.

MIRANDA, João. *A dinâmica jurídica do planejamento territorial: a alteração, a revisão e a suspensão dos planos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

PINTO, Vitor Carvalho. *Direito Urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROCHA, Julio César de Sá da. *Função Ambiental da Cidade*. São Paulo: Juares de Oliveira, 1999.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto. Inclusão social e a pessoa com deficiência: analisando a questão da acessibilidade. *Intertemas: Revista Jurídica da Toledo de Presidente Prudente (SP)*. Presidente Prudente, v. 14, nov.2009.

VICHI, Bruno de Souza. *Política Urbana: sentido jurídico, competências e responsabilidades*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

VIEIRA, Bruno Jungr. O direito de acesso à locomoção dos deficientes físicos às edificações, espaço, mobiliário e equipamentos urbanos públicos. *Vox Forensis*, Espírito Santo do Pinhal, v. 2, n. 3, jul./set. 2009.

PRIMEIRAS IMPRESSÕES ACERCA DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE ACORDO COM A MEDIDA PROVISÓRIA 759/2016

João Pedro Lamana Paiva¹

RESUMO: Este artigo apresenta as primeiras impressões acerca das normas aplicáveis à regularização fundiária urbana, de acordo com as disposições baixadas pela Medida Provisória 759/2016, como sucessoras do modelo de regularização estabelecido pela Lei 11.977/2009.

Palavras-chave: Regularização Fundiária Urbana. Medida Provisória 759/2016.

¹ Oficial do Registro de Imóveis da 1ª Zona de Porto Alegre, presidente da Fundação Escola Notarial e Registral do RS (Enore), vice-presidente do Colégio Registral do RS, membro da Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário e ex-presidente do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib). Este artigo foi finalizado em Porto Alegre (RS), em 31 mar. 2017. Contato com o autor pelo *e-mail*: cartório@lamanapaiva.com.br

1. Sobre a aplicação das novas normas e das normas revogadas

Em recente evento promovido pela Fundação Escola Notaria e Registral do Rio Grande do Sul (Fundação Enore) para debater a Medida Provisória 759, editada pelo governo federal no final do ano de 2016 dispondo sobre normas de regularização fundiária urbana e rural, houve praticamente unanimidade de opiniões no sentido de que há muito que se discutir a respeito dessa recente norma. Ela estabeleceu um novo modelo de regularização fundiária para o país, abandonando as normas até então albergadas na Lei 11.977/2009, que era o principal diploma legal regulador da matéria.

O impacto produzido pela nova normatividade com força de lei tem se mostrado de difícil compreensão quanto às pretensões do legislador em muitos dos pontos trazidos pela MP.

As contradições se iniciam no momento em que é necessário saber-se quais as normas aplicáveis à matéria, porque, ao mesmo tempo em que a MP 759 *revoga* as normas anteriormente instituídas pela Lei 11.977/2009, autoriza sua aplicação *facultativa* pelo registrador imobiliário e pela administração pública (art. 73, parágrafos 1º e 2º) aos processos que tenham sido *iniciados* até a data de publicação da MP. Esse é um aspecto não usual no tocante à vigência da lei no tempo, pois, nessa hipótese, não se estará fazendo uma *aplicação ultrativa* da lei revogada (o que caberia para aqueles casos de regularizações faticamente já *concluídos* ao tempo da revogação da lei que regia esses fatos).

Essa figura é *sui generis*, pois equivale a uma autorização para operar uma *represtinação* da lei revogada e sua subsequente aplicação pontual com base em critério de *discrissão*. Ou seja, será uma *represtinação* que não atingirá todos os casos concretos, mas somente aqueles que o administrador vier a eleger como passíveis de aplicação da lei revogada, o que não oferece segurança jurídica a tantos quantos se encontrem em uma mesma situação de direito.

2. As modalidades da regularização fundiária urbana

A regularização fundiária urbana (Reurb) compreende duas modalidades:

1. a *Reurb de interesse social* (Reurb-S), que é aplicável a núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, observada a regulamentação a ser editada; e
2. a *Reurb de interesse específico* (Reurb-E), que é aplicável a núcleos urbanos informais ocupados por população não qualificada como sendo de baixa renda.

Apesar de a terminologia das modalidades da Reurb ter sido mantida nos mesmos termos da Lei 11.977/2009, a noção quanto ao alcance destes conceitos restou modificada porque agora o que distingue as duas modalidades não é o *interesse social* presente na primeira e não presente na segunda. Isso gerava certa dificuldade em fazer-se uma nítida distinção porque, afinal, toda regularização fundiária urbana terá caráter social se realizada em benefício das melhores condições de habitabilidade nas cidades, o que constitui um valor social em si.

Ficou mais claro o sentido de que é a *ocupação predominante por população de baixa renda* do núcleo urbano informal o caráter diferencial específico entre uma modalidade e outra, o que não era suficientemente claro na lei anterior.

Entretanto, permanece a questão da caracterização da *população de baixa renda*, o que levava, na vigência da lei anterior, a adotarem-se, para essa caracterização, critérios presentes em normas não específicas à matéria da regularização fundiária, como era o caso do previsto pelo § 2º do art. 290-A da Lei 6.015/1973, que hoje está revogado. Assim, como o dispositivo remete a

uma *regulamentação específica*, estima-se que o problema receba solução mais adequada quando tais normas sejam editadas.

Observe-se, também, que as modalidades de regularização fundiária urbana são aplicáveis a *núcleos urbanos informais* que, nos termos do inc. II do art. 9º da MP 759/2016, são conceituados como aqueles núcleos “clandestinos, irregulares ou aqueles nos quais, atendendo à legislação vigente à época da implantação ou regularização, não foi possível realizar a titulação de seus ocupantes, sob a forma de parcelamentos do solo, de conjuntos habitacionais ou condomínios, horizontais, verticais ou mistos”. Logo, observa-se que não está mais em questão a *origem da formação* do núcleo urbano a regularizar, mesmo que oriundo de processo de ocupação clandestina ou irregular, até porque a maior parte da urbanização brasileira, historicamente, resultou destes processos.

Assim, a regularização fundiária urbana, tanto de interesse social como de interesse específico, não necessita questionar acerca da origem clandestina ou irregular do núcleo urbano a regularizar porque o fato de estar consolidado e irreversível se sobrepõe, na atualidade, à questão de sua origem.

Esclarece, entretanto, o art. 12 da MP 759, que a regularização fundiária urbana não se aplica a núcleos urbanos informais, ou a parcelas destes, que estejam situados em áreas de riscos geotécnicos, de inundações ou de outros riscos especificados em lei, salvo se passíveis de eliminação, correção ou administração. Não sendo o núcleo passível dessas medidas, para a realização da Reurb-S, vai se impor, ao Município ou ao DF, a realocação dos ocupantes.

3. As novas legitimações para requerer a Reurb

Uma das inovações trazidas pelo art. 20 da Medida Provisória 759 foi a de contemplar novas legitimações para a requisição da Regularização Fundiária Urbana (Reurb).

Assim, passaram a ser legitimados para requerer a regularização tanto a Defensoria Pública quanto o Ministério Público (incs. IV e V do art. 20).

Entretanto essas legitimações apresentam natureza diversa, porque, para o primeiro caso (Defensoria Pública), trata-se de uma legitimação para requerer em nome de terceiros, tais sejam, os beneficiários hipossuficientes, ainda que legitimados para requerê-la, individual ou coletivamente, pessoalmente ou sob representação, na forma do inc. II. Isso revela que, apesar da existência dessa última legitimação, o esclarecimento e o suporte institucional da advocacia pública sempre vai fazer diferença, pela qualificação profissional e pelo aspecto político-institucional, para que o processo de regularização fundiária possa ser conduzido da melhor forma.

Já a legitimação do Ministério Público em relação à regularização está naquela categoria da postulação em nome próprio, de interesses de terceiros, na defesa coletiva da materialização do direito social à moradia digna, que, apesar de não estar explicitada na legislação anterior, há muito já era exercida pela instituição no manejo da ação civil pública no campo da regularização fundiária, como é fartamente demonstrado na jurisprudência dos tribunais.

Essa legitimação, entretanto, nos termos da MP, quando traz a um só tempo a Defensoria Pública para a defesa dos beneficiários hipossuficientes e também o Ministério Público, parece atribuir ao *parquet* um papel preponderantemente *político* na concretização dos projetos de regularização fundiária, de modo a que passe a exigir dos Municípios o desenvolvimento dessa política pública, inclusive com alocação de recursos orçamentários suficientes, já que a responsabilidade lhe foi atribuída para a aprovação e implementação da regularização fundiária.

Assim, na regularização de interesse social (Reurb-S), a responsabilidade municipal é total e, na de interesse específico (Reurb-E), essa responsabilidade está em solidariedade com proprietários, moradores e demais responsáveis.

Também foi conferida legitimação para a requisição da regularização fundiária pelos proprietários, loteadores e incorporadores de imóveis que desejem submeter seus empreendimentos ao regime de Regularização Fundiária Urbana, de acordo com o inc. III do art. 20. Tais legitimados, nos termos da

legislação anterior, não eram detentores dessa legitimação. Entretanto, como responsáveis pela implantação de empreendimentos imobiliários que enfrentaram problemas quanto a sua regular implantação por quaisquer motivos, sejam eles de natureza jurídica, de infraestrutura ou ambientais, passaram a ser contemplados já que sua responsabilidade persiste em termos de procurar obter a regularização de seus empreendimentos. Ressalvou, entretanto, a MP, que a requisição da regularização por esses legitimados, ou seus sucessores, não os eximirá das responsabilidades administrativa, civil e penal, se tiverem dado causa à formação de núcleos urbanos informais.

4. A novidade da legitimação fundiária

A MP 759/2016 trouxe uma nova figura jurídica ao contexto da regularização fundiária que foi denominada de *legitimação fundiária*.

Conceitualmente, nos termos do art. 21, ela constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade, conferido por ato discricionário do poder público àquele que detiver área pública ou possuir área privada como sua unidade imobiliária, com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado.

O instituto da *legitimação fundiária* parece ter sido criado a partir de reivindicações existentes ao tempo em que vigorava a Lei 11.977/2009, que tinha por base a aquisição da propriedade imobiliária a partir da caracterização da *usucapião administrativa* (inicialmente a especial urbana e posteriormente as demais modalidades) em relação ao imóvel regularizado, sendo, portanto, forma originária de aquisição. Entretanto, pelo sistema da lei anterior, os prazos deviam ser contados a partir do registro do título de legitimação de posse, ainda que o usucapiente já contasse o prazo exigido por lei para a aquisição da propriedade. Ou seja, apesar de a lei não estabelecer vedação – fazendo, ao revés, uma ressalva autorizadora – não era praticada a contagem retroativa, pa-

ra a implementação do prazo de posse, de período anterior ao registro do título de legitimação.

Esse era um aspecto considerado, por alguns, injustificável no contexto do processo de regularização instituído pela Lei 11.977/2009, tendo havido propostas de projetos de lei para alteração do critério albergado em seu art. 60, visando a que pudesse ser computado período de posse anterior ao registro do título de legitimação no Registro de Imóveis, sem que tais projetos, entretanto, lograssem êxito.

A *legitimação fundiária*, portanto, parece ter vindo contemplar as situações nas quais a comprovação do tempo de posse para a usucapião esteja perfeitamente caracterizada, autorizando que a *aquisição originária* do direito de propriedade (perceba-se que não foi usado o termo *usucapião*) seja autorizada por *ato discricionário* do poder público, ao beneficiário que receberá o imóvel livre e desembaraçado de quaisquer ônus ou gravames existentes na matrícula de origem (art. 21, § 1º). Na verdade, a situação corresponde, concretamente, ao que se dá na *usucapião* de bens imóveis, mas a Medida Provisória 759 não *nominou* a situação dessa forma, mas como uma *aquisição originária do direito de propriedade* do imóvel regularizado.

Dessa forma, a distinção básica entre a *legitimação fundiária* e a *legitimação de posse* é que, na primeira, não há necessidade de se emitir um título de legitimação de posse e de aguardar-se o *transcurso de um prazo* de registro do título no Registro de Imóveis para caracterização da aquisição por usucapião, ao passo que, na segunda, há que se observar essa exigência.

A *legitimação fundiária* está submetida a determinadas condições: a) seu beneficiário não pode ser concessionário, foreiro ou proprietário de imóvel urbano ou rural; b) seu beneficiário não pode ter sido beneficiado com mais de uma legitimação de posse ou legitimação fundiária de imóvel urbano com a mesma finalidade, ainda que situado em núcleo urbano distinto; c) que o poder público reconheça o interesse social, quando o imóvel objeto da regularização tenha finalidade não residencial.

Nos termos do § 6º do art. 21 da MP 759/2016, o registro da aquisição da propriedade perante o Registro de Imóveis dispensa a apresentação de título individualizado, devendo o Ente público encaminhar, junto ao projeto de regularização, a listagem dos ocupantes, sua qualificação e a das áreas por eles ocupadas.

5. A manutenção da legitimação de posse

Foi mantido, pela MP 759, nos mesmos moldes do que fizera a Lei 11.977/2009, o instituto da *legitimação de posse*.

Conceitualmente, nos termos do art. 22, ela consiste em “ato do Poder Público destinado a conferir título, por meio do qual fica reconhecida a posse de imóvel objeto da Reurb, com a identificação de seus ocupantes, do tempo da ocupação e da natureza da posse”.

O título de legitimação de posse será concedido, ao final da Reurb, aos ocupantes cadastrados pelo poder público que satisfaçam as condições referidas nos incs. do § 1º do art. 22 da MP 759/2016, ou na regulamentação específica, podendo ser transferido por ato *inter vivos* ou *mortis causa*.

A legitimação de posse não se aplica a imóveis urbanos situados em área de titularidade do poder público, o que não impede, nessa hipótese, o uso de outros instrumentos concessivos de direitos reais, tais como a concessão de direito real de uso e a concessão de uso especial para fins de moradia (art. 38 da MP 759/2016).

6. O processo administrativo

O processo administrativo definido para a operacionalização da regularização fundiária compreende tanto as atividades a cargo da administração pública (especialmente a dos Municípios e do Distrito Federal), bem como aquelas a cargo do Registro de Imóveis.

Pode-se ter uma ideia da estrutura procedimental da Regularização Fundiária Urbana (Reurb) a partir do que dispõe o art. 33 da MP 759/2016, que especifica as *fases* de sua realização:

- I – requerimento dos legitimados;
- II – elaboração do projeto de regularização fundiária;
- III – processamento administrativo do requerimento, no qual será conferido prazo para manifestação do proprietário, dos confrontantes e de terceiros interessados;
- IV – saneamento do processo administrativo;
- V – decisão da autoridade competente, mediante ato formal, ao qual se dará publicidade;
- VI – expedição da Certidão de Regularização Fundiária – CRF pelo Município; e
- VII – registro da CRF pelos legitimados perante o oficial do cartório de registro de imóveis em que se situa a unidade imobiliária com destinação urbana regularizada.

Entretanto, como o referido dispositivo está condicionado à *regulamentação* por ato do Poder Executivo federal, há que se aguardar, necessariamente, a edição das referidas normas para que se possa cogitar sobre a sua efetiva aplicação.

Como se pode observar, esse novo modelo de regularização fundiária instituiu um novo instrumento que é a Certidão de Regularização Fundiária (CRF), a qual parece ser fundamental ao processamento, pois será o documento básico fornecido pela administração pública (municipal ou do Distrito Federal) para que se possa realizar qualquer registro relativo à regularização da propriedade urbana, perante o ofício do Registro de Imóveis.

O § 1º do art. 33 da MP 759 reconhece a CRF como *título executivo extrajudicial* que, depois de registrado, poderá autorizar que se confirmem di-

reitos reais aos beneficiários da Reurb. Assim, pode-se estimar que a partir da expedição da CRF é que estará autorizada a outorga da *legitimação fundiária*, da *legitimação de posse*, da *concessão de direito real de uso*, da *concessão de uso especial para fins de moradia*, da *doação*, da *compra e venda* etc. o que, entretanto, só restará plenamente esclarecido depois de editadas as normas regulamentares.

O art. 28 da MP 759/2016 confere aos Municípios nos quais estejam situados os núcleos urbanos a regularizar, bem como ao Distrito Federal quando no exercício dessa atividade, competência para: a) classificar as modalidades da Reurb; b) processar, analisar e aprovar os projetos de regularização fundiária; c) notificar os proprietários, loteadores, incorporadores, confinantes, terceiros interessados ou todos aqueles que constem no registro de imóveis como titulares dos núcleos urbanos informais objetos da Reurb para apresentar impugnação em 15 dias do recebimento da notificação.

Essas providências, referidas no art. 28, ao que se observa, estão encadeadas nas fases referidas pelo art. 33, evidenciando que a MP 759 é uma norma que não primou por uma *sistematização rigorosa*, o que está fazendo com que os seus intérpretes e aplicadores estejam enfrentando grande dificuldade para a sua plena compreensão.

Assim, fica a expectativa de que as *normas regulamentares* a serem editadas em breve consigam estabelecer um melhor nível de sistematização dos assuntos relativos ao processamento administrativo da regularização fundiária urbana, pois é previsto pelo § 8º do art. 28 da MP 759/2016 que o Poder Executivo federal disponha sobre a legitimidade para requerer o registro, os procedimentos e os efeitos do registro da regularização fundiária urbana.

7. A composição de conflitos

Outra novidade trazida pelas novas normas de regularização fundiária foi a introdução, na atuação a cargo da administração pública, de um procedi-

mento extrajudicial de *composição de conflitos*, na hipótese de, posteriormente à notificação dos mais diversos interessados, ser apresentada *impugnação* à pretensão de regularização fundiária manifestada pelo Poder Público (§1º do art. 28). Nesse particular, esclarece o art. 36 que os Municípios e o Distrito Federal poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito de seus órgãos de advocacia pública, para dirimir conflitos relacionados à Reurb, mediante solução consensual, promovendo, quando couber a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Poderão ser instaurados procedimentos de mediação *coletiva* de conflitos relacionados à regularização fundiária urbana.

8. Do procedimento no âmbito do registro imobiliário

O registro da regularização fundiária deverá ser requerido ao oficial do Registro de Imóveis da situação do imóvel regularizando e será efetivado independentemente de determinação judicial, nos termos do que dispõe o art. 29 da MP 759/2016.

De acordo com o art. 43, uma vez recebida a CRF pelo Registro de Imóveis, caberá ao oficial prenotá-la e autuá-la, de modo a instaurar o processo administrativo de registro da Regularização Fundiária Urbana.

Na hipótese de recusa do registro, o oficial expedirá nota devolutiva fundamentada na qual indicará os motivos da recusa e formulará as exigências, se for o caso, nos termos da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973).

Qualificada a CRF e não havendo exigências nem impedimentos, o oficial do Registro de Imóveis, registrará a Regularização Fundiária Urbana na matrícula dos imóveis cujas áreas tenham sido atingidas. Se não forem identificadas as transcrições ou as matrículas da área a regularizar, será aberta matrícula com a descrição do perímetro do núcleo urbano informal indicado na CRF e nela será efetuado o registro.

Uma vez registrado o projeto de regularização fundiária, será aberta matrícula para cada uma das unidades imobiliárias regularizadas (art. 51).

Concluída a Reurb, serão incorporadas automaticamente ao patrimônio público as vias públicas, as áreas destinadas ao uso comum do povo, os prédios públicos e os equipamentos urbanos na forma indicada no projeto de regularização aprovado, exceto no caso de regularização de condomínios.

O registro da Regularização Fundiária Urbana produzirá efeito de instituição e especificação de condomínio, quando for o caso, de acordo com as disposições legais específicas, hipótese em que fica facultada aos condôminos a aprovação de convenção condominial.

Estipulou o art. 54 da MP 759/2016 que o procedimento administrativo e os atos de registro decorrentes da Regularização Fundiária Urbana serão realizados, preferencialmente, por meio eletrônico, na forma do que dispõem os arts. 37 a 41 da Lei 11.977/2009.

9. Conclusão

Com o advento da Medida Provisória 759/2016, tivemos uma significativa mudança de paradigma quanto às normas e ao procedimento a serem aplicados na realização da Regularização Fundiária Urbana.

Em razão disso é ainda bastante difícil avaliar o impacto dessas novas normas para a efetividade da regularização fundiária, a qual tem sofrido muitas críticas em razão das dificuldades burocráticas e políticas que tem enfrentado e que, por certo, interferiram no processo formador das normas trazidas por essa recente medida provisória.

Levando isso em conta, podemos perceber que o processo que levará ao pleno domínio tanto da interpretação como da aplicação das novas normas, que estão, em grande parte, condicionadas à edição de regulamentação específica, demandará tempo considerável de estudo, pesquisa, debates e formação de consensos até que a esperada praxe administrativa que venha a conferir ce-

leridade, objetividade e economia procedimental à concretização das medidas de Regularização Fundiária Urbana seja uma realidade.

Os Municípios brasileiros ganharam relevo como operadores principais do novo sistema e o seu empenho em procurar instrumentalizar-se para o atendimento das inúmeras demandas daí decorrentes, será, com certeza, o fator de maior relevância para o sucesso da Regularização Fundiária Urbana no Brasil.

ADMINISTRANDO COM EFICIÊNCIA

Antonio Sérgio Baptista¹

RESUMO: Tendo como pano de fundo a administração pública brasileira, o articulista traz para o debate a burocracia estatal em confronto com o princípio constitucional da eficiência. Analisa a realidade e traça um norte para alcançar a eficiência através de modernos conceitos de gestão da coisa pública.

Palavras-chave: Constituição Federal. Eficiência. Eficácia. Servidor público. Estabilidade e outras vantagens. Pacto federativo. Reorganização. Revisão. Orçamento. Receitas. Despesas.

1. A administração pública na Constituição de 1988

Pela primeira vez na história das nossas Constituições, e não foram poucas, a Constituição Federal de 1988 hospeda um capítulo específico para tratar da administração pública, fazendo-o por meio dos princípios, preceitos e normas plasmados nos arts. 37 a 41.

¹ Advogado especialista em Direito Público. Coordenador do Conselho Técnico Multidisciplinar da Associação Paulista de Municípios (APM).

O art. 37 alberga em seu *caput* os princípios que devem ser obedecidos pela administração pública em geral: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; enquanto seus incisos e parágrafos tratam, em detalhes, de quase todos os temas que envolvem a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Na verdade, são temas que, em sua imensa maioria, poderiam ser objeto de legislação infraconstitucional, seja por suas respectivas finalidades, seja pela evidente facilidade de atualização e modernização dos textos legais, por meio da edição de leis complementares e ordinárias, em vez da promulgação de emendas constitucionais que, por força de comando grafado na Constituição de 1988, exigem um ritual extremamente complicado: três quintos dos membros de cada uma das casas do Congresso Nacional, em duas votações.

De qualquer forma, e para ficar no tema, vamos perseguir os aspectos que impedem alcançar o princípio da eficiência, colocado no *caput* do art. 37 a partir da Emenda Constitucional 19/1988.

Eficiência que, nas palavras de Aurélio Buarque de Holanda significa *ação, força, virtude de produzir um efeito*.

Houaiss, com mais amplitude, assim define eficiência: “virtude ou característica de (uma pessoa, um maquinismo, uma técnica, um empreendimento etc.) conseguir o melhor rendimento com o mínimo de erros e/ou de dispêndio de energia, tempo, dinheiro ou meios”.

Resumindo, podemos afirmar que eficiência é fazer mais com menos, enquanto eficácia pode ser definida como fazer o melhor possível.

Ora, a verdade é que a burocracia estatal brasileira é ineficiente, fazendo o menos com muito mais, e ineficaz, porque faz sempre o pior possível.

O que fazer para mudar este quadro?

A resposta é evidente: uma profunda revisão do capítulo da Constituição que trata da administração pública, tendo como norte os princípios funda-

mentais e os preceitos mais importantes, deixando para a legislação infraconstitucional os detalhes que envolvem as atividades das administrações públicas.

Porém, enquanto a necessária revisão não acontece, os Municípios brasileiros podem perseguir alguns objetivos fundamentais para alcançar a meta que titula este artigo: administrar com eficiência.

2. Os funcionários públicos

Como está posto na Constituição, a classe “funcionários públicos” abriga três categorias distintas: o servidor público efetivo, o servidor público ocupante de cargo em comissão e o empregado público.

Deixando de lado os demais, vamos tratar dos servidores ou empregados públicos efetivos, que são aqueles que ingressam na administração por concurso e que, após três anos, adquirem estabilidade, apesar de ser discutível a aplicabilidade dessa garantia constitucional para os não estatutários.

No entanto, para ficar no tema, é importante sugerir algumas providências pontuais, que devem ser tomadas pelo administrador para alcançar um mínimo de eficiência, começando pela efetiva realização de avaliações de desempenho periódicas, para impedir que os incompetentes alcancem a estabilidade.

Além disso, é importante oferecer aos servidores a oportunidade de aperfeiçoamento, por meio da participação em cursos e seminários, forma eficaz de valorizar a competência, o profissionalismo e coibir o comodismo.

3. As receitas

O art. 11 da Lei Complementar 101/2000, mais conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, hospeda comando fundamental, de obediência obrigatória pela administração pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Confira-se o texto legal: “

Art. 11. Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do Ente da Federação”.

Atento ao tema, é oportuno explicitar a expressão **efetiva arrecadação**, ou seja, eficiência na arrecadação dos tributos de competência impositiva de cada um dos Entes federativos que, no caso dos Municípios se traduz pela:

- a) revisão do Código Tributário (novas alíquotas ISSQN, IPTU/ITBI);
- b) revisão da Planta Genérica de Valores, base de cálculo dos impostos patrimoniais;
- c) recadastramento imobiliário;
- d) redesenho na fiscalização com implantação de sistemas de mérito – meritocracia;
- e) recuperação de créditos (dívida ativa).

4. As despesas

No campo das despesas, há que se buscar uma redução dos gastos, seja de custeio, seja de investimento, por meio das seguintes ações:

- a) redesenho dos processos de pagamento;
- b) redução na judicialização de medicamentos de alto custo com redesenho da sistematização dos procedimentos;
- c) revisão dos demais itens de gastos com despesas continuadas e contas de consumo (energia etc.);
- d) digitalização de documentos e controle de movimentação por proximidade.

5. A organização administrativa

A estrutura das administrações públicas, ao longo do tempo, tende a se tornar obsoleta, excessivamente burocrática, ineficiente e, portanto, exige reorganização periódica, por meio de:

- a) revisão da estrutura organizacional;
- b) revisão do quadro de pessoal: efetivos, comissionados e temporários;
- c) revisão do estatuto geral dos servidores e do(s) plano(s) de carreiras;
- d) revisão do estatuto do magistério e demais estatutos, se houver.

6. Da saúde e da educação

Áreas prioritárias no âmbito dos Municípios, porque envolvem significativas despesas de custeio e, por essa razão, exigem uma revisão, por intermédio das seguintes ações:

- a) capacitação para gestores da educação visando à busca por recursos federais;
- b) capacitação de gestores, professores e diretores;
- c) desenvolvimento de projetos educacionais;
- d) redesenho dos gastos com a estrutura e distribuição de medicamentos;
- e) revisão da estrutura da rede física do sistema de saúde local.

Em síntese, administrar com eficiência não é missão impossível, muito embora bastante difícil, em face do atual ordenamento jurídico constitucional e, portanto, é preciso reformular o capítulo da Constituição Federal que trata da administração pública, começando por enfrentar a questão do regime de relação contratual entre as pessoas físicas e as administrações públicas, isto porque,

aquele plasmado nos arts. 37 a 41 da Constituição Federal “não se compactua com a modernidade, é retrógrado, não valoriza a competência, o profissionalismo, ao contrário, incentiva a acomodação, através da execrável e ultrapassada figura da estabilidade constitucional”.²

² Artigo: Por uma administração pública e eficiente. *Revista da Associação Paulista de Municípios de São Paulo*. Ano IX, n. 64. p. 45.

O DIREITO DE CONSTRUIR

RESENHA DO LIVRO DE HELY LOPES MEIRELLES

Isaac Newton Carneiro da Silva¹

RESUMO: Análise do livro de Hely Lopes Meirelles *Direito de Construir*, sua importância para os estudos do uso do solo urbano e para o controle sobre a cidade feito pelos Municípios.

1. Introdução

Hely Lopes Meirelles (São Paulo, 1917-1990) inclui-se em uma categoria de escritores brasileiros do século XX que produziram obras marcantes para profissionais do direito e da engenharia. Para comprovarmos isso, basta olhar o volume de edição de suas obras. O seu livro *Direito Administrativo Brasileiro*, com 42 edições, é uma referência no tema. Outra obra sua, o *Man-*

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia, pós-graduado em Direito Processual Civil (J.J Calmon de Passos), em Direito Administrativo (Lafayette Pondé) e em Magistratura (Escola de Magistrados da Bahia – EMAB). Autor do Manual de Orientação Municipal e Manual de Direito Municipal Brasileiro.

dado De Segurança e Outras Ações Constitucionais, encontra-se na 36ª edição. Seu livro sobre Direito Municipal, talvez a mais icônica das suas obras, está esgotado em sua 17ª edição. Por fim, temos o livro que dá causa a este trabalho: *O Direito de Construir*, que também se encontra esgotado, tendo recebido a sua última publicação em 2013 com a 11ª edição. Esses e outros livros de Hely Lopes Meirelles justificaram que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no momento da passagem das comemorações dos seus 150 anos, ocorrida entre 2014 e 2015, o homenageasse pelos seus mais de um milhão de livros vendidos². Tudo isso apesar de, na época dessas comemorações, já tivesse acontecido sua morte há vinte e quatro anos.

Suas biografias dão conta de ele ter sido juiz concursado aos 26 anos de idade. Seguindo pelo interior, foi convidado para debater em diversos eventos com prefeitos e técnicos municipais, razão pela qual se dedicou, diante dos problemas que via nos Municípios, a escrever o seu primeiro livro, o *Direito Municipal Brasileiro*, lançado em 1956. Em seguida, por conta de suas aulas no curso de engenharia da Universidade de São Carlos, resolveu escrever o objeto deste estudo, *O Direito de Construir*, que tinha por objetivo informar os futuros engenheiros sobre os principais conceitos de direito aplicáveis a questões como a propriedade urbana, direito de vizinhança, planejamento e controle do solo.

É contemporâneo desse livro o trabalho que apresentou e foi aprovado no Congresso Brasileiro de Urbanismo, realizado em Recife em 1961. O tema do seu trabalho já indicava as suas preocupações: a competência estatal para o planejamento urbanístico. Além disso, merece destaque seu esforço de ter dedicado ao assunto dois capítulos do seu livro *Direito Municipal Brasileiro* quando este tema era completamente desconhecido dos estudos jurídicos.

Além dos trabalhos aqui citados, escreveu *Finanças Municipais, Licitação e Contrato Administrativo, Estudos e Pareceres de Direito Adminis-*

2 Pesquisa no site da Conjur: <<<https://jus.com.br/noticias/32705/tj-paulista-homenageia-hely-lobes-meirelles-e-obra-do-jurista-chega-ao-milhao-de-exemplares>>. Acesso em: 5 jun. 2016.

trativo, Desapropriação, além de diversos artigos a pareceres publicados em revistas técnicas.

2. O livro

Escrito nos anos de 1959 e 1960, decorreu de duas experiências. A primeira veio das aulas de direito que dava na recém-criada Escola de Engenharia de São Carlos, braço da Universidade de São Paulo, onde fora convidado para lecionar as matérias jurídicas de interesse para os engenheiros. Menciona o seu colega de academia e biógrafo, professor Eurico Miranda, que Hely Lopes “deu-se conta então, da defasagem de nosso direito em relação aos progressos da construção civil e aos problemas do desenvolvimento urbano”.

Por outro lado, o autor defendeu a tese *A Competência Estatal para o Planejamento Urbanístico em São Carlos* em 1960, aprovada pelo I Congresso Brasileiro de Urbanismo, realizado no Recife em 1961. Essa experiência foi de grande importância para elaboração do livro.

A obra que conta com 10 capítulos, apresenta conceitos importantes, cita autores nacionais e estrangeiros e menciona, logo na introdução da primeira edição, a importância do estudo:

É inegável o entrosamento do direito de construir com os processos da construção. À medida que a técnica aprova uma regra de construção, o direito a encampa, transformando-a em norma legal. É o fenômeno da legalização da técnica, que se vai generalizando naquelas atividades que afetam mais de perto o bem-estar social e, por isso mesmo, não podem ficar exclusivamente ao sabor da liberdade individual. Exigem limites e condicionamentos legais. A legislação pátria, lamentavelmente, não tem acompanhado o aperfeiçoamento da construção civil, achando-se em sensível atraso com os progressos da Engenharia, da Arquitetura e do Urbanismo. Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência se mantêm apegadas a conceitos

superados do clássico direito de construir, que desconhece os novos materiais e os modernos processos da construção contemporânea. Urge, pois, uma mudança de atitude no estudo e interpretação desse esgalho do direito privado, para adaptá-lo à realidade e pô-lo em condições de solucionar os problemas atuais da construção civil e da planificação urbanística. Nesse afã aproximamos textos. Interpretamos normas. Enunciamos conceitos. Sistematizamos princípios. Ordenamos ideias. Provavelmente nada inovamos. Nem avançamos no campo do direito de construir. Apenas apresentamos rumos novos para um direito velho. (apud Eurico Mata em discurso na posse da Academia Paulista de Letras Jurídicas)

O Direito de Construir foi apresentado pelo ilustre jurista Vicente Ráo, um dos mais brilhantes profissionais à sua época, que menciona o cenário em que foi editado o livro:

São escassas, em nossa literatura jurídica, as monografias sobre esta matéria versadas, as mais das vezes, como simples capítulo de cursos ou manuais de direito civil. O maior mérito do autor é, como em seu Direito Municipal, o de haver sistematizado, neste seu novo trabalho, os princípios doutrinários, a legislação e a jurisprudência. Mas, para alcançar esse resultado, coube-lhe a tarefa de adaptar nossa legislação antiquada e tumultuária, seja a mais moderna doutrina, sejam às normas científicas e técnicas, contemporâneas, da construção. Neste caminho conclui: “o autor nos oferece, assim, um estudo completo como não há similar em nossa bibliografia jurídica”.

No livro, ainda no primeiro capítulo, o autor vai inovar profundamente para a época, quando dizia: “Evoluímos, assim, da propriedade-direito para a propriedade-função”. Mostrava o caminho que se desenhava no período de plena vigência do Código Civil brasileiro de 1916, uma legislação extremamente

patrimonialista, que lutava para manter os conceitos advindos dos direitos individuais contrários a qualquer interferência da sociedade.

Dos dez capítulos, oito avançam sobre a construção do chamado direito de propriedade e direito coletivo de morar em uma estrutura lógica: trata da propriedade individual como capítulo primeiro; passa a analisar sobre o direito de construir em relação aos interesses coletivos no capítulo subsequente; avança para as restrições ao direito de construir próprios do direito de vizinhança e vai, após, às limitações administrativas que ocorrem neste direito. No quinto capítulo trata de fenômenos próximos ao direito de propriedade: as servidões e as desapropriações; no capítulo subsequente, fala sobre o controle da construção face à proteção ambiental.

Nos capítulos sétimo e oitavo, cuidará de temas também correlatos à atividade construtiva; os contratos de construção e a responsabilidade decorrente da construção. Por fim, nos dois últimos capítulos, cuida das ações judiciais possíveis de serem propostas pelos vizinhos e da regulamentação dos profissionais que atuam nesse segmento.

Traz, ao final, um anexo com a legislação inerente aos temas tratados. Diga-se, de passagem, ser esta parte bastante significativa – toma cerca de 160 do total de 510 páginas da obra.

3. Capítulos relativos à propriedade e ao direito de vizinhança

Nesse capítulo, o autor trata como considerações gerais a origem do direito de construir, relacionando-o ao direito de propriedade. Para tanto, toma o Código Civil e menciona os efeitos da propriedade, como o domínio, a posse, a com posse – condomínio, o direito ao espaço aéreo e ao subsolo. Encerra o capítulo tratando da posição atual do direito de propriedade, cita o maior pensador moderno sobre este direito, Leon Duguit, lembrando que a propriedade

“não é mais o direito subjetivo do proprietário; é a função social do detentor da riqueza” (apud MEIRELLES, 1990, p. 24).

Nesse ponto, percebe o cerne de toda a discussão que será enfrentada ali: o debate entre o individual e o social. Serve-se do pensador George Ripert para aprofundar a ideia de que a propriedade não se pode mais exercer de modo absoluto.

O capítulo seguinte vai tratar dos próprios fundamentos de construir. Ajustados os conceitos de propriedade na seção anterior, o autor assevera que o direito de construir está baseado no direito de propriedade. Mas observa o autor que o direito de construir deve ser realizado dentro daquilo que chama de “normalidade”; cita então o art. 554 do antigo Código Civil, para lembrar que proprietário e inquilino têm “direitos de impedir o mau uso da propriedade que possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que a habitam”. É a presença desses elementos que dará existência a normalidade no direito de construir.

Em seguida, cuida de conceituar o que é segurança, sossego e saúde dos vizinhos. A todas as conceituações agrega citações da jurisprudência, demonstrando que esses elementos estão constituídos em um plano maior do que o mero direito normatizado. Por fim, nesse capítulo, inova ao mencionar sobre a proteção ao bem-estar social e o direito assegurado de modo genérico na Constituição de 1946, que podia ser entendido como uma garantia à construção de habitações populares.

O Capítulo III trata das restrições à propriedade – relativas ao direito de construir – decorrentes do direito de vizinhança. O texto menciona sobre o que vem a ser vizinhança e as restrições que decorrem deste fato. Em seguida, discorre sobre instrumentos que são utilizados no tratamento a esse direito, mencionando sobre o relatório do impacto de vizinhança; mecanismo utilizado no Município de São Paulo ainda nos anos 1960.

As restrições chamadas legais, decorrentes da situação de vizinhança, segundo o autor são: os limites entre os prédios, distância entre construções, os tapumes divisórios – muros e cercas, as paredes divisórias, as invasões as

áreas vizinhas, como as janelas, beirais e terraços. Trata, nessa sequência, das árvores que ficam nos limites de terreno, nas águas decorrentes dos fluxos pluviais e das correntes submersas. Passa a avaliar os efeitos agora de prédios que potencialmente causam incômodos, como estrebarias; concluindo esta sequência com a entrada de prédio vizinho para reparos e limpezas e cuidando da passagem forçada. Nessa passagem, menciona as restrições chamadas convencionais, ou seja, aquelas ajustadas pelos próprios proprietários, que podem ser de caráter individual – firmado pelo próprio proprietário – ou gerais, firmadas nos casos de loteamentos e condomínios.

Ocupa o final do capítulo para tratar dos efeitos do desatendimento as restrições. Descreve a aplicação de sanções como demolição, indenização e proposição de determinadas ações.

4. Da interferência pública e da lei

O capítulo IV se revela como a alma do livro, pois trata das limitações chamadas administrativas, ou aquelas impostas pelos regulamentos da cidade ao direito de construir. Nesse capítulo, o autor introduz a explicação de onde decorre o poder do Estado em intervir na atividade privada. Menciona aquilo que se chama de domínio eminente, configurado como o poder que o Estado exerce sobre a propriedade particular, podendo sobre ela intervir em diversos momentos. Das três formas existentes da propriedade, servidão, desapropriação e restrição, esta última se caracteriza pela generalidade e pela gratuidade. Ou seja, é imposta ao particular, não se permitindo a ele indenização pela medida e sendo a mesma de caráter geral; atingindo a todos independentemente da situação do proprietário. Define por fim, assim, a limitação administrativa: “imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública, condicionadora do exercício de direitos ou atividades particulares às exigências do bem-estar social” (MEIRELLES, 1990, p.70).

Em seguida, elabora com vistas a arremeter um juízo jurídico três aspectos das limitações: definindo sua natureza jurídica, descrevendo as limitações como fonte de direito subjetivo para os vizinhos e o poder de polícia e as limitações administrativas. Nessa passagem, sem sombra de dúvida, merece destaque o tratamento ao direito subjetivo que apresenta para os vizinhos às limitações. Pois demonstra que esses últimos podem ajuizar determinadas providências judiciais para serem protegidos pelas regras impostas pelo Estado para o uso da propriedade; cria-se assim um direito transversal, que não vem da fonte de direito – o Estado –, nem do particular, mas daquele que se relaciona pela situação de vizinho que é.

Ao descrever sobre as principais limitações, o autor relaciona uma longa série: o plano diretor, a regulamentação edilícia, a delimitação da zona urbana, o traçado urbano (dividido em arruamento, alinhamento, nivelamento, circulação, salubridade, segurança e funcionalidade). Ao continuar a descrever os tipos de restrição menciona: o uso e ocupação do solo, o zoneamento, o loteamento e a estética urbana.

O autor retorna para observar que a higiene e a segurança também produzem limitações de ordem administrativa. Cita nestes casos as medidas que controlam as margens de vias, as imediações de aeroportos, bem como as normas sobre locais de trabalho, previstas na CLT, que importam para a atividade regulamentar administrativa.

Cita por último, neste íterim, o patrimônio histórico e seu tombamento. Para explicitar essas situações, define o que vem a ser tombamento, perante as normas de controle brasileiras e depois indica qual o processo que permite este registro. Conclui com a questão da indenização em casos que a lei prevê.

No capítulo V, ainda trata das interferências do poder público na propriedade privada. O autor vai cuidar de dois instrumentos dessa intervenção: as servidões e as desapropriações. Inicia, portanto, esse capítulo conceituando a servidão administrativa pública. Ao definir este instituto jurídico cita Rafael Bielsa, que menciona ser a servidão “un derecho público real, constituído por

una entidade pública sobre un bien privado, com el objetivo de que éste sirva al uso público” (apud MEIRELLES, 1990, p. 134). Portanto, demonstra que essa constituição de direito difere-se daquela utilizada nas entidades privadas.

O passo seguinte propõe sobre a instituição da servidão, que difere da privada, pela possibilidade que tem o poder público de reclamá-la, impondo-a; diferentemente do Ente privado que deve se servir da aceitação ou da declaração judicial.

Tratando da desapropriação, propõe um conceito sobre a mesma, indicando vasta doutrina – cinco autores e trabalhos internacionais e quinze autores nacionais. O capítulo segue com a indicação das regras constitucionais, da legislação nacional sobre o tema. Em seguida adentra sobre os tipos de desapropriação, descrevendo sobre a declaração e a indenização referente à desapropriação. Cuida ao fim dos casos em que há desvio no uso do bem desapropriado ou do seu processo, que podem ocasionar a anulação da desapropriação. O último item fala dos casos em que a administração pública desiste do procedimento desapropriatório, invocando medidas que podem ser utilizadas na prática destes casos.

5. Do controle da construção pelo poder público local

No capítulo VI, o autor vai caminhar sobre um interessante roteiro destinado a conhecer os casos e fundamentos da intervenção do poder público sobre o direito de construir. Nesse caminho, o autor informa que o controle feito pelo poder público, que é um controle de polícia, se “desenvolve sob o duplo aspecto estrutural, da obra, e urbanístico, do conjunto das construções da cidade” (MEIRELLES, 1990, p. 159). Para melhor demonstrar essa relação entre os prédios individuais e os espaços públicos, cita Luis Migone: “El divorcio entre el edificio y la ciudad es la causa de nuestros males. Establecer el vínculo entre el edificio”. (apud MEIRELLES, 1990, p.159).

Na sequência, o autor reporta a sobre a atividade do Município como Ente responsável pelo controle da construção, conforme as próprias normas inerentes à propriedade, e o responsável pela regulamentação administrativa. Assim, continua o capítulo tratando do código de obras, da aprovação do projeto (de construção ou loteamento), do relatório de vizinhança³, dos alvarás, do embargo de obra e da demolição compulsória da obra.

Nesse último ponto, autor destaca a diferença entre a demolição de obra licenciada e de obra clandestina. A distinção reside no fato de que no primeiro caso, mesmo havendo licença que pode ser retirada pela prefeitura, exige-se respeito ao processo administrativo. Porém, no caso da obra clandestina, o poder da prefeitura no exercício do seu poder de política é amplo, porque a atividade que ela controla está em completo desacordo com a lei; permite-se a execução sumária do poder público. Citam-se os casos de obras em ruínas, que permitem a prefeitura que execute a medida dentro do seu poder de autoexecutoriedade.

Uma seção dentro do capítulo cuida da questão chamada de proteção ambiental. A seção faz menção à Constituição de 1988, portanto referindo-se a atualizações do livro. No caso, após apresentar as preocupações e origens dos temas ambientais, o livro cuida da exigência de licenças conforme as regras da sistemática legal. Contudo, nos casos de ocupação feitos anteriormente às regras legais sobre o tema, a ocupação deverá ser considerada desconforme, o que gerará eventuais limitações aos proprietários.

3 O autor faz uma menção muito interessante sobre o formato dos relatórios de vizinhança. Considera que alguns municípios o adotam, incluindo o de São Paulo, prescrito em sua própria lei orgânica. Nesses casos, as licenças municipais somente poderão ser concedidas com a anuência e nos limites desse relatório; e mais, conforme o escritor, o relatório decorre não do direito de propriedade, mas de uma composição do interesse público, aqui traduzido no interesse do suporte que a cidade pode oferecer ou deverá dispor em cada equipamento. Menciona, de modo ainda mais interessante: "Na verdade, é um estudo de impacto ambiental, ou seja, da repercussão do empreendimento no ambiente urbano onde será inserido; daí porque se preferiu denominá-lo de impacto de vizinhança" (MEIRELLES, 1990, p. 164).

6. Os contratos de construção e as responsabilidades do construtor

No capítulo VII, o autor vai enfrentar um tema não muito comum para livros de direito: as tipicidades do contrato de construção. O capítulo começa mencionando que as construções demandam dois tipos de serviços: os de construção, propriamente ditos, e os de projetos; ambos essenciais para a conclusão de obras.

O capítulo divide os contratos em dois tipos: os de construção de obra particular e aqueles de obra pública. Iniciando-se com a obra particular, o autor traz o conceito – aberto, uma vez que o mesmo autor menciona que não há na legislação brasileira da época conceito apropriados para a atividade privada. Depois cuida dos aspectos estruturais desse contrato: os caracteres, as partes contratantes, execução e inexecução de contrato, contratos de construção “*in specie*”. Por fim, entre os privados, distingue os contratos de construção por empreitada ou por administração.

Na parte que cuida das obras públicas, o autor revela os pensamentos administrativistas. Inicia dedicando conceituação aos contratos de construção de obra pública, mencionando que: “são todos aqueles ajustes da administração direta ou indireta que tenham por objeto realizações materiais destinadas ao uso comum do povo, à fruição de determinados usuários ou a utilização das próprias repartições administrativas” (MEIRELLES, 1990, p. 196). Em seguida o autor dedica-se a tratar dos contratos por empreitada, falando das modalidades, caracteres e dos riscos de execução. Depois cuida do contrato de administração e, por fim, dos contratos de tarefa.

No mesmo capítulo o autor menciona que existem contratos conexos à construção, citando entre eles os de fiscalização, financiamento, trabalho por obra certa, incorporação de condomínio e gerenciamento.

O capítulo VIII cuida da responsabilidade pela construção, dividindo-se o estudo em aspectos gerais relativos a esta própria categoria de direitos e evoluindo para as responsabilidades decorrentes da construção.

Na primeira parte, são enfrentados os temas conceitos, como a razão, que dá causa à responsabilidade: por culpa – com negligência, imprudência – ou imperícia –, ou por dolo, aquele que age buscando o resultado danoso. Depois menciona que o direito brasileiro possibilita a ocorrência da responsabilidade sem culpa nos casos de responsabilidade objetiva: transporte, usinas e acidentes nucleares.

No mesmo capítulo, o autor cuida das responsabilidades decorrentes da construção, mencionando a responsabilidade pela perfeição da obra, pela solidez e pela segurança e por responsabilidade por danos vizinhos e a terceiros. Não só essas são as obrigações do responsável pela obra, mas outras que atuam de modo transversal ao empreendimento, como as responsabilidades trabalhistas, pelo fornecimento de matérias e pelos tributos. As decorrências das irregularidades nas obras podem gerar fatos que sugerem responsabilidades diretas, como o desabamento, os danos a terceiros e por falta de autorizações e projetos. Nesses casos, temos a possibilidade do cometimento de contravenção e de crime.

7. Ações judiciais

O capítulo IX cuida das ações judiciais decorrentes das obras, estruturadas em 12 tipos de procedimentos judiciais que podem ser compreendidos em três tipos de relacionamento. No primeiro caso, temos as ações decorrentes da vizinhança, que são as seguintes: indenização de danos entre vizinhos, nunciação de obra nova, demolitória, para construção de tapumes e divisórias, passagem forçada, servidão, demarcação. As de condomínio, aquelas próprias ao tema loteamento.

Em paralelo a estas ações, temos as perícias judiciais, que nas suas diversas formas servem para instruir os procedimentos judiciais. Destacam-se o exame judicial, a vistoria e a avaliação.

8. Capítulo final e anexos

O último capítulo cuida da construção civil e das regulamentações das profissões a ela associadas. Esse capítulo, dividido em quatro seções, trata das origens das profissões ligadas à construção civil; dos aspectos técnicos e econômicos das atividades ligadas à construção, as regulamentações profissionais; e, por fim, das atividades em si (engenheiros, arquitetos, agrônomos, técnicos e encarregados).

Ao final o autor anexa uma lista considerável de leis ligadas ao tema, merecendo exaltação: a Constituição em excertos de interesse, o Código Civil, normas sobre condomínios e loteamentos, entre diversas outras normas deste tema. Também anexa normas técnicas relativas às atividades construtivas, principalmente do Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura.

9. Bibliografia

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 7ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1990.

NEPOTISMO

Elena Pacita Lois Garrido¹

1. INTRODUÇÃO

O nepotismo na administração pública foi matéria instigadora de muitos debates na década passada, considerando que o Conselho Nacional de Justiça deflagrou ofensiva contra a prática no âmbito do Poder Judiciário e o Ministério Público, por recomendação do seu Conselho Nacional, passou a atuar no sentido de tentar coibir esse uso nefasto também nos Poderes Legislativo e Executivo.

A ênfase da atuação, como costuma acontecer, foi sobre o Poder Executivo nos Municípios, considerando que nestes a prática é mais presente. No Brasil, temos aproximadamente 3 mil Entes locais com populações que não ultrapassam a casa dos 10 mil habitantes, o que faz com que as famílias com parentesco entre si sejam bem mais comuns do que nas áreas urbanas maiores, onde o contingente populacional é mais denso e de grupos familiares variados.

A matéria, em grande parte já pacificada, retorna para discussão e suscita ações dos Ministérios Públicos a cada quatro anos, quando, por força

1 Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta, pós-graduada em Gestão Estratégica Municipal pela Unisc e mestre em Direito Social e Políticas Públicas. *E-mail*: elenapacita.garrido@gmail.com.

de eleições nos Municípios, ocorre a mudança das equipes que os dirigem e recomeçam as práticas contumazes de chamar parentes dos eleitos para atuarem na administração local.

Em razão desse fato é que é elaborado o presente artigo, visando a esclarecer aos novos gestores, que no atual mandato foram renovados em percentual superior a 70%, os riscos da utilização dessa prática e as ilegalidades que podem ser induzidos a cometer. As más condutas muitas vezes se dão por falta de entendimento de conceitos presentes no ordenamento jurídico nacional e que não são facilmente apropriados pela população ou por aqueles que não militam na área do Direito.

Relata-se de início uma síntese histórica do nepotismo, mostrando o quanto está arraigado nos costumes sociais da nação brasileira e a forma como foi sempre entendido, tornando-se praxe principalmente nos pequenos aglomerados urbanos em que as populações estão mais concentradas nas áreas rurais.

Apresenta-se a forma como se chegou à discussão do tema e a interpretação dada aos princípios da administração pública – demonstrando-se de forma exaustiva o quão indispensável é ter o conhecimento e o respeito a estes princípios embaixadores das práticas de higidez na gestão. Coloca-se ainda a posição dos órgãos de controle externo que têm a missão de avaliar a validade das admissões no serviço público e que, por esta razão, estão habilitados a apontar as ações que podem ser prejudiciais para a administração e para o interesse público.

Por fim, incursiona-se nos julgamentos das inúmeras demandas que chegaram ao Supremo Tribunal Federal, resultando na edição da Súmula Vinculante 13, que pretendeu disciplinar a questão, mas que ainda deixou em aberto a forma de utilização mais freqüente da livre nomeação por agentes políticos eleitos, que é a nomeação de parentes para o exercício de funções na condição de agentes políticos – no caso dos Municípios, o exercício dos cargos de secretários municipais ou de funções a eles equiparadas.

Conclui-se pelo não esgotamento das discussões sobre a matéria e a permanência da necessidade de análise caso a caso, quando será configurada na nomeação a prática ou não de ato de improbidade pela autoridade nomeante.

2. CONCEITO E HISTÓRICO

Do latim *nepos*, que significa descendente ou neto, a palavra nepotismo identifica o favorecimento de parentes de quem detém o poder, em detrimento de terceiros mais capacitados para o exercício de um cargo ou função públicos.

Surgiu por meio de práticas usuais dos papas que, por não possuírem filhos para herdarem suas benesses, nomeavam sobrinhos e outros parentes próximos para cargos de conselheiros, cardeais ou outros na hierarquia da Igreja.

A tradição brasileira de uso da máquina pública em benefício de grupos familiares com a apropriação dos cargos mais importantes vem de Portugal e de todo o *entourage* das cortes que, ao se instalarem no Brasil, aqui implantaram seus usos e costumes, inclusive o usufruto pleno dos bens públicos por parte de certas famílias.

Tem-se notícia que, na carta em que Pero Vaz de Caminha informava ao rei o descobrimento do Brasil, ao final o mesmo pedia emprego para seu genro. Normal para a sociedade da época, em que a existência das famílias políticas era a base do Estado. Porém, não há como negar a nefasta influência dessa cultura de privilégios aos parentes dos agentes públicos que permanece arraigada na prática política nacional.

Em obra publicada em 1994², a hoje presidente do Supremo Tribunal Federal, ministra Cármen Lúcia, sobre esse registro histórico, afirmou: “No Brasil, tudo começou, pois, nesta passagem. O nepotismo desembarcou em ter-

2 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 159.

ras brasileiras com as primeiras navegações aqui chegadas. E esta bandeira não parou mais de ser desfraldada (talvez mais certo fosse dizer ‘desfraldada’).”

Há anotações da época que demonstram ter sido Napoleão Bonaparte um dos maiores nepotistas, pois durante seu domínio tornou três de seus irmãos reis nos países ocupados por suas tropas.

Uma análise sobre as recentes e sucessivas crises decorrentes das operações que estão abrindo as mazelas das veias da corrupção no Brasil permite com segurança interpretar o viés patrimonialista que promove o nepotismo.

Em recente publicação³, o Conselho Nacional de Justiça refere:

Nepotismo é o favorecimento dos vínculos de parentesco nas relações de trabalho ou emprego. As práticas de nepotismo substituem a avaliação de mérito para o exercício da função pública pela valorização de laços de parentesco. Nepotismo é prática que viola as garantias constitucionais de impessoalidade administrativa, na medida em que estabelece privilégios em função de relações de parentesco e desconsidera a capacidade técnica para o exercício do cargo público. O fundamento das ações de combate ao nepotismo é o fortalecimento da República e a resistência a ações de concentração de poder que privatizam o espaço público.

Ao longo da história brasileira, desde o descobrimento, o uso do público misturado ao privado dos governantes é uma constante, até mesmo pela natureza dos governos. Da mesma forma, formou-se entre o povo o entendimento de que o público é “deles” e não “nosso” tal a convicção de que o governante usaria o público como bem entendesse.

O advento da República e a democratização pouco trouxeram de mudanças nessa área. Até porque, no Brasil, o presidente da República foi pou-

3 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Quem Somos*. 2016. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj-quem-somos-visitas-e-contatos>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

co menos que um imperador até a Constituição de 1988, quando alguns freios mais efetivos foram estabelecidos, gerando a responsabilidade direta do Poder Legislativo pelos destinos da nação e delegando competências aos poderes de forma a possibilitar sua plena independência.

O texto constitucional de 1988 trouxe alguma modernidade ao trato da res pública no Brasil e introduziu um conjunto de princípios capazes de assegurar a sobrevivência do estado de direito e da democracia plena.

A Constituição de 1988 consagrou diversas normas, tanto princípios, como regras, que deveriam, por sua simples incidência, inviabilizar práticas de favorecimento pessoal fundadas em laços familiares e/ou afetivos, tradicionalmente identificados pelo rótulo geral de “nepotismo”.⁴

Ao estabelecer no *caput* do art. 37 que são princípios basilares da administração pública a legalidade, a moralidade, a impessoalidade e a publicidade, ampliando-os em 1998 por meio da Emenda Complementar 19 para acrescentar a eficiência, a regra é tornar inconstitucional toda e qualquer prática política ou administrativa que se contraponha ao normativo estabelecido pelos princípios.

Nepotismo é o favorecimento a pessoas ou grupos por parte do governante, violando as garantias e os princípios constitucionais, desconsiderando mérito, capacidade e habilitação, para assegurar o exercício do poder com exclusividade, como empresa familiar, estabelecendo uma propositada confusão entre os interesses privados e as ações públicas, com vistas ao alcance de benefícios pessoais de ordem financeira ou política.

Paulo Modesto⁵, em obra publicada em 2012, que estuda com profundidade a prática de nepotismo, afirma que é intenso “o vício de promover

4 BARROSO, Luís Roberto. Ação Declaratória de Constitucionalidade: Vedação ao Nepotismo. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, nº 4, jan./fev. 2006.

5 MODESTO, Paulo. Nepotismo em Cargos Político-administrativos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. n. 32. out./nov./dez. 2012.

o favorecimento de parentes e afins na gestão pública, confundindo-se a esfera dos interesses sociais objetivos que a administração pública deve atender”. E refere ainda “ser contrário ao etos republicano, a princípios básicos da administração pública e a elementares preceitos de boa gestão da coisa pública, mas que foi tolerado durante toda a história do Brasil e nos vinte primeiros anos da Constituição Federal de 1988”.

Não é usual que o administrador público brasileiro se preocupe com os princípios insertos no texto constitucional como pontos de partida para uma boa gestão, até porque aparentemente estes se apresentam como “teoria”, e a gestão exige “prática”. No entanto, o exercício permanente da obediência aos princípios é que vai assegurar a realização de uma boa gestão.

A impessoalidade, princípio efetivo presente no *caput* do art. 37 da Constituição, pode ser interpretada como uma trava aos limites da discricionariedade do administrador público em qualquer esfera de poder. Por essa razão, deve ser observada com extrema atenção: é na impessoalidade que está o principal imperativo inibidor do nepotismo.

3. OS PRINCÍPIOS QUE VEDAM AS PRÁTICAS DE NEPOTISMO

A doutrina predominante convencionou que as normas jurídicas se classificam, no que se refere à sua estrutura, em regras e princípios, e estes últimos deverão ser entendidos como as diretrizes que indicam os fins a serem alcançados ou os valores que por sua imposição devem ser preservados. As regras correspondem a condutas específicas, determinadas.

Os princípios, como ensina o ministro Luís Roberto Barroso⁶, tem sua estrutura formada por um núcleo e por uma área não nuclear.

6 Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Ação Declaratória de Constitucionalidade proposta pela AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros. Advogado da proponente: Luís Roberto Barroso.

O núcleo corresponde ao conjunto de efeitos determinados que decorrem logicamente do princípio. Exatamente porque se trata de condutas determinadas, esse núcleo do princípio tem a mesma estrutura das regras e funciona como elas. Para além desse núcleo, porém, os efeitos dos princípios podem tornar-se indeterminados.

O princípio da moralidade sinaliza com regras que as pessoas precisam obedecer para viver em sociedade, pois os valores morais derivam dos costumes e, portanto, são instrumentos de organização da ordem social.

No cumprimento do princípio da moralidade é indispensável saber distinguir não só o bem e o mal; o legal do ilegal; o justo do injusto; o conveniente do inconveniente, mas principalmente o honesto do desonesto, pois este é o ponto de partida para o cumprimento expresso entre os princípios da administração pública no *caput* do art. 37 da Constituição da República.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷ ensina que

sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras da boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

A preocupação com o cumprimento do princípio da moralidade administrativa justifica-se pelo fato de haver a necessidade de respeitar a sociedade em que a gestão está inserida e, principalmente, porque o ato administrativo imoral pode ser inválido.

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14^ª ed. São Paulo: 2002, p.79.

Sobre o princípio da moralidade, a atual presidente do Supremo Tribunal Federal, ministra Cármen Lúcia, em obra que foi anteriormente citada, afirmou:

O princípio da moralidade administrativa tem primazia sobre os outros princípios constitucionalmente formulados, por constituir-se, em sua exigência, de elemento interno a fornecer a substância válida do comportamento público. Toda atuação administrativa parte deste princípio e a ele se volta. Os demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, somente podem ter a leitura correta no sentido de admitir a moralidade como parte integrante do seu conteúdo. Assim, o que se exigem no sistema de Estado Democrático de Direito no presente, é a legalidade moral, vale dizer, a legalidade legítima da conduta administrativa.⁸

Compreenda-se, portanto, que os princípios constitucionais não podem ser interpretados em momento algum isoladamente, e, em decorrência disto, o ato administrativo precisa ser avaliado considerando a impessoalidade, a probidade, a razoabilidade, a imparcialidade, a lealdade, a legalidade, a finalidade, a economicidade e os muitos outros presentes no ordenamento jurídico-ético brasileiro.

Na análise da figura que reconhecemos como nepotismo, alia-se diretamente ao princípio da moralidade, o princípio da impessoalidade, que o administrativista Hely Lopes Meirelles⁹ denomina de princípio da finalidade administrativa, ensinando que

8 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.213-214.

9 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 82.

o princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art. 37, *caput*), nada mais é do que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.

O princípio exige que toda a ação governamental tenha como meta o atendimento das necessidades dos administrados no sentido de sociedade e de atendimento de expectativas da maioria e não de alguns em particular. A atividade administrativa precisa atender a todos e, por esta razão, a ação governamental não pode prejudicar ou beneficiar pessoas ou pequenos grupos determinados, pois a finalidade maior é o interesse público.

Segundo o ministro Alexandre de Moraes¹⁰, na obra *Direito Constitucional*:

Esse princípio completa a idéia já estudada de que o administrador é um executor do ato, que serve de veículo de manifestação da vontade estatal, e, portanto, as realizações administrativo-governamentais não são do agente político, mas sim da entidade pública em nome da qual atuou.

Dirley da Cunha Júnior¹¹, falando sobre a aplicabilidade do princípio da impessoalidade na administração pública, afirma que:

A atuação impessoal da Administração Pública é imperativo que funciona como uma via de mão dupla, pois se aplica em relação ao administrado e ao administrador. [...] já respeitante ao administrador, ela é imputada à pessoa jurídica, jamais à pessoa física dos agentes públicos. Isso quer dizer que este princípio também significa que os atos e provimentos admi-

10 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.295

11 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. Salvador: Ed. PODIVM, 2007, p. 39.

nistrativos são imputáveis não ao agente que os pratica, mas sim ao órgão ou entidade da Administração Pública, em nome dos quais o agente atua.

Essa distinção se faz presente quando da necessidade de validar ato administrativo praticado por autoridade indevidamente investida, considerando que a prática não decorreu da pessoa que o executou na condição de agente público e sim por força da pessoa jurídica, órgão público que o realizou.

A impessoalidade, além de estar citada expressamente no *caput* do art. 37, na condição de princípio da administração pública, também ecoa do § 1º do mesmo artigo, quando veda expressamente a promoção pessoal do agente público, utilizando a publicidade dos atos governamentais.

A inobservância ao princípio da impessoalidade configura em última instância o também reconhecido desvio de poder. Ao deixar de prover o fim visado que deve ser sempre o interesse público e praticar atos com motivação ou fins diversos daqueles estabelecidos na lei, agindo em descompasso com esta, ocorre a prática de conduta indevida que configura o desvio de finalidade ou mais expressamente o desvio de poder.

A nomeação de familiares para o exercício de função pública de confiança, embora admitida esta última pelo texto constitucional, é desvio de poder sempre que não ficar comprovada a extrema impossibilidade de designar-se outro profissional que não parente para o cumprimento da função. O fato de encontrar “confiança” somente entre os parentes apresenta um quadro de “empresa familiar” ao público, que não condiz em hipótese alguma com a finalidade e a impessoalidade de que deve revestir-se a administração pública.

O administrativista Juarez Freitas¹² ensina com maestria:

12 FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 65.

O princípio da impessoalidade determina que o agente público proceda com desprendimento, atuando desinteressada e desapeadamente, com isenção, sem perseguir nem favorecer, jamais movido por interesses subalternos. Mais: postula-se o primado das idéias e dos projetos marcados pela solidariedade em substituição aos efêmeros cultivadores do poder como hipnose fácil e encantatória.

Perceptível, portanto, a inviabilidade do favoritismo a grupos familiares, utilizando-se da permissibilidade da nomeação *ad nutum* de cargos em comissão para o exercício de funções de confiança na administração pública.

O favoritismo pode ser constatado quando uma parcela considerável de recursos públicos, quantificados em salários, é repassada para um ou dois grupos familiares, sob a alegação de que os parentes são mais competentes, ou mais dedicados, ou mais cuidadosos, ou mais interessados na consecução dos objetivos do governo.

O favoritismo é real quando a transparência na administração se torna pouco pública, ou os atos são mascarados visando a encobrir formas de enriquecimento ilícito exatamente nos órgãos em que o comando é realizado por parentes da autoridade maior, ou ainda quando alguém é favorecido em processos licitatórios fraudulentos, em razão dos laços de parentesco. Pode ocorrer ainda o financiamento indevido de viagens ou o pagamento de diárias e o oferecimento de treinamentos, cursos ou atualizações em detrimento de servidores do quadro efetivo que atuem em áreas específicas, objeto desses treinamentos.

A Constituição, embora possibilite a nomeação de cargos de confiança em comissão, não o faz com liberalidade. No inc. V do art. 37 estão estabelecidos limites para essa nomeação: “casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei”. Portanto, não é à vontade do governante e sim nos limites da lei.

As justificativas para a prática indevida têm os mais diversos matices, como afirmar que não é errado beneficiar algum parente se isto não causar prejuízo a outras pessoas; ou que o parente que atua com correção e interesse

não pode ser prejudicado e impedido de alcançar um cargo de direção, chefia ou assessoramento, apenas por que é parente da autoridade; ou, ainda, a desculpa mais tradicional, que é a “confiança”, considerando que ninguém é mais confiável que o filho ou a esposa.

Ocorre que há dano a outros, pois desconsidera-se o princípio da isonomia e com isso a sociedade fica impedida de tentar galgar esses postos. De outra forma, a “confiança” citada no inc. V do *caput* do art. 37, não se refere à confiança pessoal da autoridade nomeante, mas sim à confiança institucional para o Ente público e a sociedade em geral, pois depreende-se da função do ocupante do cargo, que ele vai cumprir suas obrigações para com o grupo social em que está inserido e que aguarda práticas éticas, honestas e fiéis aos objetivos da administração e aos princípios da administração pública.

4. A SÚMULA VINCULANTE 13

O marco atual do combate ao nepotismo em toda a administração pública iniciou-se com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Em outubro de 2005, o CNJ editou a Resolução 7, que pretendia inibir as práticas de nepotismo no Poder Judiciário, ao disciplinar “o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências”. Entre outras vedações, a resolução estabeleceu que passavam a ser consideradas práticas de nepotismo:

o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juizes vinculados; II – o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, de cargos de provimento em comissão, ou de funções gratificadas, por cônjuges, companheiros ou pa-

rentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de dois ou mais magistrados, ou de servidores investidos em cargos de direção ou de assessoramento, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações; III – o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento; IV – a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento; V – a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento; (Redação dada pela Resolução nº 229, de 22.06.16) VI – a contratação, independentemente da modalidade de licitação, de pessoa jurídica que tenha em seu quadro societário cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade até o terceiro grau, inclusive, dos magistrados ocupantes de cargos de direção ou no exercício de funções administrativas, assim como de servidores ocupantes de cargos de direção, chefia e assessoramento vinculados direta ou indiretamente às unidades situadas na linha hierárquica da área encarregada da licitação. (Incluído pela Resolução nº 229, de 22.06.16)

A partir dessa resolução, começaram a pipocar em todo o país recomendações do Ministério Público e, mais adiante, Ações Cíveis Públicas, apontando para o impedimento de prática de nepotismo no Poder Executivo e, em alguns Estados, também no Poder Legislativo.

Provocou uma reação imediata, pois muitos interesses políticos estavam sendo contrariados e muitas acusações de improbidade começavam a preocupar os agentes políticos em todos os níveis.

Como sempre, a ação do Ministério Público foi muito incisiva contra prefeitos municipais, como se somente eles utilizassem a prática de nomear parentes para o exercício de cargos em comissão e funções gratificadas.

Essa atuação provocou uma disseminação de recomendações emitidas por representantes do Ministério Público nas comarcas, a todos os prefeitos daquela jurisdição e, em decorrência destas, a interposição de algumas Ações Cíveis Públicas. Como normalmente ocorre, as ações assustam os gestores locais, que correm a atender ao que o Ministério Público recomenda sem sequer discutir se a medida tem amparo legal ou não. Por essa razão, e somente por essa, os representantes do Ministério Público interferem em excesso na administração pública local. Em muitos casos, positivamente, auxiliando no cumprimento de princípios fundamentais da administração pública e contribuindo com o atendimento de necessidades básicas da população. No entanto, em outros casos, contribui para a desorganização dos orçamentos e conseqüentemente da gestão, ao atuar no pleito de cumprimento de responsabilidades de outros Entes da Federação ou no atendimento de ações particularizadas para segmentos específicos, em total desconsideração com os direitos da maioria que, para o atendimento destes pleitos, acaba desassistida em garantias fundamentais.

Em uma dessas ações, o prefeito de um Município resolveu discutir o assunto até o final e a ação foi parar no Supremo Tribunal Federal, que acabou por originar a Súmula Vinculante 13.

Esperava-se que o assunto ficasse resolvido, mas não foi assim. A súmula não alcançou os agentes políticos, aqueles referidos no § 4º do art. 39 da Constituição, quais sejam: o membro de poder, o detentor de mandato eletivo, os ministros de Estado e os secretários estaduais e municipais, que, segundo a decisão do STF, continuariam sendo de livre escolha da autoridade nomeante.

Ocorre que há doutrinadores que entendem a nomeação de parentes, simplesmente por sê-lo ou porque seriam da mais estrita confiança, como violação aos princípios insertos no *caput* do art. 37 e, entre eles, especificamente os princípios da moralidade e da impessoalidade.

Na obra *Curso de Direito Administrativo*¹³, Celso Antônio Bandeira de Mello prega que

violiar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.

A Súmula Vinculante 13 estabelece que:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

13 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 943.

Na discussão sobre a aplicabilidade da súmula, posicionou-se o ministro Ayres Britto para esclarecer o não alcance de seu teor aos agentes políticos, como segue:

Então, quando o art. 37 refere-se a cargo em comissão e função de confiança, está tratando de cargos e funções singelamente administrativos, não de cargos políticos. Portanto, os cargos políticos estariam fora do alcance da decisão que tomamos na ADC nº 12, porque o próprio capítulo VII é Da Administração Pública enquanto segmento do Poder Executivo. E sabemos que os cargos políticos, como por exemplo, o de secretário municipal, são agentes de poder, fazem parte do Poder Executivo. O cargo não é em comissão, no sentido do artigo 37. Somente os cargos e funções singelamente administrativos – é como penso – são alcançados pela imperiosidade do artigo 37, com seus lapidares princípios. Então, essa distinção me parece importante para, no caso, excluir do âmbito da nossa decisão anterior os secretários municipais, que correspondem a secretários de Estado, no âmbito dos Estados, e ministros de Estado, no âmbito federal.¹⁴

Todas as recomendações do Ministério Público na maioria dos Municípios e dos Estados tinham sua ação voltada para o alcance das figuras dos secretários municipais e dos secretários estaduais e não ficaram resolvidas com a edição da Súmula Vinculante 13.

Permanecendo aberta a discussão, continuaram a ser invocados em todos os processos a violação aos princípios da administração pública, ou seja, a tentativa das autoridades nomeantes de sobre por sobre o interesse público, o particular, com a designação de parentes para a condução dos negócios administrativos dos Entes públicos locais ou regionais.

14 Voto do ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgamento em 20 ago. 2008, RE 579951. DJe de 24 out. 2008.

5. AS AÇÕES DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE CONTRA O NEPOTISMO

Os Tribunais de Contas, a Controladoria Geral da União e principalmente o Ministério Público têm apontado sucessivamente as práticas de nepotismo na administração pública, que se mantiveram em larga escala e eram consideradas mesmo “normais” até a promulgação da Emenda Constitucional 45 de 31 de dezembro de 2004, que reforma as relações do Poder Judiciário e cria a Conselho Nacional de Justiça entre outras importantes inovações.

Em trabalho publicado em 2006, Carlos Wellington Leite de Almeida¹⁵, servidor do Tribunal de Contas da União, afirma:

A escolha de parentes ou amigos para ocupar cargos públicos não traz qualquer vantagem para a Administração Pública. Ao contrário, mancha sua imagem e gera diversos efeitos negativos. Entre os efeitos danosos da prática do nepotismo, podem-se distinguir, claramente, quatro. O primeiro deles é de ordem política e diz respeito às relações de poder. O segundo é de ordem jurídica e se refere à violação de normas regularmente produzidas. O terceiro, de ordem econômica, diz respeito à distribuição de recursos. O quarto, de ordem sociológica, diz respeito à reação social ao nepotismo.

O efeito político do nepotismo é altamente danoso para as instituições. Isso porque a prática, como decorrência do elo pessoal que se forma entre superior e subordinado, favorece a manutenção de estruturas institucionais ultrapassadas e a continuidade, muitas vezes perpetuação, de relações de poder ilegítimas.

15 ALMEIDA, Carlos Wellington Leite de. Controle Externo e Combate ao Nepotismo. *Revista do Tribunal de Contas da União*, jan./dez. de 2006.

Na obra referida, o professor discorre sobre a história do TCU, relatando que, conforme a biografia de Innocencio Serzedello, fundador do Tribunal de Contas da União em janeiro de 1893 e ministro da Fazenda nesse mesmo ano:

Por não concordar com a nomeação de um parente do ex-presidente Deodoro da Fonseca, para cargo no Ministério de Viação e Obras Públicas, recebeu a censura do Presidente da República Floriano Peixoto, o qual passou a redigir decretos que retiravam do Tribunal a competência para impugnar despesas consideradas ilegais. No dilema ético que então se configurou, Serzedello Corrêa preferiu renunciar ao Ministério que a seus princípios.

O TCU em várias ocasiões manifestou, por seus julgados, contrariedade às práticas de nepotismo, sendo os primeiros que se tem notícia datados de 1997. A decisão 118, de 1994, proibiu a nomeação, admissão ou contratação de parentes consanguíneos ou afins, até o terceiro grau, para as funções de gabinete, quaisquer cargos em comissão e funções gratificadas, no âmbito da Justiça do Trabalho.

O TCU também firmou posição no sentido de que é dispensável a existência de lei que proíba o nepotismo, pois as vedações estão implícitas nos princípios da moralidade e da impessoalidade e, ainda, respeitando o princípio da legalidade, não pode o gestor da res pública praticar ato que não esteja expressamente autorizado em lei.

O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul em seu *site* define nepotismo como sendo:

Prática vedada pelo ordenamento jurídico que se caracteriza pela prática de nomeação para cargos públicos ou distribuição de favores ou empregos a parentes.¹⁶

16 Disponível em: <<http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/publicacoes/glossario/#n>>.

Uma forma bastante clara de expressar o entendimento do tribunal sobre a prática de nepotismo e, em razão disso, vários são os apontamentos relacionados com a prática nepótica tanto no Poder Executivo quanto nos Legislativo daquele Estado.

O Tribunal de Contas de Minas Gerais¹⁷, respondendo à consulta formulada por um prefeito municipal sobre o tema, assim se posicionou:

EMENTA: CONSULTA – PREFEITURA MUNICIPAL – AGENTES POLÍTICOS – NOMEAÇÃO DE PARENTES PARA CARGO DE NATUREZA POLÍTICA – NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA VINCULANTE N. 13, APRIORISTICAMENTE – NECESSIDADE DE O NOMEADO POSSUIR APTIDÃO PARA O EXERCÍCIO DO CARGO, QUE NÃO SE CONFUNDE COM A EXIGÊNCIA DE FORMAÇÃO ACADÊMICA – OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, DA IMPESSOALIDADE E DA EFICIÊNCIA – NÃO CONFIGURA DIREITO POTESTATIVO DO GESTOR A LIVRE INDICAÇÃO DE PARENTES – A AFERIÇÃO DA CONDUTA VIOLADORA DOS PRINCÍPIOS REGENTES DEVERÁ SER ANALISADA CASO A CASO – PRECEDENTE: CONSULTA N. 835857. 1) Inexiste vedação apriorística de nomeação de parentes de autoridades públicas para os cargos de natureza política. A aferição da conduta violadora dos princípios que regem a administração ocorrerá quando da análise do caso concreto, não sendo lícita presunção de injuridicidade. Não configura direito potestativo do gestor eleito a livre indicação de parentes para os cargos políticos, devendo a escolha ser realizada com responsabilidade, pautada no melhor interesse público, impondo-se, em cada caso específico, a fiel observância dos princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência. 2) Não é possível, em princípio, apontar um número específico de nomeações que sejam admitidas pelo ordenamento jurídico.

17 TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Ementa de Parecer em Consulta, Tribunal Pleno. Processo n.: 888123.

Esse juízo somente poderá ser feito no caso concreto, sendo óbvio que quanto maior o número de parentes nomeados para o secretariado, maiores serão as chances de caracterização de atos ímprobos. 3) Embora não se possa exigir que o nomeado tenha diploma em curso superior ligado à área da pasta, isso não significa que a nomeação possa recair em cidadão não preparado, pois, diante da responsabilidade decorrente do cargo público – em que estarão em jogo interesses da coletividade – é imperioso que haja aptidão daquele que se propõe a exercê-lo. Essa aptidão será reconhecida, no mínimo, em face de sua formação empírica, isto é, do conhecimento adquirido por meio de sua experiência profissional, o que não se confunde com a exigência de formação acadêmica.

Esclarecedora a posição do TCE de Minas Gerais e orientativa quanto aos cuidados que o gestor deve ter, levando em conta não o grau de parentesco na nomeação de agentes políticos, mas principalmente a observância aos princípios e à qualificação dos ocupantes dos cargos, privilegiando o conhecimento e a experiência para seu exercício.

Esta tem sido em geral a linha adotada pelos Tribunais de Contas da maioria dos Estados da Federação, considerando que a Súmula Vinculante nº 13 afastou a incidência de nepotismo nas nomeações de agentes políticos.

Ivan Barbosa Rigolin¹⁸, citando Diógenes Gasparini, transcreve afirmação do renomado jurista sobre o tema, que se copia:

[...] de duvidosa constitucionalidade as vedações impostas por certas Leis Orgânicas Municipais ao direito de livre nomeação que a Constituição Federal outorga à autoridade competente para escolher os ocupantes de cargos, funções ou empregos em comissão.

18 RIGOLIN, Ivan Barbosa. Sobre o nepotismo: Uma reflexão sobre moralidade e moralismo. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, 34, 2008, p. 147-158.

Isto para discutir sobre a inexistência de vedação expressa na legislação brasileira sobre a matéria nepotismo e justificar as razões da ainda presente prática em alguns poderes, além da sustentação correta da autorização constitucional para que a autoridade máxima de algum órgão possa escolher ocupantes para determinados cargos.

Realmente importantíssima a consideração de Diógenes Gasparini, pois a vedação imporia uma inconstitucionalidade aviltante ao direito de qualquer cidadão de, sendo capaz, habilitado e experiente, assumir algum cargo de direção, chefia ou assessoramento pelo simples fato de ter vínculo de parentesco com a autoridade nomeante.

O que a vedação ao nepotismo pugna é pelo respeito ao princípio constitucional da impessoalidade, obrigando a autoridade nomeante a justificar para si e para a sociedade as escolhas que faz para os cargos que vão direcionar as práticas administrativas que tem como meta primeira o cumprimento do interesse público. E nesse momento, é de se perguntar: é o parente a pessoa mais preparada, habilitada, experiente e capacitada? Se efetivamente for, não será uma prática pessoal ou imoral.

No Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 579.951-4 oriundo do Estado do Rio Grande do Norte, em 20 de agosto de 2008, é possível extrair do voto do relator, ministro Ricardo Lewandowski, destaques que faz a votos de outros ministros. Entre os quais, o voto do ministro Gilmar Mendes¹⁹ quando do julgamento de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade que discutia a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça – que, como já referido, vedou a prática de nepotismo em todos os níveis, no âmbito do Poder Judiciário:

A indeterminação semântica dos princípios da moralidade e da impessoalidade não podem ser um obstáculo à determinação da

regra da proibição do nepotismo. Como bem anota Garcia de Enterria, na estrutura de todo conceito indeterminado é identificável um “núcleo fixo” (*Begriffkern*) ou “zona de certeza”, que é configurada por dados prévios e seguros, dos quais pode ser extraída uma regra aplicável ao caso. A vedação ao nepotismo é grã constitucional que está na zona de certeza dos princípios da moralidade e da impessoalidade.

Na mesma linha conduz a exposição o eminente relator, citando o voto do ministro Cezar Peluso²⁰ no julgamento acima referido, que lembrou:

As necessidades da administração pública dependem daquilo que Weber denominava a “dominação burocrática de impessoalidade formalística”, cujo conteúdo relevava bem com a expressão latina *sine ira et Studio*, ou seja, regida pelo dever jurídico estrito de não se deixar guiar, não se deixar conduzir, na tutela da coisa pública, nem por ódio, nem por amor.

Exige-se indiscutivelmente a presença dos aspectos objetivo e subjetivo para que se configure o nepotismo, pois além do fato de realmente existir uma relação de parentesco entre a autoridade nomeante e o nomeado, é imprescindível que exista o propósito de atender a uma vontade pessoal de nomear aquele parente para concretizar uma determinada meta. É a sobrevivência do arraigado patrimonialismo que se desenvolveu com a colonização e ampliou-se com a burocratização exacerbada que imperou por séculos e ainda persiste, embora desafiando todos os novos parâmetros da modernização de práticas e ferramentas.

Com essa avaliação, refere o relator da ADC 12-MC/DF, ministro Carlos Britto²¹, ao citar os princípios da moralidade e da impessoalidade no voto:

20 PELUSO, Cezar. *Voto no julgamento da ADC 12-MC/DF* – STF.

21 BRITTO, Carlos. *Voto de Relatoria no julgamento da ADC 12-MC/DF* – STF.

São conceitos que se contrapõem à multissecular cultura do patrimonialismo e que se vulnerabilizam, não há de negar, com a prática do chamado “nepotismo”. Traduzido este no mais renitente vezo da nomeação ou da designação de parentes não-concursados para trabalhar, comissionadamente ou em função de confiança, debaixo da aba familiar dos seus próprios nomeantes. Seja extensivamente, seja pela fórmula enrustida do cruzamento.

A linha que o Supremo encaminhou para a discussão e a decisão que acabou por editar a Súmula Vinculante 13 levou para o entendimento da autoaplicabilidade dos princípios expressos no *caput* do art. 37 da Constituição da República, deixando patente a desnecessidade de lei editada pelo poder ou órgão para instituir a vedação.

É o que se pode extrair da posição do ministro relator no julgamento do Recurso Extraordinário 579.951-4 oriundo do Estado do Rio Grande do Norte, em 20 de agosto de 2008, ministro Ricardo Lewandowski, que leciona em seu voto:

[...] embora existam diversos atos normativos no plano federal que vedam o nepotismo, inclusive no âmbito desta Corte, tal não significa que apenas leis em sentido formal ou outros diplomas regulamentares sejam aptos a coibir a nefasta e anti-republicana prática do nepotismo. É que os princípios constitucionais, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e “positivamente vinculantes”, como ensina Gomes Canotilho.²²

22 LEWANDOWSKI, Ricardo. *Voto na Relatoria do Recurso Extraordinário 579.951-4* – STF – agosto de 2008.

Lembra o relator que a inobservância dos princípios entendidos como “natureza apenas programática”, acaba por acionar conseqüências jurídicas tão sérias quanto a “carga de normatividade” que eles impõem. E corrobora:

Independentemente da preeminência que ostentam no âmbito do sistema ou da abrangência de seu impacto sobre a ordem legal, os princípios constitucionais, como se reconhece atualmente, são sempre dotados de eficácia, cuja materialização pode ser cobrada judicialmente, se necessário.

Em decorrência, preceitua em seu voto o nobre julgador que os princípios exigem que “o agente público paute a sua conduta por padrões éticos que têm como fim último lograr a consecução do bem comum” em qualquer esfera de poder e assevera que os constituintes, tanto o originário como o derivado, instituíram “balizas de natureza cogente” visando a impedir que os administradores públicos pudessem nomear parentes para cargos em comissão ou funções de confiança, reduzindo ao máximo “a discricionariedade do administrador público no tocante ao preenchimento dos cargos em comissão e de confiança”.

Ratifica ainda o ministro relator:

Assim, o argumento, data vênia falacioso, de que, se a Carta Magna não vedou expressamente a ocupação de cargos em comissão ou de confiança por parentes, essa prática seria lícita, não merece prosperar, pois totalmente apartada do etos que permeia a “constituição-cidadã” a que se referia o saudoso Ulisses Guimarães.

Muito clara, portanto, a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, já que a maioria seguiu o voto do ministro relator, que demonstra o entendimento de que os princípios são efetivamente autoaplicáveis e que a vedação ao nepotismo “decorre exatamente da conjunção desses princípios da Constituição, com o etos prevalente na sociedade brasileira”.

Posteriormente à edição e publicação da Súmula Vinculante 13, o STF foi instado a decidir outras ações relativas ao mesmo assunto e principalmente em relação aos agentes políticos, matéria não alcançada pela Súmula.

No Agravo Regimental em que foi relatora a ministra Ellen Gracie, e que discutia a nomeação de irmão de governador de Estado para cargo de secretário estadual, o STF decidiu que:

Agravo Regimental em Medida Cautelar em Reclamação. Nomeação de irmão de Governador de Estado. Cargo de Secretário de Estado. Nepotismo. Súmula Vinculante nº 13. Inaplicabilidade ao caso. Cargo de Natureza Política. Agente Político. Entendimento Firmado no Julgamento do Recurso Extraordinário 579.951/RN. Ocorrência de Fumaça de Bom Direiro. Impossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante nº 13, por se tratar de cargo de natureza política.

A discussão em relação ao aproveitamento de parentes da autoridade nomeante para a atuação em cargos de natureza política permanece em aberto e sujeita à avaliação caso a caso, considerando que entendida como viável diante do que estabelece o inc. V do *caput* art. 37 da Constituição, porém com a parcimônia indispensável ao atendimento do interesse público em primeiro lugar.

Na Reclamação 7590, julgada em 30 de setembro de 2014, sendo relator o ministro Dias Tófoli, o Supremo Tribunal Federal decidiu que:

EMENTA. Reclamação – Constitucional e administrativo – Nepotismo – Súmula vinculante nº 13 – Distinção entre cargos políticos e administrativos – Procedência. 1. Os cargos políticos são caracterizados não apenas por serem de livre nomeação ou exoneração, fundadas na fidúcia, mas também por seus titulares serem detentores de um munus governamental decorrente da Constituição Federal, não estando os seus ocupantes enquadra-

dos na classificação de agentes administrativos. 2. Em hipóteses que atinjam ocupantes de cargos políticos, a configuração do nepotismo deve ser analisado caso a caso, a fim de se verificar eventual “troca de favores” ou fraude a lei. 3. Decisão judicial que anula ato de nomeação para cargo político apenas com fundamento na relação de parentesco estabelecida entre o nomeado e o chefe do Poder Executivo, em todas as esferas da federação, diverge do entendimento da Suprema Corte consubstanciado na Súmula Vinculante nº 13. 4. Reclamação julgada procedente.

Tem-se, portanto, que não é vedada a nomeação de algum parente para o exercício de função como agente político, ou seja, aqueles expressamente reconhecidos pelo § 4º do art. 39 da Constituição, quais sejam: os ministros de Estado e os secretários estaduais e municipais, porém, mesmo assim, há a obrigatoriedade da análise caso a caso, levando-se em conta o interesse público. É o mesmo que estabelecer como regra que o designado seria indiscutivelmente o melhor para exercer aquela função naquele momento.

Não cabe, por exemplo, a nomeação de uma pessoa totalmente sem habilitação e sem experiência para o exercício de uma função de secretário simplesmente porque isto é da vontade da autoridade nomeante. Tem de se levar em conta que a autoridade nomeante tem extrema responsabilidade sobre a condução dos negócios públicos, logo, agirá com improbidade se descuidar do preparo, da habilitação, da capacitação e do controle dos atos da sua equipe de governo.

6. CONCLUSÃO

Muito necessária a discussão de tema que tão diretamente interessa ao povo e principalmente às nossas pequenas comunidades, onde nem sempre é muito fácil separar o interesse público dos grupos familiares, pois que há cidades onde quase todos são parentes ou no máximo duas ou três famílias predominam na construção da sociedade local.

Embora já existente regra básica sobre a prática do nepotismo na administração pública brasileira, é muito importante destacar que a Súmula Vinculante por si não tem o poder de resolver definitivamente a questão, já que não lhe é dado o condão de abranger todas as situações que possam vir a provocar a ação do Ministério Público ou da própria população por ultrapassarem os limites do bom senso ou da tolerância, desconsiderando o interesse público, razão primeira da existência do poder público e da ação governamental.

A pesquisa realizada e a verificação das decisões do Supremo, bem como a leitura de decisões dos Tribunais de Justiça nos Estados e principalmente os apontamentos dos Tribunais de Contas, permitem concluir que o reconhecimento da importância dos princípios norteadores da administração pública ainda é uma ação a ser empreendida com entusiasmo e perseverança. Principalmente porque a esmagadora maioria da população, bem como grande parcela dos agentes políticos e dos servidores públicos que atuam nos mais diversos segmentos da administração pública no país, os desconhece, .

Nos Municípios, o apelo pela utilização de parentes nos cargos-chave da gestão ainda é uma prática usual e até mesmo quase que impositiva, como a presença das primeiras-damas nas secretarias de Assistência Social. Sendo um “costume confortável”, continua a ser seguido, e em muitas ocasiões custa caro ao erário por se transformar em encargo ineficiente. De outra forma, em alguns Municípios os resultados dessa prática são extremamente proveitosos, e a população menos favorecida alcança ganhos reais com a presença de uma assistente social, ou de uma socióloga ou de uma professora que casualmente é primeira-dama e sabe muito bem o que é indispensável fazer para melhorar as condições de vida de grupos vulneráveis.

É, portanto, uma situação que foge ao trivial, visto que em cada caso se afigurará justificativa capaz de validar ou não a prática.

Os documentos analisados e as obras que foram suporte ao desenvolvimento deste trabalho possibilitam o claro entendimento de que a nomeação de parentes para o exercício de cargos na administração pública, principalmen-

te cargos em comissão e funções gratificadas, configura a prática de nepotismo. Essa prática contraria os preceitos pregados pelos princípios da moralidade e da impessoalidade inscritos no *caput* do art. 37 da Constituição da República como princípios da administração pública, que precisam ser obrigatoriamente seguidos por todos aqueles que atuam em nome do público.

O Supremo exarou o entendimento de que essas vedações diretamente originadas dos princípios não alcançam os agentes políticos por força do que preceitua o inc. V do *caput* do mesmo art. 37 da Constituição, ao possibilitar o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento por pessoas ocupantes de cargos em comissão de livre nomeação e exoneração ou e preferencialmente por servidores públicos.

Por outro lado, isso não quer dizer que para o exercício de funções de ministros de Estado, secretários estaduais ou municipais, isso esteja totalmente livre, pois este cargo que pressupõe capacidade de gestão e conhecimento profundo da pasta a ser dirigida. Exige dos ocupantes requisitos que devem estar previstos em lei, logo, não será o fato de ser parente da autoridade nomeante que habilitará uma pessoa a exercê-lo e quando isto acontecer será sim nepotismo, prática ilícita e ímproba.

É, portanto, uma livre nomeação que deve ser muito bem pensada e medida, já que a responsabilidade pela escolha dos auxiliares é da autoridade, assim como a responsabilidade pelas práticas indevidas que eventualmente algum desses auxiliares venha a praticar. Logo, a nomeação de parente como secretário precisa estar acompanhada do preenchimento dos requisitos legais exigíveis para o cargo e da convicção de que não está sendo preterida outra pessoa mais preparada e com melhor habilitação e experiência para exercer essa função pública.

7. Bibliografia

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*. 13^a ed. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2007.

ALMEIDA, Carlos Wellington Leite de. Controle Externo e Combate ao Nepotismo. *Revista do Tribunal de Contas da União*, jan./dez. de 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Ação Declaratória de Constitucionalidade: Vedação ao Nepotismo. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, 4, jan./fev. 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Quem somos*. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj-quem-somos-visitas-e-contatos>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Site institucional*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23^a ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2010.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 16^a ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. Salvador: Ed. PODIVM, 2007.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. *Site institucional*. Disponível em: <<http://www.tce.mg.gov.br/>>.

MODESTO, Paulo. Nepotismo em Cargos Político-Administrativos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 3, out./nov./dez. 2012.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2005.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2000.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Sobre o nepotismo: Uma reflexão sobre moralidade e moralismo. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, 34, 2008, p. 147-158.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. *Site institucional*. Disponível em: <<http://www.tce.rs.gov.br/>>.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

A AUTONOMIA FINANCEIRA LOCAL E AS TRANSFERÊNCIAS GOVERNAMENTAIS: UMA MITIGAÇÃO DO PODER LOCAL?

Rafael Verdum Cardoso Figueiró¹

Sâmia Caroline Souza Kist²

RESUMO: Este artigo propõe a análise reflexiva da questão do federalismo no Brasil e da possibilidade de fragmentação do poder, resultando no surgimento de novas estruturas políticas e sociais. Dispõe sobre a importância da figura do Município para o contexto nacional, ao problematizar sua autonomia, almejada durante anos e consagrada na Constituição Federal de 1988. Coloca a transparência como conjectura de amparo municipal, ratificada atra-

1 Advogado, mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz, linha de pesquisa Direito Social e Políticas Públicas. Integrante do grupo de estudos "Gestão Local e Políticas Públicas", coordenado pelo Pós-doutor Ricardo Hermany. Contato: rfaverdum@gmail.com.

2 Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Membro do grupo de pesquisas "Gestão Local e Políticas Públicas", vinculado ao Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Membro do grupo de pesquisa "Interdisciplinaridade e Direito", vinculado ao Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UCS. Especialista em Direito Civil. Advogada. Contato: samiacaroline_sk@hotmail.com

vés da Lei Complementar n.101 de 2000 que aproxima os cidadãos dos governantes. Nessa concepção analisa as receitas municipais em cidades do Litoral Norte do Rio Grande do Sul, verifica a arrecadação local e as movimentações advindas das esferas federal e estadual com o propósito de alcance de pressupostos de autonomia financeira.

Federalismo – poder local – autonomia municipal

Introdução

O tema proposto para este artigo diz respeito à divisão territorial do poder político. Para tanto parte-se de sua clássica noção, a fim de verificar como ela se desenvolveu ao longo da história até adotar a forma presente nos Estados Modernos. Nesse sentido, o trabalho volta-se ao cenário nacional, em decorrência da peculiar tripartição da organização política brasileira.

A delimitação temporal adotada foi o ano de 2016 e a especial os municípios do litoral norte do estado do Rio Grande do Sul, notadamente aqueles que a apresentam os maiores índices de ocupação populacional e as maiores taxas de arrecadação financeira. Acredita-se que assim seja possível traçar uma amostragem segura da realidade financeira presente no âmbito dos municípios do Litoral Norte do estado.

Tem-se como principal ponto de partida a hipótese de que a concentração do poder já não atende aos reclamos da sociedade contemporânea, e por isto, o objetivo geral se traduz na intenção de verificar o desenvolvimento do poder político no Brasil e sua consequente influência na organização federativa.

Para tanto, parte-se de uma breve exposição histórica a respeito do tema, para ao fim demonstrar os pressupostos aptos a conduzirem o controle social da gestão pública, notadamente no campo da tributação local e do desenvolvimento da autonomia municipal.

O problema proposto como indagação central é a questão de saber se a simples repartição territorial, amparada na delimitação constitucional de competências, tem condão de ensejar a autonomia financeira dos municípios. Assim o objetivo deste trabalho está voltado para análise material da arrecadação dos corpos federativos locais.

Nessa senda, é analisado o total de arrecadação dos maiores e dos menores municípios do Litoral Norte, juntamente com o montante de transferências governamentais recebidas nestas localidades, para ao fim identificar o impacto e (im)possibilidade de aferição da autonomia financeira local.

1. O federalismo e a divisão do Poder Político

A noção de poder político pode ser encontrada na ideia clássica de composição das estruturas sociais. Esta vertente assegura que há uma sucessão de círculos concêntricos, os quais se alargam e vão sendo substituídos, uns aos outros, à medida que as responsabilidades e necessidade do corpo social ganha um eixo de amplitude mais dilatado. Nesse sentido, Aristóteles³ afirma que o Estado Político acaba sendo formado por vários círculos de poder; sendo a necessidade diária de proteção o fator de união destes grupos em torno da necessidade de proteção.

Este posicionamento revela uma certa relação de subserviência entre os círculos que compõe a estrutura social; a ideia aristotélica de formação do corpo político faz perceber que os círculos menores, ao mesmo tempo que mantêm sua coesão interna por meio do atingimento de finalidades comuns, acabam servindo de apoio para a existência do círculo maior. A estrutura superior acaba por consumir a inferior na medida em que a utiliza como mero instrumento de suporte existencial.

3 ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 14.

Tal entendimento é visto por Dallari⁴ como um posicionamento recorrente na história da organização do poder político moderno, enfatizando que a noção aristotélica de organização social possui uma força dominante com origem no período da antiguidade clássica, passando pelo medievo e, ao chegar ao século XVIII, ainda apresenta grande força. É justamente nesta época, que tem início a redefinição dos novos modelos de formatação social, os quais já não colocam a sociedade como um instrumento a serviço do Estado.

Ao analisar esses movimentos da organização política, Streck e Moraes⁵ identificam a existência de uma classificação binária do tema: ou os Estados Nacionais se apresentam sobre a forma unitária, com forte concentração do poder, ou compõe-se em divisões internas, com níveis variados de descentralização e autonomia política.

Seguindo esses ensinamentos, é possível afirmar que Estado⁶ Unitário identifica-se à forma originária de composição social, tendo notícias de seu aparecimento logo após a queda do medievo. O sistema unitário tem como principal característica a centralização das decisões, e conforme lembram Streck e Moraes⁷

o modelo unitário se caracteriza, politicamente, pela unidade do sistema jurídico, excluindo qualquer pluralidade normativa e, administrativamente pela centralização da execução das leis e da gestão dos serviços. Os agentes inferiores atuam como meros executores (instrumentos de execução) e controladores, em obediência estrita às ordens recebidas do poder central. Um

4 DALARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 8.

5 STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 170.

6 A afirmação no sentido de que a sociedade está organizada sob a tutela de um Estado, tem um tratamento estipulativo, delimitado a partir da análise ocidental da temática. Sobre o tema ver DOWBOR, Ladislau. *O mosaico partido: a economia além das equações*. São Paulo: 2007. Disponível em: <<http://dowbor.org/2007/11/o-mosaico-partido-a-economia-alem-das-equacoes-doc-2.html>>. Acesso em: 20 de março de 2017.

7 Ibidem, p. 173.

único centro de decisão aliado a um instrumento de execução através de uma burocracia hierarquizada, sendo que pequena parcela de competência é atribuída aos agentes locais os quais, todavia, permanecem hierarquicamente submetidos. **Há uma parcela de poder político que é repassada, mas não há autonomia.**[sem grifos no original]

Ao passar do tempo e com o aparecimento de novas necessidades sociais, há um desgaste desse modelo centralizador, sobretudo pelo fato de que a concentração do poder afastar os cidadãos de vida política, colocando-os como meros destinatários das decisões que lhes dizem respeito. Nesta senda, ao final do século XVIII, novas imagens acerca da estrutura estatal ganham força e o modelo concentrado de organização é mitigado por ideais de descentralização e aproximação política.

Dentro do aparecimento dessas novas concepções, pode-se colocar as ideias defendidas por Hamilton⁸ ao verificar a situação política que percorre a América do Norte, ao final do século XVIII. Neste período a sociedade americana está posta frete ao dilema da concentração ou dispersão do poder político. Ao mesmo tempo em que a independência inglesa propicia uma emancipação política, cria uma incerteza quanto ao rumo da política externa de cada novo Estado independente.

Diante desse quadro, o modelo obtido assume a forma da criação de uma união entre as federações existentes, sacrificando parte de suas independências em nome prosperidade e da segurança política. Observando este movimento, Tocqueville⁹ afirma que a solução encontrada pelos norte-americanos não deve ser vista como um novo invento ou descoberta inédita; assim como é possível afirmar que a democracia possui inúmeras invenções e reinvenções,

8 HAMILTON, Alexander. *O federalista*. Belo Horizonte: Lider, 2003, p. 63.

9 TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: Leis e costumes de certas leis e costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. Tradução de Eduardo Brandão, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 175.

todas elas em diferentes momentos e em variados lugares, os americanos não podem ser considerados o exemplo primevo de organização federal.

Dessa forma, o arranjo federativo passa a ser encarado como sinônimo de um pacto, uma aliança em trono de um objetivo comum; fato que pode ser comprovado partindo-se da análise etimológica do termo: federação deriva do grego *foedus*, o qual significa aliança. Sua conceituação pode ser extraída a partir da ideia de Baracho¹⁰, segundo a qual o federalismo é um complexo sistema de organização política o qual possui em suas bases a conjugação da separação institucional, o encorajamento da democracia e o respeito da diversidade política de cada membro que compõe a aliança.

Outra característica marcante do Estado Federal se encontra na origem do poder político central, a qual pode ocorrer por agregação, quando vários Estados independentes se reúnem sob uma nova soberania, ou desagregação, onde um Estado unitário reparte parte de sua soberania em unidades menores. O primeiro caso, marca a característica da federação americana; já o segundo pode ser identificado ao método de surgimento da federação brasileira.

O modo como o poder político central surge, seja resultante da agregação ou desagregação de novas unidades, traz poucas consequências ao desenvolvimento da federação, ao menos em nível de organização territorial. Conforme lembra Miranda¹¹ o que interessa para o bem da federação é a impossibilidade de separação ou polarização de suas unidades; as estruturas federais só podem sobreviver mediante estabelecimento de uma integração política e jurídica; e esse papel cabe à Constituição Federal e não à história da federação.

Assim, a sistemática do pacto federativo, dentro do contexto até agora exposto, passa a desempenhar duas grandes funções. Em um primeiro momento rompe com a ideia aristotélica de subserviência social, estabelecendo um baliza-

10 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O conceito da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.43.

11 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 228.

mento seguro à concentração do poder soberano. Neste ponto, ao adotar mecanismos de descentralização e transferência de atividades aos menores círculos de sua composição, o federalismo assume um caráter de organização geopolítica.

Por outro lado, além de instruir a reorganização estatal, o modelo federativo tem como método de execução da gestão de governo, a utilização de mecanismos de descentralização da autoridade pública e subsidiariedade de prestações. Assim sendo, a forma federada de Estado é capaz de fortalecer as autonomias locais, fomentar as práticas de gestão democráticas e, ao mesmo tempo, fazer crescer no seio do espaço local o sentimento de pertencimento político daqueles a que se destina as ações de governo.

Assim sendo, não se pode pensar um modelo que canalize às instâncias superiores todas as preocupações políticas do cotidiano. Muito pelo contrário, quanto mais próxima ao espaço local estiverem sendo discutidas as decisões de gestão, mais reais e eficazes elas serão. Neste ponto, é possível afirmar que, sendo respeitados os princípios da autonomia de cada ente da federação, a ação política desenvolvida no modelo federal amplia a participação dos governados e fortalece a manutenção do próprio sistema.

Em termos nacionais, o marco histórico da reorganização política pode ser apontado com a proclamação da República em 1889 e a consequente Constituição Federal de 1891. Destes acontecimentos decorre a adoção da forma federativa; o que antes era uma distribuição administrativa do poder imperial, passa a identificar uma forma federada de organização política, ainda que seu surgimento tenha contornos canhestros. Contudo, no caso brasileiro, há mais uma desconcentração do poder central, a fim de evitar-se o desmembramento nacional, que uma conjugação de intenções políticas no intento de fortalecer um poder soberano, perfazendo aquilo que Miranda¹² adjetiva de federalismo por desagregação.

12 Ibidem.

Essas afirmações encontram respaldo no fato de que a federação brasileira surge sem se ter notícias da existência de qualquer fusão ou aliança entre as diferentes unidades integrantes do Império. A nova estrutura que surge no âmbito nacional, não é identificada a partir de uma cooperação política apta a inaugurar os contornos de um novo Estado.

No mesmo diapasão encontra-se a crítica exposta por Abrucio¹³ no sentido de que a formação da federação acaba por suprimir etapas, coloca a União antes das partes. No Brasil não há o mesmo nível de debate que se denota na construção da federação americana, enquanto lá os países independentes utilizaram da União para concentrar a força política, aumentando suas autonomias, aqui a federação é utilizada como sinônimo de desconcentração de poder, o que acaba por criar um círculo de disputa entre as entidades federadas e União nacional, gerando uma sensível tensão na composição geopolítica do Estado nacional.

As disputas políticas pela concentração do poder, ainda que não tenham fôlego para alterar a forma federativa, servem de pano de fundo a todo desenrolar da atuação governamental brasileira.

Toda essa instabilidade é amenizada com a promulgação da Constituição de 1998, a qual dá ao federalismo uma roupagem diferente das disputas internas e das tendências de canalização de poder e reforço das oligarquias locais. O federalismo que se instala no Brasil pós 1988, é reflexo de um movimento sentido em outras partes do ocidente, cujo foco principal é a obtenção de uma ação subsidiária da União, para que desta forma, se abram espaços para a mútua cooperação entre todos os componentes da federação.

Nessa esteira, é possível encontrar amparo nas proposições de Krell¹⁴, segundo as quais o modelo de federalismo disseminado em muitos dos países

13 ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os barrões da federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. São Paulo: HUCITEC, 1998, p. 32.

14 KRELL, Andreas. *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e coordenação intergovernamental em tempos de reforma administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.42.

ocidentais, é marcado pela integração e pelo fim das disputas entre uma autoridade centralizadora e as autonomias locais, configurando um forte compromisso de solidariedade, união e cooperação de esforços para bem atingir um satisfatório nível de bem-estar coletivo.

Na temática brasileira, esse novo arquétipo tende a representar um arranjo institucional muito mais trabalhoso e delicado, quando comparado aos padrões do federalismo de outras épocas. Em primeiro lugar, o sistema federal de outrora possui uma forte tensão entre concentração e desconcentração política, o que de certa forma até se repete no modelo atual, mas sob outras nuances.

Em segundo lugar, o federalismo instalado pela Constituição de 1988 já não está preocupado em manter um distanciamento entre as entidades locais e a União, antes, sua intenção é a obtenção de mecanismos de cooperação recíproca, que tornem a fortalecer a autonomia local, sem desconstituir a soberania nacional.

Harmonizar o fortalecimento das autonomias locais à manutenção da soberania nacional é o grande desafio do federalismo atual.

2. Autonomia dos Municípios e a transparência como mecanismo de controle

Antes de discutir o atual cenário da autonomia municipal, é preciso destacar importância do Município na organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, quando a Constituição Federal de 1988 o reconhece como ente da federação. Em um breve resgate das Constituições anteriores compreende-se tal relevância.

No Brasil, os Municípios foram criados por Portugal inspirados no modelo Europeu, quando nas Capitânicas Hereditárias eram criados centros de convivência, conforme Krell¹⁵:

Nesse contexto, um município já representava a congregação de várias dessas microsociedades com o centro comercial da região como sede do governo municipal, as Câmaras. O poder das câmaras passava a ser o poder dos proprietários: era eles que fixavam salários e preços, regulavam o curso e o valor das moedas, votavam a tributação, etc.

Posteriormente, a Constituição de 1824¹⁶, do período Imperial, formalmente determinou poderes aos Municípios em seus artigos 167, 168 e 169¹⁷, o que não ocorreu efetivamente, pois conforme ensina Riccitelli¹⁸, as províncias passaram a dominar, governadas por presidentes nomeados pelo imperador.

Em 1891¹⁹, a primeira Constituição Republicana, segundo Krell²⁰, apresentou certa autonomia aos Municípios, mas por haver falta de clareza, na prática passaram a ser influenciados pelos governos estaduais. A Carta de 1934²¹, promulgada sob a era Vargas, foi promulgada a Constituição que ma-

15 KRELL, Andreas Joachim. *O Município no Brasil e na Alemanha: direito e administração pública comparados*. São Paulo: Oficina Municipal, 2003.. p. 32

16 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 01 nov. 2015.

17 Art. 167. Em todas as Cidades, e Villas ora existentes, e nas mais, que para o futuro se crearem haverá Camaras, ás quaes compete o Governo economico, e municipal das mesmas Cidades, e Villas.

Art. 168. As Camaras serão electivas, e compostas do numero de Vereadores, que a Lei designar, e o que obtiver maior numero de votos, será Presidente.

Art. 169. O exercicio de suas funções municipaes, formação das suas Posturas policiaes, applicação das suas rendas, e todas as suas particulares, e uteis attribuições, serão decretadas por uma Lei regulamentar.

18 RICCITELLI, Antonio. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição*. São Paulo: Manole, 2001. 4.ed. p.84

19 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm . Acesso em 01 nov. 2015.

20 KRELL. Op. Cit. p. 34

21 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 01 nov. 2015.

nifestou alterações com emprego de autonomias locais. Contudo, permaneceu por tempo reduzido em função da ditadura que se implantou no país. Por essa trajetória ditatorial²² a Constituição de 1937²³

Em 1946²⁴ a Constituição recebeu aperfeiçoamentos conforme o contexto nacional²⁵. A esfera municipal ganhou força e foi tratada com ênfase, conforme seu artigo 28:

Art 28 - A autonomia dos Municípios será assegurada:

I - pela eleição do Prefeito e dos Vereadores;

II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente,

a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação das suas rendas;

b) à organização dos serviços públicos locais.

A Carta Magna de 1988 legisla sobre amplos temas locais e confere autonomia à figura do Município ao torna-lo ente da Federação. Descentralizou o poder, aproximou o governo de seu povo que há muito já o idealizava como autônomo.

O constituinte projetou na esfera municipal uma maior percepção e resolução necessidades da população, buscando concretizar princípios e direitos basilares.

Conforme Krell²⁶ o espaço municipal deveria atuar lado a lado com as demais esferas governamentais e que “sob o aspecto formal, o município brasileiro certamente é a entidade territorial local investida da autonomia mais

22 RICCITELLI. Op. Cit. p. 87

23 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 01 nov. 2015.

24 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 01 nov. 2015.

25 RICCITELLI. Op. Cit. p. 89

26 KRELL. *O Município[...]* Op. Cit. p. 46-47

abrangente no mundo inteiro” e que apesar disso sua capacidade é bastante limitada na atuação prática.

A descentralização do poder local apresenta vantagens e desvantagens ao administrar e forma mais próxima, pois há o enfrentamento de grandes desafios, embora contem com arrecadação de ISSQN (Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza), ITBI (Imposto de Transmissão inter vivo de Bens Imóveis, IPTU (Imposto sobre a Propriedade predial e Territorial Urbana), além de algumas taxas e contribuições.

Dispõe ainda, a administração do Município de repasses de quantias federais e estaduais, conforme determinação constitucional em seus artigos 158 e 159, mas que com a complexidade das questões enfrentadas tornam-se insuficientes, conforme Dowbor²⁷ “Na prática, a administração local se vê na linha de frente das pressões, mas no último escalão do acesso aos recursos”.

Ainda que controlada a questão dos recursos, outra barreira são as excessivas ideologias políticas e a falta de transparência. A proximidade oferecida na esfera municipal se aplicada com corrupção pode resultar de forma profundamente negativa.

A mudança cultural para que a esfera local tenha resultados efetivos na qualidade de vida de sua população ainda é um desafio pois há uma herança histórica diferente conforme explica Oliveira²⁸:

A história e o processo do planejamento da gestão urbanos revelam muito da ideologia política dominante das administrações públicas do país, muitas voltadas para a manutenção dos interesses das classes mais favorecidas e pelo processo autoritário e tecnocráticos de decisão. Os modelos de planejamento e gestão

27 DOWBOR, Ladislau. *O que é poder local?* Imperatriz, MA: Ética, 2016.p.41

28 OLIVEIRA, João Telmo Filho. *O estatuto da cidade, os planos diretores municipais e o dilema da efetividade da democracia participativa*. In HERMANY, Ricardo (Org.). *Gestão Local e Políticas Públicas*. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010. p.302

das cidades têm evoluído no sentido de possibilitar a ampliação da participação das populações e na transparência na gestão.

O planejamento com lisura é essencial ao bom desenvolvimento das gestões, segundo Freitas, existem alguns vícios que podem abalar os governos, são eles: o patrimonialismo que é a confusão incorreta entre a esfera pública e a esfera privada, ou seja, quando o espaço público passa a ser visto como privado; o tráfico de influências, onde o político vende facilidades, em nome da proximidade com os poderosos e vantagens ou promessas de vantagens; o omisivismo, que é a prática de fazer o mal ou deixar de fazer o correto; e o mercenarismo que caracteriza o político dominador, aquele que trata o eleitor como um consumidor vulnerável [...]”²⁹.

Na acepção do aperfeiçoamento da esfera municipal e contribuindo para o controle de transparência, é possível destacar a Lei de Responsabilidade Fiscal.

A Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 objetiva fornecer aos gestores, formas de organização de recursos públicos em nível federal, estadual em municipal.

Além disso, a lei reconhece a transparência como um mecanismo de controle para que o cidadão tenha maior acesso à forma de utilização dos recursos. Conforme o artigo 1º em seu § 1º:

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, opera-

ções de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

Apesar da aplicabilidade ser em todas as esferas de governo, observa-se que localmente os cidadãos estão mais atentos ao desempenho de seus governantes, ao buscarem diretamente sua qualidade de vida. A participação de cada cidade ou bairro na fiscalização é extremamente essencial.

Destaca-se ainda o artigo 48 da mesma lei:

Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Dowbor³⁰ corrobora com essa ideia ao afirmar “A realidade mudou. Com poucas exceções, os municípios mais distantes têm hoje acesso à internet, estão conectados, e fazem portanto parte de um tecido interativo de gestão integrada em construção.”

Nesse sentido é possível visualizar que o referido diploma legal contribui para que a Administração consiga alcançar os princípios nos quais deve estar alicerçada, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, elencados no artigo 37 da Constituição Federal.

3. O impacto das transferências orçamentárias no orçamento local

A simples adoção de um Estado Federado, identificado a partir da separação ou da agregação espacial do território, não é capaz de dar cabo às instabilidades verificadas no cerne da condução da política estadual. A divisão territorial não garante, por si só, a existência de uma federação.

É por essa razão que Baracho³¹ ressalta existir uma sensível diferença entre federação e federalismo, onde o primeiro reflete um questão normativa de divisão espacial e o segundo um princípio que prega o equilíbrio entre os membros que compõe o círculo político nacional. Desta feita, nem toda federação será necessariamente sinônimo de federalismo; do mesmo modo, pode-se encontrar um verdadeiro federalismo dentro de um Estado Unitário que respeite e incentive as autonomias locais.

Exemplo crível dessa situação é narrado por Castells³², a partir da demonstração de que a grande Federação Russa, criada por meio da força da anexação dos países socialistas em 1940, além de ser incapaz de construir identidade própria, tronou ainda mais acirrados os ânimos entre os membros federados. Disto, se pode concluir que construção do território federado necessita estar precedida de um alinhamento identitário de seus atores e da divisão igualitária das autonomias.

A esse respeito Raffestin³³ adverte que criar uma federação não é o mesmo que desconcentrar o poder político ao longo do território. A desconcentração do poder não tem o condão de reordenar as relações políticas, sobretudo no que se refere à efetivação das políticas públicas e da produção jurídico-nor-

31 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

32 CLASTELLS, Manuel. *O Poder da Identidade*. Volume II. Tradução Alexandra Lemos e Rita Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 50.

33 RAFFESTIN, Claude. *Por uma geografia do poder*. Tradução Marília Cecília França. São Paulo: Ática S.A, 1993, p.140.

mativa. Para que isto ocorra, é impositiva a criação – ou manutenção – de espaços políticos posicionados lado-a-lado, com igual capacidade de auto-regulamentação e, sobre tudo, autofinanciamento.

Alinhado a essa perspectiva, Hermany³⁴ demonstra o perigo de ações políticas voltadas contra o espaço local, no sentido de que elas são potencialmente responsáveis pela corrosão do sentimento de pertencimento e indutivas à superação da noção de sociedade empoderada, senões que acabam indo de encontro ao princípio do federalismo. Por isto que o reforço da autonomia local, vista como a possibilidade de autogoverno e autofinanciamento, acabam por reforçar as estruturas do estado federado.

Dentro desse contexto, passa-se a analisar a questão da autonomia financeira local, tendo em vista que a existências de recursos financeiros é a condição primária para a execução das políticas públicas. Na atual sistemática de garantia de direitos, notadamente os direitos prestacionais, é necessário ter em mente a advertência levantada por Nabais³⁵ de que alguém deverá pagar a conta pelo bem estar esperado (e prometido!) pelo Estado Moderno.

Seguinte esta óptica, se por um lado o modelo federativo nacional é capaz de demarcar um espaço político para cada membro da federação exercer a autonomia legislativa, por outro deixa em desalinho a importante questão da autonomia financeira das unidades locais. Segundo se pode compreender das ideias de Corallo³⁶ o assunto das finanças locais representa um tema de proporções gigantescas, responsável pela própria manutenção do pacto federativo, uma vez que a correta e adequada repartição das fontes de recursos torna viável a execução das competências constitucionalmente atribuídas a cada unidade da federação.

34 HERMANY, Ricardo. *(Re)Discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul. EDUNISC: IPR, 2007, p. 260.

35 NABAIS, José Cassalta. *O dever fundamental de pagar tributos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

36 CORALLO, Giovanni. *Guia do Administrador municipal*. Porto Alegre: Nova Prova, 2004, p. 90.

Daí então, conforme lembra Meirelles³⁷, a autonomia local só se verifica em razão da existência de recursos próprios os quais sejam capazes de garantir a realização de obras e serviços públicos locais. A gestão municipal só tem possibilidade de realizar-se frente à disposição de recursos financeiros; daí a importância da autonomia financeira dos municípios sob pena de enfraquecimento e corozão do pacto federativo.

A autonomia financeira local, nesse sentido, representa uma fonte de consulta à emergente teoria do federalismo fiscal, cujos conceitos encontram-se na tendência de descentralização do poder político. Da mesma forma que o federalismo político visa redistribuir parcelas do poder aos diferentes níveis da organização do Estado, o federalismo fiscal tem como meta a reestruturação das relações jurídicas-financeiras, com vista a estabelecer escalões de redistribuição de receitas, na mesma proporção em que se percebe a repartição do poder político³⁸.

Diante desse contexto, é possível verificar que a descentralização adotada pela Constituição de 1988 visa aumentar a capacidade de gestão das unidades federadas, seja por meio de autonomia legislativa, seja mediante a autonomia financeira. Diante destas noções, passa-se a análise do quantitativo de recursos que os quatro municípios com maiores índices demográficos, localizados na orla norte do Estado do Rio Grande do Sul, passaram a receber da União e do Estado, para identificar o grau de comprometimento de sua autonomia financeira durante o exercício 2016.

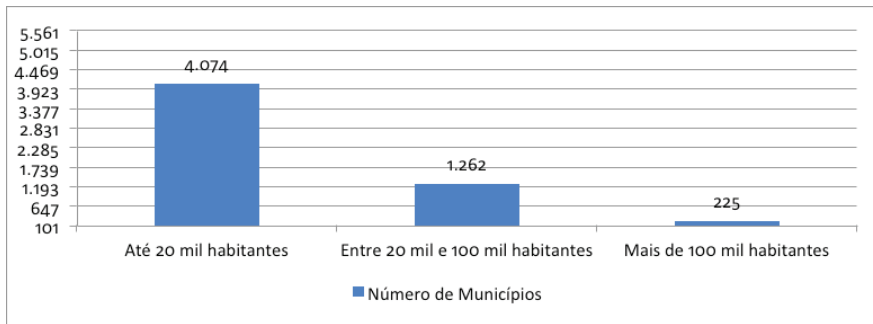
Os gráficos abaixo demonstram em números, o que até aqui se expôs em tese.

O primeiro dos gráficos apresenta a realidade dos municípios brasileiros, a qual compõe-se num quadro de pequenas cidades, na maioria com menos de 50.000 (cinquenta mil habitantes).

37 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 112.

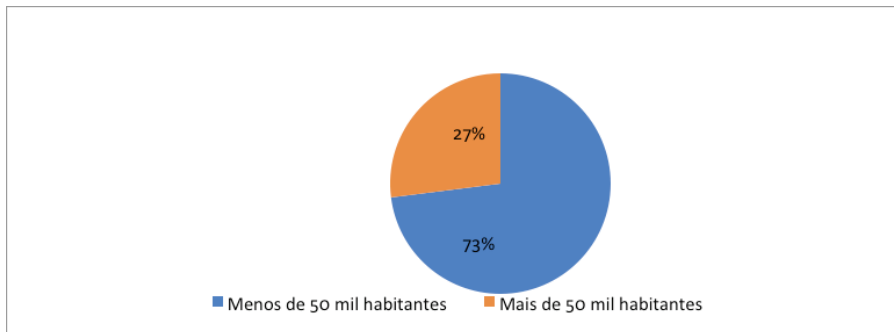
38 ROCHA, Joaquim de Freitas. *Direito Financeiro local: finanças locais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 3.

Figura 1 Quantitativo populacional nos Municípios Brasileiros



Fonte: Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em <http://www.cidades.ibge.gov.br/>. Acesso em 20 de março de 2017.

Figura 2 Percentual de municípios brasileiros com mais de 50.000 mil habitantes.



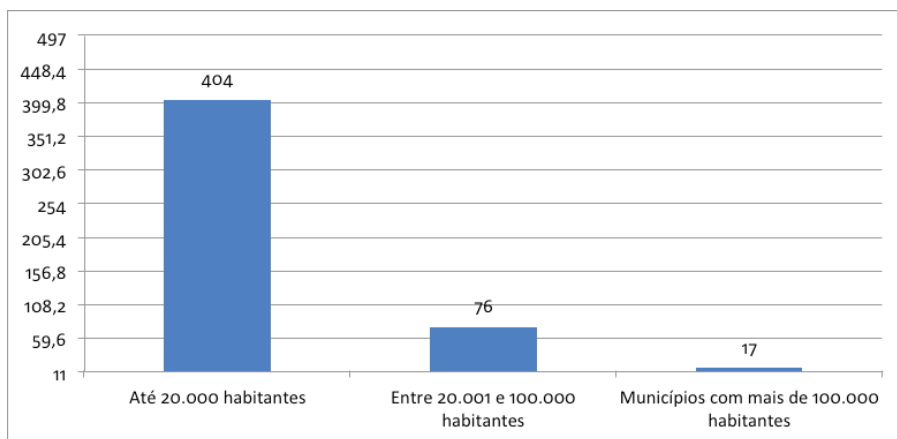
Fonte: Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em <http://www.cidades.ibge.gov.br/>. Acesso em 20 de março de 2017.

Não obstante a maioria dos municípios brasileiros apresentarem reduzido números de habitantes, tendo em vista, que a densidade demográfica do país não acompanha a distribuição territorial, o quadro de dispersão populacional se repete dentro dos estados federados. Seguindo o objetivo traçado para

esta pesquisa, volta-se a análise para os dados populacionais dentro do estado do Rio Grande do Sul.

O resultado obtido pode ser expresso da seguinte exposição.

Figura 3 Quantitativo de Municípios Gaúchos segundo o número de habitantes



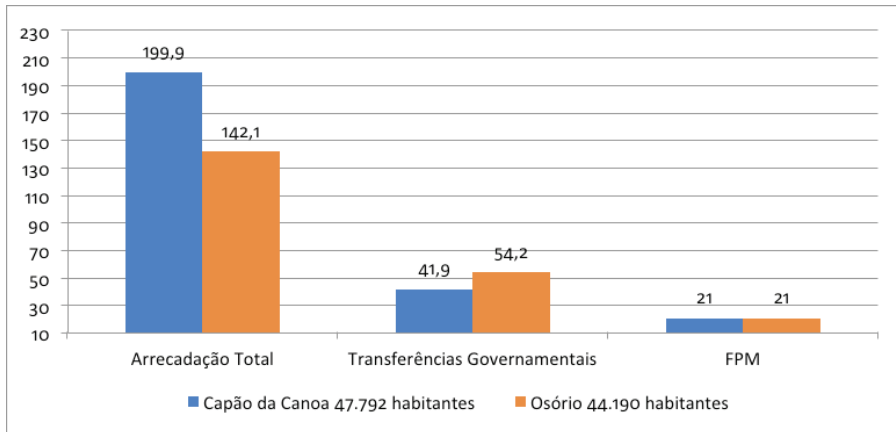
Fonte: Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em <http://www.cidades.ibge.gov.br/>. Acesso em 20 de março de 2017.

Tendo em mente a realidade que compõe a federação nacional e, levando-se em consideração que o fenômeno da baixa concentração demográfica é consideravelmente sentido em todos os níveis políticos desta organização, cabe analisar em se esta disparidade populacional influencia na obtenção de recursos financeiros, ou se a autonomia financeira é independente de questões demográficas.

Assim sendo, a análise dessa questão específica teve em conta os dados existentes nos portais da transparência do governo federal e nas plataformas de transparências dos municípios localizados na faixa litorânea norte do estado do Rio Grande do Sul.

Os dados obtidos constroem a representação:

Figura 4 Cidades com as maiores arrecadações do Litoral Norte em 2016. Valores expressos Milhões de Reais.

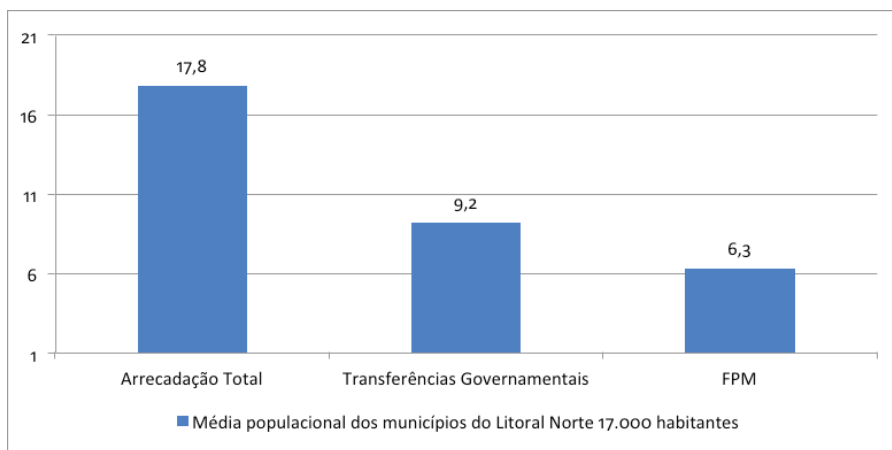


Fonte: Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em <http://www.cidades.ibge.gov.br/>. Acesso em 20 de março de 2017.

A pesquisa identifica que nos municípios com maior índice demográfico a arrecadação total de recursos financeiros também se mostra mais elevada, quando comparada com município que possuem indicadores populacionais abaixo dos 20.000 (vinte mil). E não é apenas a arrecadação total que se mostra mais pujante nesses municípios, a obtenção de recursos próprios é muito mais significativa nos municípios com densidade demográfica mais elevada.

Este fato pode ser bem identificado na figura a seguir.

Figura 5 Representação da arrecadação média nos municípios do Litoral Norte do Estado, durante ano de 2016. Valores expressos em milhões de reais.



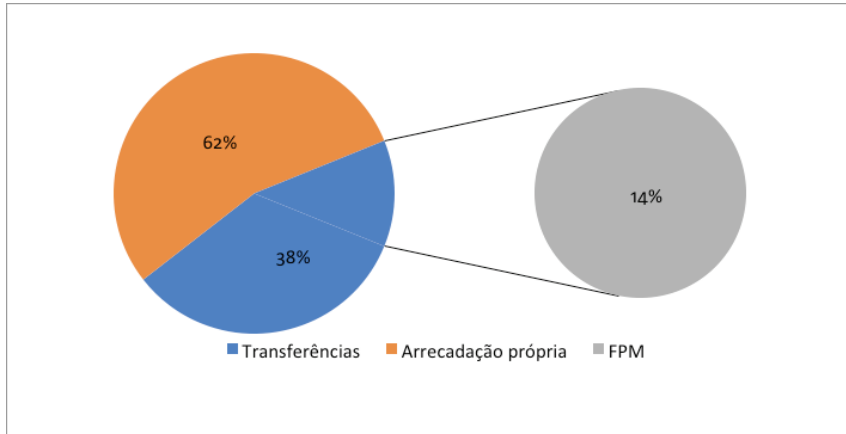
Fonte: Portal da Transparência. Disponível em < Fonte: Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em <<http://www.cidades.ibge.gov.br/>>. Acesso em 20 de março de 2017. Acesso em 20 de março de 2017.

Nos municípios em que se observa a existência de um considerável número de habitantes, como são os casos de Capão da Canoa e Osório, também é possível identificar que o total de recursos oriundos de transferências governamentais não representa grande parcela da arrecadação municipal.

Já nos menores municípios – tendo em vista o volume populacional e não a extensão territorial – a arrecadação oriunda de transferências governamentais representa grande parte do montante disponível para a gestão local. E essa é a realidade da maioria dos municípios do litoral norte do estado, os quais possuem média populacional de cerca de 17.000 (dezesete mil) habitantes.

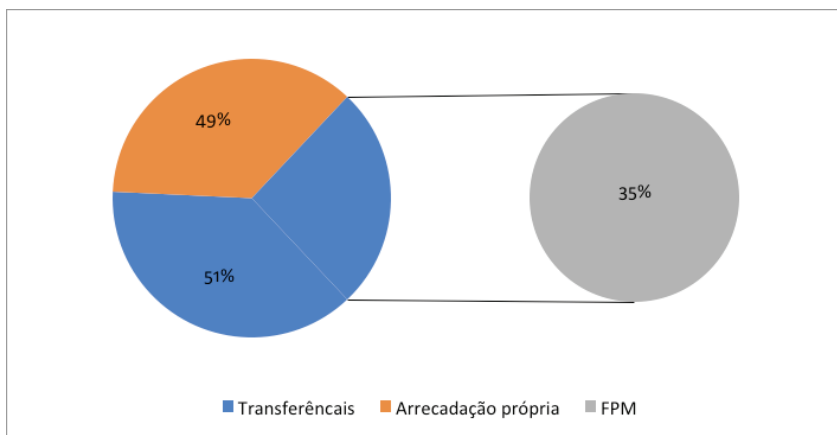
O impacto das transferências sobre a arrecadação municipal nos municípios mais populosos e naqueles em que a população obedece a regra observada na maioria da federação, pode ser identificado nos seguintes gráficos.

Figura 6 Percentual do impacto das transferências sobre a arrecadação dos municípios mais populosos do Litoral Norte em 2016.



Fonte: Portal da Transparência. Disponível em < Fonte: Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em <<http://www.cidades.ibge.gov.br/>>. Acesso em 20 de março de 2017. Acesso em 20 de março de 2017.

Figura 7 Percentual de impacto das transferências sobre a média da arrecadação, entre os municípios com menores números de habitantes no Litoral Norte em 2016.



Fonte: Portal da Transparência. Disponível em < Fonte: Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em <<http://www.cidades.ibge.gov.br/>>. Acesso em 20 de março de 2017. Acesso em 20 de março de 2017.

Veja-se que nos municípios onde a população ultrapassa a casa dos 40.000 (quarenta mil) habitantes a repartição de receitas oriunda da União e dos Estado Federado não representa mais que 38% (trinta e oito por cento) do total da receita anual em 2016. Já nos municípios em que a concentração populacional é relativamente baixa, o impacto das transferências ultrapassa os 51% (cinquenta e um por cento) do total da receita obtida no ano de 2016.

Essa situação tem reflexos práticos de certa forma atentam contra o princípio do federalismo. Primeiro por que rompe com frontalmente com a autonomia financeira do espaço local, colocando o município na dependência de recursos orçamentários oriundos da União ou do Estado Federado. Em segundo lugar, com a dependência econômica observada nos menores municípios, os quais representam a regra na federação nacional, corre-se o risco de ser estabelecida uma nefasta desconcentração do poder político.

Sem recursos suficientes para gerir suas necessidades e interesses, o município torna-se apenas um repetidor das ordens advindas da União ou do Estado e um mero gestor de recursos destinados por estes círculos.

Diante dessa situação ressalta-se a importância do reforço da cidadania local, empoderando os administrados para o fim de exercer a fiscalização financeira e, por meio dos mecanismos democráticos de gestão, colaborarem para a construção de plataformas voltadas à sustentação da autonomia financeira local.

Considerações Finais

A questão do federalismo no Brasil e da viabilidade da descentralização do poder ganha força com a valorização local. Especialmente no Brasil a figura do Município ganha força após a Constituição Federal em 1988, que amplia suas possibilidades de gestão, conferindo-lhe maior autonomia legislativa e financeira.

Nesse sentido, foram averiguados os recursos de quatro municípios do Litoral Norte do Rio grande do Sul, quanto às suas arrecadações considerando a quantia de transferências pelo governo federal e estadual no ano de 2016.

Através dos aspectos observados é possível estabelecer que do total arrecadado, nas cidades onde há menor concentração populacional as transferências intergovernamentais ultrapassam 51% (cinquenta e um por cento) do total da receita obtida, enquanto os municípios com população acima de 40.000 (quarenta mil) habitantes contam cerca de 38% (trinta e oito por cento) de receitas advindas da União e do Estado.

Desta forma é razoável concluir que ainda há grande dependência financeira dos municípios em relação aos recursos resultantes de repasses federais e estaduais o que se apresenta como obstáculo para sua autonomia de gestão.

Verifica-se que a questão da autonomia municipal é copiosa porém deverá ser inserida de forma efetiva na realidade brasileira, tanto na forma de administração quanto no exercício de cidadania, com a participação atuante da sociedade.

4. Bibliografia

ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os barrões da federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. São Paulo: HUCITEC, 1998.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O conceito da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *Teoria Geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

Brasil, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm . Acesso em 01 nov. 2015.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 01 nov. 2015.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 01 nov. 2015.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 01 nov. 2015.

_____. *Constituição Política do Imperio do Brazil*. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 01 nov. 2015.

CLASTELLS, Manuel. *O Poder da Identidade. Volume II*. Tradução Alexandra Lemos e Rita Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

CORALLO, Giovani. *Guia do Administrador municipal*. Porto Alegre: Nova Prova, 2004.

DALARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 1998.

DOWBOR, Ladislau. *O que é poder local?* Imperatriz: Ética, 2016.

_____. *O mosaico partido: a economia além das equações*. São Paulo: 2007. Disponível em: <<http://dowbor.org/2007/11/o-mosaico-partido-a-economia-alem-das-equacoes-doc-2.html>>. Acesso em: 15 de agosto de 2016.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade Direito ao Futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HAMILTON, Alexander. *O federalista*. Belo Horizonte: Lider, 2003.

HERMANY, Ricardo. *(Re)Discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul. EDUNISC: IPR, 2007, p. 260.

IBGE. *Cidade@: O Brasil por municípios*. Disponível em < <http://www.cidades.ibge.gov.br/v3/cidades/home-cidades>>. Acesso em 20 de março de 2016.

KRELL, Andreas Joachim. *O Município no Brasil e na Alemanha: direito e administração pública comparados*. São Paulo: Oficina Municipal, 2003.

_____. *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e coordenação intergovernamental em tempos de reforma administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

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

NABAIS, José Cassalta. *O dever fundamental de pagar tributos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

OLIVEIRA, João Telmo Filho. O estatuto da cidade, os planos diretores municipais e o dilema da efetividade da democracia participativa. In HERMANY, Ricardo (Org.). *Gestão Local e Políticas Públicas*. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010.

RAFFESTIN, Claude. *Por uma geografia do poder*. Tradução Marília Cecília França. São Paulo: Ática S.A, 1993.

RICCITELLI, Antonio. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição*. 4. ed.. São Paulo: Manole, 2001. 4.ed.

ROCHA, Joaquim de Freitas. *Direito Financeiro local: finanças locais*. 2. ed.. Coimbra: Coimbra, 2014.

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: Leis e costumes de certas leis e costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. Tradução de Eduardo Brandão, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. *Transferência de recursos por estado/município 2016*. Disponível em <<http://www.portaltransparencia.gov.br/Portal-TransparenciaListaUFs.asp?Exercicio=2016>>. Acesso em 20 de março de 2016.



Sede

SGAN 601 – Módulo N
 CEP: 70830-010
 Asa Norte – Brasília/DF
 Tel/Fax: (61) 2101-6000

Escritório Regional

Rua Marcílio Dias, 574
 Bairro Menino Deus
 CEP: 90130-000 – Porto Alegre/RS
 Tel/Fax: (51) 3232-3330

www.cnm.org.br

 /PortalCNM

 @portalcnm

 /TVPortalCNM

 /PortalCNM

